

Alejandro Madrazo Lajous



Revelación y creación

Los fundamentos teológicos
de la dogmática jurídica





Foto: Lauren McCay

Alejandro Madrazo Lajous (Ciudad de México, 1977) estudió la carrera de derecho en la UNAM y en el ITAM, titulándose por este último con mención honorífica. Posteriormente obtuvo la maestría y el doctorado en derecho en la Universidad de Yale. Actualmente es profesor de la División de Estudios Jurídicos del CIDE, donde coordina el Programa de Derecho a la Salud. También fundó y coordina en esa institución el Programa de Política de Drogas en su sede Región Centro, en Aguascalientes. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Ha publicado en libros y revistas especializadas, en México y en el extranjero, sobre temas como la historia del pensamiento jurídico, la enseñanza del derecho, la libertad de expresión, los derechos sexuales y reproductivos y la política de drogas. Sus publicaciones más recientes son “Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas” en la revista *Isonomía* (2015, en coautoría con Antonio Barreto) y “Narratives of Prenatal Personhood in Abortion Law” en el libro *Abortion Law in Transnational Perspective. Cases and Controversies* (2014). *Revelación y creación* es su primer libro.

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

REVELACIÓN Y CREACIÓN

ALEJANDRO MADRAZO LAJOUS

Revelación y creación

LOS FUNDAMENTOS TEOLÓGICOS
DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA



CENTRO DE INVESTIGACIÓN
Y DOCENCIA ECONÓMICAS
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLOMBIA
FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Primera edición, 2016

Primera edición electrónica, 2016

Diseño de portada: Laura Esponda Aguilar

Imagen de portada: © Thinkstock

D. R. © 2016, Alejandro Madrazo Lajous

D. R. © 2016, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C.
Carretera México-Toluca, 3655 (km 16.5),
Lomas de Santa Fe; 01210 Ciudad de México

D. R. © 2016, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 Ciudad de México

Comentarios:

editorial@fondodeculturaeconomica.com

Tel. (55) 5227-4672



www.fondodeculturaeconomica.com

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio. Todos los contenidos que se incluyen tales como características tipográficas y de diagramación, textos, gráficos, logotipos, iconos, imágenes, etc., son propiedad exclusiva del Fondo de Cultura Económica y están protegidos por las leyes mexicanas e internacionales del copyright o derecho de autor.

ISBN 978-607-16-3861-8 (mobi)

Hecho en México - *Made in Mexico*

ÍNDICE

Agradecimientos

Presentación

Introducción

La arquitectura de la dogmática jurídica

La genealogía de la dogmática jurídica

Un estudio de caso

Los modelos conceptuales del orden

Esquema y fuentes

I. Revelación y creación. Antecedentes europeos del pensamiento jurídico mexicano

Introducción

La revelación: el advenimiento de los textos jurídicos

Instituciones emergentes y textos autoritativos

Interpretación de los textos

La expansión del ius commune

El ius commune: un acto de fe

La creación: el ascenso de la doctrina jurídica

Obra doctrinal de los escolásticos segundos

La importancia de la metafísica aristotélico-tomista

Conclusión

II. Migraciones. Revelación y creación en un nuevo mundo

Introducción

Iglesia, Estado y universidad

Leyes reales y derechos reales

La ortodoxia religiosa y el fervor evangélico

Derecho y burocracia

La universidad

Educación jurídica en la universidad

La encomienda

Mercaderes
Burócratas eclesiásticos
Conclusión

III. *Fusiones y confusiones en la dogmática moderna*

Introducción
Modernizando el derecho
Una ciencia moderna
El legado de la revelación
Los legados de la creación
Conclusiones: contradicciones y el dominio de la doctrina

IV. *La dogmática jurídica y el pensamiento jurídico hoy en día*

La dogmática jurídica contemporánea
Un papel contemporáneo para el método teleológico-conceptual
Controversia constitucional
La “controversia constitucional” del voto mayoritario
El voto concurrente
La mayoría vs. la minoría concurrente
El voto disidente
El derecho a la procreación
El matrimonio
Conclusiones: residuos e inercias del modelo de la creación

Conclusiones. La brecha ontológica de la dogmática jurídica

Brecha ontológica
Inventarios ontológicos
La brecha ontológica entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica
¿Un dilema?

Bibliografía

Hace diez años dediqué mi tesis doctoral a Catalina, por ser cada día con ella una revelación. Hoy le vuelvo a dedicar este trabajo, pero en esta ocasión porque, literalmente, encarnó la divinidad en nuestros dos hijos: Jacinto y Camilo.

A ellos dos también se lo dedico, con la esperanza de que, sea lo que sea que elijan hacer con sus vidas, sepan apropiarse del pasado para construir mejor el futuro y poner en tela de juicio, de vez en cuando, sus puntos de partida.

AGRADECIMIENTOS

La traducción, edición y actualización de este trabajo es el resultado de la generosidad acumulada, a lo largo de 10 años, de muchas personas. Quiero agradecer, en primer lugar, a Paul W. Kahn, mi asesor de tesis, porque su agudeza y empeño sólo fueron superados por su generosidad a lo largo de la elaboración de la tesis que dio lugar a este libro. También a mis lectores de tesis, Owen Fiss y James Q. Whitman, que enriquecieron con sus críticas el trabajo final y proveyeron insumos clave para concebirlo.

La traducción de la mayor parte del texto de mi tesis es trabajo de mi amigo Efrén Olivares, compañero de causas y clases desde Yale, quien se empeñó en ello en los ratos que el grado y el trabajo le permitieron mientras yo litigaba, por lo que estoy en una enorme deuda con él. Una primera revisión del texto traducido corrió a cargo de Estefanía Vela Barba, amiga, cómplice y admirada colega, a quien además debo un agradecimiento especial por ser coautora de uno de los artículos cuyo análisis del caso de matrimonio igualitario (en el que también fue mi colitigante) se rescata en el capítulo final de este libro y, sobre todo, por insistir siempre —y con su propias ideas hacerme creer— en que este trabajo es relevante y debía publicarse. No me habría atrevido a someter el manuscrito a dictamen si no es por una última edición profesional a cargo de Daniel Coter, quien se esmeró por su rigor y, sobre todo, su inagotable paciencia.

El proceso de publicación también se vio envuelto de generosidad. Antonio Barreto, querido amigo, fungió como acicate y guía en el proceso de someter el manuscrito a publicación y, desde su papel editorial en la Uniandes, impulsó la coedición de este manuscrito. Sin él y todo el equipo de Uniandes este texto quizá habría tardado un lustro más en ver la luz. En el CIDE, agradezco al equipo editorial encabezado por Natalia Cervantes, quien hizo un trabajo magnífico articulando la coedición y me dio aún más motivos para enorgullecerme de la institución a la que pertenezco. El apoyo y entusiasmo de mis jefes, Sergio López Ayllón y Guillermo Cejudo, fueron combustible invaluable para llegar a la publicación. El equipo del Fondo de Cultura Económica, encabezado por Karla López y Rocío Martínez, con su empeño y eficiencia, hicieron realidad lo que nunca habría imaginado cuando empecé este trabajo: que viera la luz en coedición con una de las casas editoriales más importantes a nivel mundial.

Un último agradecimiento resulta inevitable: a mis alumnas y alumnos, primero de la UNAM y luego del CIDE y Georgetown, porque si bien sostengo aún la triste conclusión a la que llegué al terminar la tesis, y que me llevó a alejarme de la academia y refugiarme en el litigio —y que es que nuestro gremio difícilmente tiene remedio—, gracias a ellas y ellos hoy creo que, aun sin remedio, el gremio no está desprovisto de esperanza.

PRESENTACIÓN

PAUL W. KAHN

Hace 10 años, Alejandro Madrazo Lajous completó su tesis, *Revelation and Creation*, bajo mi tutoría en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. Me complace ver su trabajo actualizado, traducido y publicado en español. El trabajo de Madrazo aporta una profundidad de comprensión y análisis de la idea del Estado de derecho poco usual. Mientras que existen innumerables análisis sociológicos y políticos sobre la eficacia del derecho, todos asumen que sabemos lo que es el derecho, dónde encontrarlo y qué es lo que hacen los jueces al aplicarlo. *Revelación y creación* pone en tela de juicio esas presunciones. Nos explica que el derecho nunca es tan sencillo como podría parecer.

Para entender el Estado de derecho en México, debemos entender una cultura completa, pues el derecho no es un texto o un juicio, sino una práctica de significado. Madrazo Lajous se da la tarea de describir la arquitectura de esta práctica y de rastrear su genealogía.

Madrazo presenta dos modelos de pensamiento jurídico, que denomina *revelación* y *creación*. Cada uno se origina en una práctica teológica específica de la Europa medieval. El *modelo de la revelación* se desarrolló entre los juristas que, durante los siglos XII y XIII, echaron mano de la interpretación de la escolástica aplicada a textos jurídicos. Intentaron ofrecer, en forma completa y coherente, las consecuencias normativas de un texto jurídico. El *modelo de la creación* fue desarrollado por teólogos españoles del siglo XVI que revivieron la teología tomista y la aplicaron en forma sistemática a cuestiones jurídicas. En lugar de textos jurídicos, voltearon la mirada a la naturaleza —creación divina— como fuente autoritativa de las normas. La tensión entre estos dos modelos se muestra en la persistente disputa sobre la posición relativa del texto y la doctrina al abordar problemas jurídicos.

Tras plantear estas dos formas de inquisición, *Revelación y creación* rastrea la migración de ambos modelos de la España del siglo XVI a la América colonial. En este continente, los modelos fueron desplegados por grupos diferenciados de profesionistas que desempeñaron papeles distintos, pero complementarios. El modelo de la revelación dio forma al trabajo de las burocracias reales y las universidades. Su labor consistía en la administración cotidiana del gobierno colonial. El modelo de la creación, al contrario, fue usado por los teólogos misioneros para asir las cuestiones fundamentales que enfrentó la sociedad colonial. Esta división entre lo ordinario y lo extraordinario generó un sistema de

“complementariedad” entre las instituciones jurídicas. Madrazo Lajous vincula, de manera efectiva, el método, la historia y las instituciones en una teoría sobre casos fáciles y casos difíciles.

Al rastrear el desarrollo poscolonial, Madrazo describe la intersección y posterior confusión de las dos líneas genealógicas. Sostiene que mientras la codificación —el proyecto central de un Estado secular moderno— se presenta como el paradigma de positivismo legislativo, en los hechos, los códigos importados desde Europa eran ellos mismos producto de las doctrinas jurídicas desarrolladas bajo el modelo de la creación. El resultado fue un sistema basado en los textos que a su vez reflejaban la doctrina. Sin embargo, el colapso de estos dos modelos no dio por resultado una síntesis sino una colección de retazos de presupuestos, tropos retóricos, métodos y lugares comunes en que abrevan aún los abogados contemporáneos.

A la luz de esta genealogía, ¿cómo debemos entender la teoría del derecho y la práctica judicial? La teoría del derecho contemporánea, sostiene Madrazo Lajous, suprime el modelo de la creación, mientras que enfatiza el de la revelación. Sin embargo, en los hechos, jueces y académicos mexicanos están aún profundamente comprometidos con el modelo de la creación. En consecuencia, una “brecha ontológica” surge entre la teoría del derecho y la práctica. La dogmática jurídica mexicana se cree profundamente positivista, mientras que académicos y abogados practicantes siguen dependiendo de los presupuestos doctrinales sobre la naturaleza del derecho y las instituciones.

La dogmática jurídica mexicana enfrenta un dilema difícil: puede reconocer su doble fundamento teológico corriendo el riesgo de minar su propia legitimidad política, o bien puede resguardar la legitimidad del derecho al precio de obstruir su propia historia. El trabajo de Madrazo tiene la gran virtud de sacar a la luz este reto.

Sueña el rey que es rey, y vive
con este engaño mandando,
disponiendo y gobernando;
y este aplauso, que recibe
prestado, en el viento escribe...

... y en el mundo, en conclusión,
todos sueñan lo que son,
aunque ninguno lo entiende.
PEDRO CALDERÓN DE LA BARCA,
La vida es sueño

INTRODUCCIÓN

Esta investigación surgió de una yuxtaposición inusual. Trataba de entender un fallo particularmente confuso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en abril de 2002. Lo que yo entendía por “dogmática jurídica”¹ —tomada de sus representaciones articuladas desde la teoría del derecho— no explicaba lo que los ministros estaban haciendo. La dogmática jurídica es la disciplina —con pretensión de “científica”— que los abogados aprendemos al estudiar la carrera y que, supuestamente, nos permite entender los alcances de un entramado normativo para resolver las dudas que surgen frente a un caso concreto. En teoría, es la disciplina técnica a la que los jueces recurren cuando la aplicación de una norma abstracta a un caso concreto no es evidente o exenta de problemas. La Corte tenía ante sí un “caso difícil” y los razonamientos desplegados por los ministros no casaban con lo que la teoría del derecho decía que debían estar haciendo. En esas circunstancias, leí —por razones que nada tenían que ver— el libro de James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Los orígenes filosóficos de la doctrina moderna de los contratos). La descripción que Gordley hace de la doctrina sobre contratos del siglo XVI, desarrollada por los teólogos salmantinos, me llamó poderosamente la atención. En primer lugar, porque las doctrinas me resultaban muy familiares; pasajes enteros podían haber sido sacados de los libros de texto sobre contratos que había estudiado hace no tanto tiempo en la Facultad de Derecho. Segundo, porque el tipo de argumentos y la estructura de los conceptos erigidos por estos teólogos se asemejaban a los de los ministros de la Suprema Corte que yo estaba estudiando en ese momento. Empecé a preguntarme si al estudiar el trabajo de los teólogos escolásticos de antaño podría entender mejor la labor de los ministros de la Suprema Corte hoy en día.

Conforme profundizaba en el trabajo de los teólogos, documentado por Gordley, fui convenciéndome de su relevancia para entender el pensamiento jurídico contemporáneo en México. También fui sintiéndome cada vez más insatisfecho con las versiones comunes de lo que Paul W. Kahn llama la “genealogía” y la “arquitectura”² de la ciencia jurídica en México. Decidí intentar mi propia genealogía con la esperanza de contribuir a una mejor versión de su arquitectura.

Para ilustrar la arquitectura —o “estructura actual de la creencia”—³ atribuida a la dogmática jurídica mexicana utilizo el trabajo de Rolando Tamayo y Salmorán, principal teórico del derecho en México en la actualidad. Tamayo y Salmorán retrata los rasgos fundamentales sobre cómo se conciben a sí mismos los dogmáticos jurídicos (aunque la mayoría de ellos rara vez articula una versión coherente sobre su propio quehacer).

Puedo caracterizar a la jurisprudencia como la disciplina conocida comúnmente como “doctrina” que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente, la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas. Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho. Para tal objeto proceden, primeramente, a identificar su objeto; posteriormente, lo “describen”. El primer paso, la identificación de los materiales jurídicos, es un procedimiento bastante simple. El jurista tiene como derecho aquel material y sólo aquel que ha sido *establecido* por las *instancias socialmente reconocidas* como las instancias creadoras del derecho (sin cuestionar su legitimidad) [Tamayo, 1998a: 279-280].⁴

Hasta aquí, Tamayo establece que los juristas: *a)* trabajan con un determinado “material jurídico”, establecido por ciertas instancias sociales específicas, que son reconocidas como capaces de crear derecho, y *b)* que su principal preocupación consiste en *describir* ese material. Más adelante también nos dice lo que esta “descripción” implica: “La descripción que lleva a cabo la jurisprudencia no se limita a levantar un inventario del material jurídico. La jurisprudencia ‘ordena’ (o reordena) el material jurídico para construir un todo ‘sistemático’ y ‘consistente’ ” (Tamayo, 1998a: 281). Tamayo afirma que esto se consigue siguiendo el “modelo ‘clásico’ de la ciencia” (*ibid.*, 282),⁵ tomado de la *Analytica posteriora*, de Aristóteles, “con las modificaciones producidas en el medievo” (*ibid.*, 282).

Del material jurídico dado, la jurisprudencia obtiene los principios generales del sistema (las *regulae* de la jurisprudencia romana o las proposiciones *maximae* de la jurisprudencia medieval). De los principios generales (sean definiciones, axiomas, máximas) los juristas obtienen nuevos enunciados jurídicos que se dan como “lógicos” (prácticos o deónticos) de los materiales jurídicos que constituyen la base (dada) del sistema [*ibid.*, 281].

En otras palabras: el “material jurídico”, tomado como un todo, es sistematizado mediante la inducción de principios normativos a partir del “material jurídico” mismo, y la subsiguiente deducción de consecuencias

normativas a partir de los principios obtenidos mediante inducción.⁶ Un elemento final importante de esta caracterización se refiere al “material jurídico” del que habla Tamayo: “Estos componentes son disposiciones legislativas, decisiones judiciales, contratos, costumbres, etc., los cuales la jurisprudencia llama sucintamente ‘normas jurídicas’ (para indicar sólo que son parte del orden jurídico —no importa que no se explique el concepto de norma—)” (*ibid.*, 285). Así, la dogmática jurídica se presenta como la ciencia que *describe* el derecho, sistematizando *normas* jurídicas a través de la categorización y la construcción de un todo normativo (completo y coherente) mediante la *inducción de principios generales* desde estas normas y la subsiguiente *deducción de consecuencias lógicas* a partir de esos principios.

Esta actividad es desempeñada, principalmente, por juristas académicos. Sin embargo, no es su territorio exclusivo. La mayor parte de la argumentación jurídica, tanto la expuesta por abogados en casos difíciles como por los jueces que los deciden, son despliegues o aplicaciones de la dogmática jurídica. Un caso difícil, resuelto por un alto tribunal, encaja así en esta caracterización. Hasta hace relativamente poco tiempo, en México había escaso interés en la argumentación desplegada en cortes y tribunales. Eso ha comenzado a cambiar. Conforme el poder judicial se vuelve más relevante en temas de interés general de la vida política nacional, y en la medida en que sus decisiones se hacen cada vez más públicas (hasta hace muy pocos años, la casi totalidad de las sentencias era de acceso reservado sólo a las partes en conflicto), vemos a la dogmática jurídica en acción, desplegada fuera de un ambiente académico estable donde comúnmente se ha observado. Como muestra este trabajo, la representación aceptada de la dogmática jurídica difícilmente concuerda con el proceso de toma de decisiones jurídicas. Las discrepancias entre la arquitectura de la dogmática jurídica que nos ofrece la teoría del derecho y la dogmática jurídica que se despliega en la práctica nos obligan a revisar su representación convencional. Sin embargo, para entender mejor la arquitectura de la dogmática jurídica, primero debemos reconsiderar su genealogía.

LA GENEALOGÍA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La genealogía convencional de la dogmática jurídica se extiende hasta sus raíces medievales: el *ius civile* (derecho civil) de los glosadores.⁷ Sin embargo, como la mayoría de las genealogías convencionales, ésta sólo cuenta parte de la historia. El *ius civile* de los glosadores, un antecedente de la dogmática jurídica moderna,

reconocido y estudiado desde hace tiempo, aportó un modelo de inquisición normativa que —por razones que explico en el capítulo I— denomino *modelo de la revelación*. Este modelo es el que corresponde a la descripción de la dogmática jurídica que nos ofrece Tamayo. Una mirada atenta, sin embargo, pone en evidencia que el modelo de la revelación no agota las suposiciones subyacentes ni los métodos que se despliegan en la dogmática jurídica contemporánea. Existe otro modelo de inquisición normativa que da forma a la dogmática jurídica y que también encuentra sus raíces en el pensamiento medieval: en la teología moral de Tomás de Aquino. A este segundo modelo lo denomino *modelo de la creación*. La diferencia clave entre ambos modelos se encuentra en su enfoque: el de la revelación se concentra en los textos normativos a los que se les atribuye autoridad incontestable, y el de la creación, en la “naturaleza” de las cosas, articulada en doctrinas jurídicas.

La versión simplista de la relación convencional de la historia del pensamiento jurídico mexicano diría algo así: el resurgimiento en el norte de Italia del derecho romano imperial a fines del siglo XI produjo una clase de juristas académicos profesionales que, a través de las universidades, se extendió por toda Europa y, después, a América. Durante los subsecuentes ocho siglos, estos juristas desarrollaron una disciplina académica para estudiar el derecho, el *ius civile*, inspirado directamente por la jurisprudencia romana. En el siglo XIX, la Ilustración se manifestó en el campo del derecho mediante la elaboración de códigos, los cuales sistematizaron y actualizaron las costumbres jurídicas y el trabajo doctrinal de los siglos anteriores, y sustituyeron así a los textos jurídicos del tardío Imperio romano como objeto de estudio. Esta sustitución fue resultado del movimiento conocido como “codificación”, que surgió en la Francia revolucionaria, se extendió por toda Europa y alcanzó a una América Latina en proceso de construcción con particular vigor. En torno de estos códigos (paradigmáticamente, el Código Civil francés) se desarrollaron diferentes corrientes de interpretación (destacan la francesa, obsesionada con los textos, y, más tarde, la alemana, obsesionada con la historia) que contribuyeron a formar la práctica contemporánea conocida como dogmática jurídica —una disciplina común y compartida en los países de “derecho romano-canónico”—. México, entre ellos, se puso al corriente con la codificación al cierre del siglo XIX y desarrolló su propia doctrina para explicar la legislación específicamente nacional a lo largo del xx.

A esta genealogía contrapongo una narrativa mucho menos secular y mucho menos lineal. En primer lugar, procuro contribuir a la genealogía convencional subrayando la dimensión religiosa de la obra de los glosadores. Sostengo que su

trabajo compartía características y supuestos con otra ciencia medieval, que gozaba de mayor autoridad: la teología (dogmática). En segundo lugar, subrayo la importancia metodológica e institucional del derecho canónico, la disciplina medieval que —de la misma forma que el derecho civil estudiaba textos romanos— estudiaba los textos jurídicos autoritativos de la Iglesia católica. Es precisamente por el enorme peso que el derecho canónico y, sobre todo, la teología dogmática tuvieron en la construcción de este modelo de inquisición normativa que lo denomino *de la revelación*.

Pero quizá el argumento más importante es que la dogmática jurídica contemporánea proviene de dos modelos de inquisición normativa, no de uno. A partir del siglo XVI se desarrolló un modelo alternativo y complementario de inquisición normativa —el modelo de la creación— a partir de la teología moral. Los orígenes de este modelo se encuentran en la obra de Tomás de Aquino, sobre la que se construyó después la llamada Escuela de Salamanca. Ambos modelos fueron trasplantados a las Américas con la colonización española en el siglo XVI. Del siglo XVI al XIX, cada uno de estos dos modelos se desarrolló en un entorno académico diferente, y cada uno fue desplegado por grupos sociales distintos, aunque relacionados. Estas tradiciones paralelas se colapsaron una con la otra durante el siglo XIX con la llegada de la codificación y la secularización: la teología moral y el derecho canónico fueron marginados después de la separación del Estado y la Iglesia a mediados del siglo XIX, lo que permitió a los civilistas ocupar todos los espacios profesionales del gremio jurídico. Sin embargo, en lo que parece un giro irónico del destino, la emulación de la codificación europea en la segunda mitad de ese mismo siglo entrelazó la disciplina jurídica emanada del modelo de la revelación, para entonces pretendidamente secular, con los vestigios de la teología moral: los códigos europeos importados a México habían absorbido las doctrinas desarrolladas por la teología moral utilizando el modelo de la creación.⁸ Cuando las doctrinas forjadas usando el modelo de la creación fueron incorporadas a los textos que usaban los juristas decimonónicos, los dos modelos (creación y revelación) se entrelazaron íntimamente, ya que el estudio de textos conforme al modelo de la revelación requería ahora el conocimiento y el uso de un aparato doctrinal desarrollado bajo el modelo de la creación. Para principios del siglo XX, los dos modelos se habían fusionado con calzador: sin producir una síntesis real y a la vez sin posibilidad real de separarse.

UN ESTUDIO DE CASO

Las deficiencias en las representaciones tradicionales de la genealogía y de la arquitectura de la dogmática jurídica se perciben mejor cuando se observan en la práctica. Por ende, inicio esta exploración con un caso real: el fallo de la Suprema Corte que lo inspiró. Al arranque del siglo XXI, la Suprema Corte ha surgido como un actor clave en la política nacional y su relevancia ha provocado que los fallos judiciales llamen, por fin, la atención de los académicos. Sin embargo, los académicos del derecho mexicanos aún no estamos preparados adecuadamente para seguir, analizar o criticar los fallos de la Corte. Esta falta de preparación refleja algo más profundo: no estamos equipados para entender y analizar argumentos legales fuera de las discusiones doctrinales convencionales entre académicos. La reciente relevancia de la Suprema Corte —y, cada vez más, de todos los tribunales, supremos y demás— nos brinda la oportunidad de profundizar en nuestras reflexiones sobre el derecho. ¿Cómo entendemos y argumentamos el derecho los juristas mexicanos?

El 22 de mayo de 2001 el presidente Vicente Fox, en ejercicio de la facultad reglamentaria,⁹ modificó el reglamento que detalla la manera en que debe hacerse cumplir la ley que regula la producción de electricidad en México. Esta modificación permitía la participación a gran escala del sector privado en la producción y distribución de electricidad, una industria entonces reservada al sector público conforme a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución). Un mes después, el Congreso de la Unión (en adelante, Congreso) presentó una controversia constitucional ante la Suprema Corte, en la cual alegó que el presidente había excedido su facultad reglamentaria y, en consecuencia, había vulnerado la facultad constitucional del Congreso de legislar sobre asuntos relacionados con el sector eléctrico (artículo 73, fracción x, de la Constitución). Al reformar el reglamento —el Congreso argumentó— el presidente Fox alteró sustancialmente el sentido de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica (LSPEE) de 1975.¹⁰

La demanda fue presentada como controversia constitucional. Este procedimiento fue diseñado originalmente para resolver diferencias entre los poderes y niveles de gobierno sobre el alcance de sus facultades. Durante las décadas de 1980 y 1990, México había experimentado profundas transformaciones políticas. Había pasado de ser *de facto* un sistema político de un solo partido, con elecciones simbólicas, a ser una federación multipartidista, altamente competitiva, con representación proporcional, gobernada por distintos partidos y facciones políticas. Desde la década de 1930 y hasta la de 1990, el gobierno y el partido gobernante (Partido Revolucionario Institucional, PRI) coincidían. Los conflictos políticos generalmente se resolvían a través de canales

políticos informales. Siendo el Ejecutivo federal a la vez líder del partido gobernante, fungía como árbitro final de cualquier disputa. Conforme se fracturó el universo político mexicano en las décadas de 1980 y 1990, y se abrió el espacio a gobiernos de oposición en los niveles municipal y estatal, el capital político del presidente se tornó demasiado valioso como para gastarlo resolviendo todas las disputas entre los otros actores políticos. Se creó un vacío y se necesitaba un nuevo árbitro para resolver tales disputas. A finales de 1994 —año electoral marcado, entre otras cosas, por el levantamiento zapatista en Chiapas y el asesinato del candidato presidencial del PRI, Luis Donaldo Colosio— el gobierno entrante de Ernesto Zedillo propuso una serie de reformas constitucionales sustanciales enfocadas en el Poder Judicial de la Federación. Las reformas tenían como objetivo, entre otras cosas, convertir a la Suprema Corte en el nuevo árbitro en las disputas entre los diferentes poderes y niveles de gobierno, así como dotarla de facultades más amplias para la justicia constitucional. Para lograr el primero de estos objetivos fue necesario reavivar un procedimiento constitucional que había permanecido inactivo por mucho tiempo y que había sido muy poco utilizado en las décadas previas: la controversia constitucional.

El Caso Electricidad —como se conoció la controversia constitucional entre el Congreso y el gobierno de Fox sobre la regulación del sector eléctrico— fue quizá¹¹ la disputa más controversial y políticamente sobresaliente entre actores gubernamentales de primer nivel que se había presentado ante la Suprema Corte desde la reforma de 1994. Fue la segunda controversia importante entre los otros dos poderes del gobierno federal, y tocó un tema político muy candente: la privatización del sector eléctrico. El caso es de particular interés, ya que constituye una instancia privilegiada a través de la cual se puede observar cómo la Suprema Corte, a partir de 1994, comienza a ejercer su nuevo papel de juez constitucional y de árbitro judicial de disputas políticas.

La sentencia¹² resolvió el tema del nuevo reglamento invalidándolo. Sin embargo, puso de manifiesto cuestiones fundamentalmente irresueltas acerca del nuevo papel de la Corte. Una pluralidad de ministros coincidió en que el Ejecutivo había violado la Constitución, pero no se logró formar una mayoría sobre por qué esto era así y con fundamento en qué normas la Suprema Corte debía invalidar el reglamento. De un total de once ministros de la Suprema Corte, tres fallaron en el sentido de que el reglamento era constitucional, ya que no contravenía la LSPEE (en adelante, voto minoritario); otros tres fallaron que era inconstitucional porque, como argumentó el Congreso, el reglamento trastocaba la LSPEE sustancialmente, infringiendo así las facultades del Legislativo establecidas en el artículo 73, fracción X (en adelante, voto concurrente), y, por

último, cinco ministros se pronunciaron en lo que se convertiría en la sentencia de la Corte (en adelante, voto mayoritario) sosteniendo que el nuevo reglamento era inconstitucional, no porque trastocara la LSPEE, como había argumentado el Congreso, sino porque violaba directamente la Constitución en sus artículos 25, 27 y 28, al privatizar, *de facto*, un sector constitucionalmente reservado para el Estado. Así, la pluralidad que falló en contra del Ejecutivo estuvo fundamentalmente en desacuerdo sobre las bases constitucionales que sustentaban la declaratoria de inconstitucionalidad.

El desacuerdo dentro de la pluralidad (esto es, entre el voto mayoritario y el voto concurrente) derivó de lecturas divergentes sobre el alcance correcto de una controversia constitucional como vía procesal para impugnar el reglamento. Para la mayoría, que consideraba que el reglamento era inconstitucional por violación a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución (que regulaban el sector energético), la controversia constitucional permitía a la Corte ejercer una amplia facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las normas. La Corte podía valorar legalmente el reglamento a la luz de la Constitución, e invalidarlo con base en esa contrastación. Para el voto concurrente, que consideraba el reglamento como inconstitucional, a la luz de los artículos 89, fracción I, y 73, fracción X, de la Constitución (que establecen, respectivamente, las facultades reglamentaria del Ejecutivo y legislativa del Congreso), la Corte no podía revisar la constitucionalidad del reglamento directamente para determinar si violaba los artículos 25, 27 y 28, porque la controversia constitucional permite exclusivamente la resolución de disputas que surjan entre los poderes *en cuanto a los límites de sus facultades en relación del uno con el otro*, esto es, sus esferas de competencia. Según estos tres ministros, la Corte debía limitarse a la cuestión de la intromisión del Ejecutivo en las facultades del Congreso; no podía, mediante una controversia constitucional, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad sustantiva del reglamento a la luz de la Constitución, sino que debía decidir la constitucionalidad del mismo en relación con la LSPEE. El voto minoritario, considerando que el reglamento era constitucional, estuvo de acuerdo con el voto concurrente en cuanto a su interpretación del alcance de las facultades de la Corte dentro del procedimiento de la controversia constitucional, pero consideró que el reglamento no contradecía la LSPEE y por ende debía declararse constitucional. Esto quiere decir que, en cuanto a los alcances de las facultades de la Corte en la controversia constitucional, los votos minoritario y concurrente —que juntos sumaban una mayoría de la Corte— estuvieron de acuerdo y diferían del criterio de la “mayoría” de cinco votos, que dio contenido al fallo.

Las diferentes interpretaciones sobre lo que es una “controversia constitucional” y las facultades que puede ejercer la Corte a través de la misma fueron el punto de partida de mi investigación. Estas discusiones se ubican en el “Considerando Sexto”¹³ del voto mayoritario y del concurrente.

La controversia constitucional según la mayoría

Según la mayoría, el alcance de la jurisdicción de la Corte en una controversia constitucional es amplio. En la controversia constitucional “pueden examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución federal [...] ello incluye [...] el bienestar de la propia persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder” (SCJN, CC 22/2001). El núcleo de la postura de la mayoría descansa sobre la presunción de que el propósito que cumple la controversia constitucional es fungir como un mecanismo para la revisión judicial de la constitucionalidad. Inicialmente, la mayoría afirma que la “pretensión” del control judicial de constitucionalidad es “la salvaguarda del orden primario o total”, una tarea que ha de desempeñar “a través de la función interpretativa y de decisión sobre si un acto de autoridad está o no apegado a la norma fundamental” y, además, que

el cometido de este Alto Tribunal al resolver controversias constitucionales [...] consiste en preservar los dos principios que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales [i.e., la Federación, los Estados, y el Distrito Federal], a saber, salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional, [determinando] si existe o no invasión a la esfera de atribuciones [de cada orden jurídico parcial] así como del análisis sobre cualquier tema que se vincule, de algún modo, con una violación a la Constitución, sea en su parte orgánica como en la dogmática [SCJN, CC 22/2001].

En otras palabras, las facultades de la Corte en la controversia constitucional tienen dos dimensiones: una, garantizar que las diferentes entidades constitucionales no invadan mutuamente sus esferas de facultades; y la otra, garantizar la supremacía constitucional. Para la mayoría, la Corte, en la controversia constitucional, tiene facultades tan amplias como la preservación de la supremacía constitucional lo requiera.

La controversia constitucional según los votos concurrente y disidente

Según el voto concurrente, las facultades de la Corte ante una controversia constitucional son limitadas: salvaguardar las esferas de competencia entre las

autoridades constituidas. No incluyen “cualquier materia relacionada, de alguna manera”, con la Constitución. La divergencia entre ésta y la posición de la mayoría no se explica como una función de la legislación, los precedentes judiciales o los antecedentes legislativos que analiza cada voto. Ambos citan el mismo texto constitucional, el mismo preámbulo a la iniciativa de reformas constitucionales, y examinan precedentes judiciales semejantes. Ambos votos recorren los mismos argumentos y sostienen los mismos puntos de partida, pero arriban a conclusiones muy distintas: mientras que para la mayoría la Corte puede ejercer amplias facultades de control judicial de la constitucionalidad en una controversia constitucional, para la minoría concurrente esas facultades se limitan a los casos en que exista una invasión a la esfera de competencias de la parte acusadora.

La divergencia entre el voto de la mayoría y el voto concurrente es aún más intrigante si se analizan dos breves secciones en los votos concurrente y disidente. En su crítica inicial de la mayoría, el voto concurrente afirma que la denuncia presentada ante la Corte

fue una controversia constitucional, donde se reclama la invasión de esferas [de competencia] del actor, en la que no se debe hacer un análisis *como si se tratara* de un medio de control abstracto de constitucionalidad, pues si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un Tribunal Constitucional y debe velar por la regularidad del orden constitucional, también lo es que debe hacerlo dentro de los cauces que la propia *Constitución* le señala [...] ¹⁴

La crítica de la minoría concurrente a la mayoría por tratar la controversia constitucional *como si fuera* un control abstracto de constitucionalidad sugiere que la controversia constitucional es algo que *fue tratado como algo distinto* por la mayoría. En otras palabras, que el trato que la mayoría le da a la controversia constitucional está equivocado, porque yerra en su comprensión de lo que la controversia constitucional (realmente) es.

Una segunda crítica, ésta del voto de la minoría, es igual de interesante. Al criticar a la mayoría por analizar y decidir un tema no planteado por el demandante (o los demandados), es decir, por contrastar el reglamento “directamente” con la Constitución, el voto minoritario afirma que las acciones de la mayoría constituyen “una *desnaturalización* del medio de control constitucional previsto en el artículo 105, fracción I, constitucional [esto es, la controversia constitucional], que no tiene como finalidad el análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma [...]”

En ambas secciones se critica a la mayoría por utilizar incorrectamente la controversia constitucional. Pero lo que interesa es que ambas acusan a la

mayoría de *errar* en su comprensión del procedimiento constitucional de manera fundamental: el voto concurrente acusa a la mayoría de *suplantar* la controversia constitucional con un mecanismo “abstracto” de control constitucional;¹⁵ la disidencia acusa a la mayoría de *alterar* la controversia constitucional.

En última instancia, las acusaciones en contra de la mayoría se refieren a la comprensión y el uso de un concepto jurídico: el de *controversia constitucional*. La “controversia sobre la controversia”, como la etiquetó el ministro Gudiño (2000), es la controversia sobre la correcta definición de un concepto jurídico. Estudiar este debate, tal como se manifiesta en el Caso Electricidad, es un buen punto de partida para explorar qué es un concepto jurídico para el imaginario de los juristas mexicanos contemporáneos, cómo se construye e interpreta; es decir, qué es y para qué sirve.

La controversia

La caracterización de la ciencia jurídica de Tamayo y Salmorán sirve poco para ilustrar las diferencias que vimos en el seno de la Corte. Ni el voto concurrente ni el de la mayoría pueden ser fácilmente descritos como aquellos que toman un conjunto de normas, desarrollan principios generales abstractos a partir de ellas, y deducen la respuesta correcta a la cuestión sobre el alcance de la controversia constitucional. Presentar lo que hacen los ministros de esta manera distorsiona lo sucedido más de lo que lo ilustra. Aún más importante, las críticas en contra de la mayoría se refieren a la controversia constitucional como algo determinado y específico, con una ontología unívoca, con una *naturaleza* determinada. Estas críticas difícilmente se pueden describir como una crítica por la aplicación incorrecta de una norma a una situación de hecho. Las minorías de la Corte no se refieren a una *norma*, sino a algo con una *naturaleza* determinada. Los supuestos subyacentes de los ministros —y, por ende, de toda su empresa— no se entienden si no se toma en serio su comprensión sobre lo que *es* (o puede ser) la controversia constitucional y cómo funciona (o puede funcionar) en el derecho.

Debo aclarar que no estoy particularmente interesado en el concepto jurídico “controversia constitucional”.¹⁶ Me interesan los supuestos subyacentes que le dan significado a una manera de entender y de ocuparse de los conceptos jurídicos. ¿Qué puede querer decir el voto concurrente con que la mayoría trató la controversia constitucional *como si* fuera otra cosa? ¿Qué clase de cosa es la controversia constitucional que puede tratarse como algo que no es? ¿Qué puede querer decir el voto de la minoría con que la mayoría “desnaturalizó” la

controversia constitucional? ¿Qué clase de cosa es la controversia constitucional que puede ser *desnaturalizada*? ¿Por qué es importante no desnaturalizar un concepto a la hora de construir argumentos jurídicos? ¿Por qué los dilemas de la Corte no están enmarcados en términos de la comprensión y la aplicación correcta de una *norma*, que es lo que uno habría de esperar conforme a la versión convencional de la dogmática jurídica? ¿Por qué, en cambio, sí es coherente enmarcar la elección de la mayoría como una cuestión de la correcta comprensión de una *naturaleza*?

El contexto para entender las afirmaciones de las minorías de la Corte se encuentra profundamente arraigado en la historia del pensamiento jurídico. En su obra, Tamayo y Salmorán subraya correctamente los orígenes medievales y aristotélicos del pensamiento jurídico,¹⁷ aun cuando desatiende muchos aspectos importantes del pensamiento jurídico que constituyen legados contemporáneos de esas raíces medievales, notablemente las relacionadas con la teología. Para entender cabalmente lo que subyace a la controversia sobre la controversia, debemos explorar la genealogía del pensamiento jurídico en busca de los supuestos subyacentes de los que parten los juristas. Debemos mirar hacia la ontología que presuponen las prácticas del derecho. Debemos mirar hacia los orígenes teológicos de la dogmática jurídica.

LOS MODELOS CONCEPTUALES DEL ORDEN

Dominando el trasfondo de este trabajo se encuentra la idea de “un modelo conceptual del orden” expuesta por Paul Kahn (1992: 211-212). En las páginas del texto *Legitimacy and History*, Kahn explica un modelo conceptual del orden como “un patrón organizador del pensamiento” y lo ubica en “algún lugar entre lo que Thomas Kuhn denomina paradigma y lo que Michel Foucault denomina un episteme”. Entiende a estos dos “respondiendo a la observación fundamental de que los parámetros dentro de los cuales se organiza y explica la experiencia cambian a través del tiempo”, lo que nos lleva a la idea de que, “para hablar de la historia del conocimiento, se necesitan modelos a gran escala con los cuales medir semejanza y diferencia”. Su modelo conceptual del orden también “responde a esta misma necesidad”. Sin embargo, Kahn toma distancia de Foucault o Kuhn y coloca su idea de modelos conceptuales del orden “más cerca de la idea kantiana de la categoría”, en cuanto “no comparten el carácter contingente” del paradigma o del episteme, que “no puede separarse del patrón del ejercicio histórico en el que están insertos”.

[Los modelos conceptuales del orden] son marcos de pensamiento disponibles constantemente. Dan forma a la experiencia ordinaria antes de ofrecer una estructura para la explicación teórica. Los modelos mismos no dependen de la experiencia histórica; la hacen posible. Por consiguiente, no le pertenecen a, ni son producto de, la teoría esotérica. No dependen de avances en las ciencias ni en la teoría del conocimiento. [...] Los modelos [...] están enraizados en los lugares comunes de la vida diaria. La teoría enriquece a estos modelos al construir sobre sus parámetros y al explicar cómo es que operan en ciertos contextos [Kahn, 1992: 211-212] [trad. del autor].

Aunque los modelos conceptuales del orden hacen posible la experiencia, no sus resultados, me interesa mucho la práctica histórica en la que se incrusta el pensamiento jurídico. Por ende, dedico una parte considerable de cada capítulo para intentar entender el contexto en el que vivieron y laboraron los juristas que estudio. De hecho, creo que los resultados sustantivos de las inquisiciones normativas en general responden precisamente al contexto social y político de los juristas, y no son resultado de su metodología o de su modelo conceptual del orden (los mejores ejemplos de ello se encuentran quizá en el capítulo II). Sin embargo, también creo que el pensamiento jurídico se ha desarrollado así para separar las dimensiones social y política de su forma de entender el mundo, de sus preocupaciones sustantivas. Para entender el pensamiento jurídico *en sus propios términos*, el modelo conceptual del orden de Kahn es más apropiado que, por ejemplo, el paradigma de Kuhn. Además, como muestra la obra del propio Kahn, entender el modelo conceptual del orden que informa el pensamiento jurídico no nos impide entender, simultáneamente, el contexto en que se desarrolla ese pensamiento jurídico. Presentar el contexto social, institucional y político de los juristas, y, a la vez, examinar su obra en sus propios términos, nos permite entender tanto el contexto en el que el pensamiento jurídico se desarrolla como el modelo conceptual del orden a través del cual se desarrolla. Resulta más útil yuxtaponerlos para entender uno a la luz del otro, y no tratar de entender uno en función del otro.

Como a Kahn, me interesa la formulación del pensamiento que da forma a la experiencia al “definir las preguntas acerca del fenómeno, y demarcar [...] los límites de lo que puede considerarse como una respuesta” (Kahn, 1992: 212). Me interesan porque “[...] los términos dentro de los que se da el desacuerdo los establecen las similitudes subyacentes” (*idem*). La investigación que dio pie a este libro surgió precisamente de uno de estos desacuerdos: ¿qué significa el papel de “tribunal constitucional” para la Suprema Corte de México a principios del siglo XXI? Preguntas como ésta exigen respuestas cuando nuestra judicatura está en pleno proceso de despertar de un sueño centenario. De hecho, creo que México enfrenta ya preguntas más profundas acerca de su idea de lo que es el

derecho y de la función de instituciones jurídicas en el futuro inmediato. Construiremos respuestas para tales preguntas a través de un modelo conceptual del orden. Si hemos de forjar las mejores respuestas posibles, debemos entender claramente las limitaciones bajo las cuales operamos. Más que nada, espero con este texto contribuir a entender nuestras limitaciones, con la esperanza de que, quizá, entendiéndolas podamos construir respuestas más útiles dentro de ellas y, en un descuido, superar alguna.

Una última aclaración: la investigación realizada para este trabajo se centró en México, pero las principales conclusiones seguramente son aplicables para el grueso de la tradición jurídica occidental y, al menos, la romano-canónica. Los modelos conceptuales del orden que rastreó surgieron fuera de México y migraron por igual a una buena parte del globo con la colonización europea. La codificación que reunió a los modelos de la creación y de la revelación durante el siglo XIX impactó mucho más allá de Europa y América Latina. Nada de lo que aquí se escribe pretende sostener que existe una especie de “excepcionalismo mexicano”. Por el contrario, se trata de un estudio de caso de lo que seguramente es una explicación útil más allá de las fronteras políticas de un país u otro.

ESQUEMA Y FUENTES

El presente trabajo consta de cuatro capítulos y una conclusión. En el primero exploro los antecedentes europeos del pensamiento jurídico mexicano, que aportan los dos modelos de inquisición normativa que conforman el núcleo del pensamiento jurídico contemporáneo. El primer modelo, el modelo de la revelación, gira en torno a los textos autoritativos. El segundo modelo, el de la creación, voltea la mirada hacia la naturaleza —el producto del acto creativo de Dios y, por ende, evidencia de su plan divino—.

Como explicaré, este desplazamiento traslada la autoridad última para resolver cuestiones de derecho de los textos a la doctrina. Ambos modelos emergen de tradiciones medievales con raíces teológicas.

En el capítulo II exploro cómo se arraigaron estos dos modelos en la Nueva España durante la gestación de una comunidad política en los siglos XVI y XVII. Planteo que estos modelos recorrieron caminos paralelos: operaban en espacios institucionales separados y tuvieron funciones distintas pero complementarias en la conformación de la comunidad política novohispana. Por ende, los dos modelos, aunque relacionados, se mantuvieron fundamentalmente separados y distinguibles. La primera parte del capítulo describe brevemente el contexto

institucional del modelo de la revelación en la emergente sociedad colonial. La segunda parte analiza en detalle la obra de los teólogos morales que emplearon el modelo de la creación para abordar problemas fundamentales y fundacionales del virreinato.

El capítulo III explora cómo estos dos modelos se colapsaron uno con el otro empezando en el siglo XVIII y culminando en el XIX, con la llegada de la codificación y la secularización del gobierno y de la sociedad. A finales del siglo XIX, la dogmática jurídica mexicana emergió de la tensa combinación de los supuestos y los métodos de ambos modelos. En este sentido, esta ciencia jurídica se entiende como un mosaico —y no una síntesis— de premisas, supuestos, actitudes y prácticas tomadas de los modelos de la revelación y la creación. El capítulo culmina con un ejemplo de cómo el modelo de la creación, aún a finales del siglo XIX, era utilizado en el razonamiento jurídico para resolver problemas fundamentales.

El capítulo IV vincula la indagación histórica de los tres capítulos anteriores al pensamiento jurídico contemporáneo, tanto en la academia como en la práctica. De nuevo, ilustro la presencia e importancia continuas del modelo de la creación con ejemplos de legislación y doctrina modernas. Busco demostrar que una genealogía que tome en cuenta ambos modelos de inquisición normativa explica mejor ciertos supuestos fundamentales del pensamiento jurídico moderno; en particular, esta perspectiva ayuda a comprender mejor el papel que juegan los textos autoritativos y la doctrina jurídica en las prácticas jurídicas contemporáneas. Tras revisar los antecedentes históricos del pensamiento jurídico, regreso a las opiniones de la Corte en el Caso Electricidad y a la polémica controversia constitucional, para ver si los enigmas presentados pueden comprenderse mejor a la luz de este estudio genealógico y, en particular, bajo el modelo de la creación.

Mantengo el ejemplo del Caso Electricidad como el central porque se ubica justo en el inicio de un proceso de transición profundo que parece estar sacudiendo a la judicatura y, en general, al gremio jurídico. Cuando se falló el Caso Electricidad, en 2002, era de esperarse que en él viésemos la certeza y contundencia del razonamiento jurídico en su máxima expresión, ya que el fallo fue dictado por nuestro tribunal supremo; fue un caso altamente publicitado que le dio un perfil público (una rareza en el derecho mexicano, donde casi la totalidad de los fallos en esa época no eran públicos ni estaban publicados) y, sin embargo, el fallo evidenció amplios desacuerdos en el seno del Pleno de la Suprema Corte. En ese contexto, uno habría esperado que los ministros

desplegaran sus mejores habilidades argumentativas e hiciesen gala de su más sólido razonamiento.

También reviso otros casos, más recientes y quizá más evidentes, para ilustrar la presencia del modelo de la creación en el pensamiento jurídico contemporáneo. En la última década las cosas han cambiado, en apariencia, enormemente. Hoy, los fallos de la Suprema Corte (y de algunas otras instancias como el Tribunal Electoral) son públicos, sus deliberaciones son televisadas y existe un creciente interés tanto de los medios como de la academia jurídica en el quehacer judicial.

Sin embargo, a pesar de lo mucho que ha cambiado, los modelos conceptuales del orden que informan el pensamiento jurídico (o quizá, más precisamente, el modelo conceptual del orden que surge de la tensa fusión entre los dos modelos de inquisición normativa identificados en este libro) aún subsisten. Aún hoy podemos identificar supuestos y ver cómo se despliegan métodos que corresponden a los dos modelos de inquisición normativa.

Finalmente, a manera de conclusión, planteo algunos de los problemas fundamentales que el pensamiento jurídico no ha sabido resolver respecto de su propia epistemología y ontología subyacentes. Utilizo los conceptos de *inventario ontológico* y *brecha ontológica* para advertir sobre los muchos *sinsentidos* en que incurrimos los abogados. Espero, con ello, contribuir a que los abogados adquiramos la distancia crítica necesaria para observar cómo nuestro lenguaje y pensamiento operan en un desfase fundamental con el pensamiento moderno que pretendemos suscribir.

Esta obra pretende, en gran parte, sacar a la luz la presencia continua y la importancia del modelo de la creación en la dogmática contemporánea. Por ello, mucho del trabajo que aquí se encontrará consiste en identificar y desenterrar la presencia de este modelo en los fundamentos y en el desarrollo del pensamiento jurídico mexicano. Ambos modelos, tanto el de la creación como el de la revelación, deben estar presentes cuando se dé cuenta de la genealogía y la arquitectura de la dogmática jurídica. Sin embargo, a diferencia del modelo de la creación, el de la revelación ha sido reconocido por mucho tiempo como una presencia crucial en el desarrollo de la ciencia jurídica. Por ello, dedico menos tiempo a sostener la presencia del modelo de la creación en la dogmática. Acepto la importancia y la persistencia del modelo de la revelación de inicio, y me concentro en argumentar la importancia y la persistencia del modelo de la creación. En el primer capítulo detallo el modelo de la revelación para así poder contrastarlo con el modelo de la creación y, más específicamente, para sacar a la luz y subrayar sus fundamentos teológicos. En los capítulos posteriores, mi

interés al describir los aspectos del modelo de la revelación se reduce a su contexto institucional a lo largo de varios siglos de la cultura jurídica mexicana.

Por último, vale la pena comentar brevemente acerca de las fuentes utilizadas. Al escribir el capítulo I, me apoyé en general en fuentes secundarias para reconstruir los modelos de revelación y de creación. Muchos académicos han estudiado magistralmente la literatura jurídica de ese periodo y hay poco material original que yo pudiera aportar sobre el tema en un solo capítulo. En los capítulos II, III y IV, en cambio, analizo algunas obras de autores que corresponden a cada época. Hay poca o nada de bibliografía secundaria sobre estos autores. La historia del pensamiento jurídico nacional ha sido ignorada sistemáticamente. Los historiadores del derecho mexicano —y aquí me refiero, sobre todo, a los abogados que hacen historia del derecho— tienden a enfocarse mucho más en la historia legislativa, o bien en la influencia de pensadores extranjeros en el derecho mexicano. Espero que este trabajo estimule un giro nuevo e introspectivo en la academia jurídica mexicana.

I. REVELACIÓN Y CREACIÓN

Antecedentes europeos del pensamiento jurídico mexicano

INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídica se ha desarrollado en torno a dos objetos de estudio: los textos legislativos y la doctrina. Estos pivotes son a la vez producto y objeto de dos distintos modelos de inquisición normativa que denomino, respectivamente, el “modelo de la revelación” y el “modelo de la creación”. Sostengo que cada uno de estos modelos tiene un origen distinto derivado de prácticas distintas, aunque relacionadas, de inquisición normativa. El modelo de la revelación, que se ocupa fundamentalmente de abordar e interpretar textos autoritativos, surgió de la práctica de los juristas del Medievo tardío conocidos como glosadores; el modelo de la creación, ocupado fundamentalmente con doctrinas, proviene de la teología moral que a fines del siglo XVI se desarrolló en la Universidad de Salamanca. Juntos, estos modelos son los principales pilares de la dogmática moderna.

Explorar la jurisprudencia medieval¹ nos ayuda a entender mejor los orígenes de las funciones que cumplen el texto y la doctrina en la tradición romano-canónica. También puede ayudar a entender cómo se relacionan el uno y la otra. Creo que las diferencias entre las dos escuelas, glosadores y salmantinos, pueden entenderse como función de un desplazamiento en la ubicación de la fuente de autoridad del derecho. A su vez, este desplazamiento resulta de una transformación en los supuestos metafísicos que resultaron del desarrollo de la teología. El cambio fundamental consiste en el desplazamiento de la manifestación de la autoridad divina a través de un texto fijo, hacia un modelo en que la autoridad divina se conoce a través de la creación (divina); esto es, mediante la observación de la naturaleza. Los cambios en el derecho reflejan el cambio de la preeminencia de la revelación (paradigmáticamente manifiesta en la Biblia como fuente de autoridad y normas) a la preeminencia de la creación (esto es, la naturaleza).

En consecuencia, este capítulo se divide en dos secciones: Revelación y Creación. El relato básico de mi propuesta es que los glosadores, y el *ius commune* que desarrollaron, pueden entenderse mejor bajo el modelo de la revelación, mientras que los salmantinos de la segunda escolástica y las sofisticadas doctrinas del derecho natural que elaboraron cobran sentido bajo el

modelo de la creación. Espero ilustrar ambos modelos al ubicar a los personajes que los utilizaron en sus contextos históricos y sociales específicos, y luego analizar su obra con mayor detalle, explorando sobre todo sus fundamentos metodológicos y metafísicos.

Esta aproximación a los orígenes de la tradición romano-canónica ayuda a entender el persistente culto al texto jurídico y la enorme autoridad de la que goza la doctrina en la dogmática jurídica contemporánea. Pero también explica otros aspectos importantes de esta tradición jurídica, como su tendencia a la abstracción y la fuerte dependencia de definiciones y conceptos formales (lo que más adelante llamaré el *esencialismo* de la dogmática jurídica). Por último, nos permite entender el papel fundamentalmente normativo de una disciplina —la dogmática jurídica— que se asume a sí misma como científica y fundamentalmente descriptiva.

LA REVELACIÓN: EL ADVENIMIENTO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS

El *ius commune* es un término impreciso que normalmente se refiere a un derecho común a la Europa central y occidental, que se desarrolló a partir del Medievo tardío. No se refiere al derecho positivo de una entidad política particular, con una jurisdicción determinada. Más bien, se trata de una cultura jurídica ilustrada y compartida por las élites europeas. En el universo jurídico fragmentado de la Europa del Medievo tardío, el *ius commune* fungió como metasistema: permitía la resolución de conflictos entre distintos sistemas jurídicos que frecuentemente competían entre sí; proveía soluciones comunes para problemas comunes, y ofrecía soluciones jurídicas a problemas que otras leyes o costumbres no atendían.

El *ius commune* se construyó en torno a dos conjuntos de textos jurídicos autoritativos: el *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*. Los juristas del Medievo tardío estudiaban estos textos a partir de una serie de supuestos y técnicas comunes, y en consecuencia formaron una escuela común. El *Corpus iuris civilis* era una recopilación de derecho romano antiguo, elaborada en el Imperio romano de Oriente, y rescatada en Occidente en los primeros siglos del segundo milenio después de Cristo. La otra colección de textos jurídicos autoritativos, el *Corpus iuris canonici*, se conformaba por una mezcla de textos sagrados y leyes antiguas de las iglesias cristianas y la “nueva ley” de la recién consolidada Iglesia católica romana.

Cada conjunto de textos era estudiado por una disciplina académica distinta aunque estrechamente interrelacionada con la otra. A la que estudiaba el *Corpus iuris civilis* se le conoció como derecho civil o *ius civile*. Al *Corpus iuris canonici* lo estudiaba el derecho canónico o *ius canonicum*. Los textos autoritativos estudiados por el derecho canónico, y las doctrinas que lo configuraban, fueron el derecho positivo de la entidad política y territorial gobernada bajo la autoridad directa del papa como príncipe.² El *Corpus iuris civilis*, en cambio, no fue el derecho positivo de entidad política o territorial alguna; era un derecho docto utilizado por los abogados y burócratas de diversas polis en Europa, pero sin tener vigencia formal en ninguna. Estas dos disciplinas compartían métodos, principios y suposiciones:

Los canonistas también compartían con los romanistas de su época las mismas teorías básicas sobre la naturaleza y las funciones del derecho y los mismos métodos básicos de análisis y síntesis de los opuestos: teorías y métodos que se tomarían mutuamente canonistas y romanistas. En realidad, no sólo teorías y métodos, sino también muchos conceptos e instituciones jurídicos específicos, pasaron a formar parte de la contemporánea ciencia jurídica romana a partir de la nueva ciencia del derecho canónico [Berman, 1996: 216].³

La interrelación entre ambas disciplinas incluía el entrenamiento académico formal: “Los maestros de derecho canónico adoptaron un estilo de dar cátedra casi idéntico [al de los maestros de derecho civil]” (Brundage, 1995: 52) [trad. del autor]. El auge de trabajo académico sobre derecho canónico al comienzo del primer milenio corrió a la par y se entrelazaba con el surgimiento del estudio académico formal del derecho civil. Ambos nutrieron a una clase de juristas cada vez más relacionados entre sí, que habría de poblar la Iglesia y las burocracias laicas durante los siglos subsecuentes. Indudablemente, la fertilización cruzada entre las disciplinas jurídicas implicaba que compartieran algunos de los textos jurídicos; pero más importante aún fue que compartieron terminología, metodología, ideas y conceptos.⁴

Guillermo Floris Margadant explicaba que durante los dos primeros siglos del segundo milenio dominó la idea de la *reductio ad unum*: una sola Iglesia, bajo autoridad única (el papa); un solo imperio, en el que todos los reyes eran vasallos del emperador; un idioma único para la cultura, el latín, y, para completar este esquema, emergería la idea de un derecho único, el *ius commune*, desarrollado por los juristas con base en el *Corpus iuris civilis* y el derecho canónico (Margadant, 1986: 85).⁵ Las disputas legales y políticas no versaban sobre cómo repartir el pastel jurisdiccional, sino más bien sobre el orden de prelación en que cada quien podía servirse; el pastel permanecía entero, por lo menos en teoría.

La idea de la *reductio ad unum* es importante para entender las aseveraciones universalistas de los juristas en su obra, como veremos a continuación.

INSTITUCIONES EMERGENTES Y TEXTOS AUTORITATIVOS

Dos procesos clave contribuyeron para el surgimiento del *ius commune* en los primeros siglos del segundo milenio: la consolidación de la Iglesia bajo la autoridad pontificia con un sistema jurídico unificado (el derecho canónico) y el resurgimiento académico del derecho romano en el seno de la universidad. El surgimiento de una Iglesia católica romana unificada bajo la autoridad del papa fue un proceso que se extendió desde el siglo X hasta el XII. La universidad apareció a finales del siglo XI y se reproduciría con éxito por toda Europa (y después por América) dominando el estudio académico del derecho hasta bien entrado el siglo XVIII, cuando algunos reformistas estimularon la creación de instituciones alternativas de educación jurídica formal y terminaron por transformar la propia enseñanza jurídica universitaria un siglo después. En la universidad, el estudio formal del derecho eclesiástico y del derecho romano engendraría las ciencias jurídicas gemelas: el derecho canónico y el derecho civil.⁶

Derecho canónico

A finales de la Edad Media, la Iglesia occidental se reconfiguró como una entidad centralizada bajo la tutela directa del obispo de Roma. El desarrollo del sistema jurídico de la Iglesia católica —el derecho canónico—, con fuentes de derecho identificables y una jurisdicción determinada, se encuentra estrechamente relacionado con este proceso de reforma y centralización que Harold Berman ha llamado la Revolución Papal, pero que es conocido más comúnmente como la Reforma gregoriana (Berman, 1996: 95-129).⁷

Los primeros reformistas buscaban independizar a la Iglesia (las iglesias, más precisamente) de las autoridades seculares. Su estrategia consistió, en parte, en articular sus exigencias en términos jurídicos. Impulsaban tanto una revisión a fondo de las leyes que gobernaban a la Iglesia, como una reorganización administrativa que permitiera la adjudicación del derecho eclesiástico ante tribunales eclesiásticos y el procesamiento de criminales eclesiásticos.⁸ Hasta entonces, los documentos autoritativos de la Iglesia con relevancia jurídica se

caracterizaban por su multiplicidad e inconsistencia. Se trataba de documentos muy distantes en tiempo, autoría e intención.⁹ En consecuencia, los abogados protocanonistas se ocuparon en una medida importante de conciliar las discrepancias entre un texto y otro. Al generar compilaciones e interpretarlas de acuerdo con sus propósitos, los reformadores iniciaron muchos de los avances metodológicos sobre los que los glosadores desarrollarían su trabajo. A partir de los tiempos del papa Gregorio VII (siglo XI), las colecciones de antiguos cánones o acuerdos conciliares aparecieron con mayor frecuencia.¹⁰ Pero lo más importante de todo: el papa se adjudicó la facultad de crear leyes nuevas, llamadas *decretae* (que, en conjunto, se conocieron como el *ius novum*, o derecho nuevo, por oposición al *ius antiquum*, o derecho antiguo, de los cánones conciliares que se estaban recopilando alrededor de esa época) (Berman, 1996: 214).

Para principios del siglo XII, la Iglesia había amasado un conjunto de leyes tan abundante que Berman lo entiende como el prototipo de los sistemas jurídicos modernos (véase Berman, 1996: cap. v). La Iglesia había generado preceptos legales en abundancia, que regían los asuntos que caían dentro de su jurisdicción.¹¹ También estaba en plena marcha el desarrollo de técnicas de interpretación que le permitían compatibilizar preceptos contradictorios contenidos en los distintos textos autoritativos. A la postre, los textos jurídicos autoritativos de la Iglesia occidental centralizada se recopilarían y sistematizarían a través de estas técnicas interpretativas en una colección conocida como *Corpus iuris canonici*.

Derecho romano

Junto con el derecho canónico, la tradición del *ius commune* del Alto Medievo europeo surgió a partir del estudio del derecho romano. Durante la temprana Edad Media, la importancia del derecho romano había sido relativamente menor. Fue la investigación académica el vehículo para trasladar el derecho romano de la periferia al centro del mundo jurídico de la Europa occidental. Este renacimiento académico del derecho romano se vinculó a la revisión del papel apropiado del derecho en el esquema general del conocimiento.¹² Peter Stein (1966: 46) sostiene que tradicionalmente se había ubicado el derecho bajo el ámbito de la ética, en tanto que se ocupa del comportamiento humano. La nueva perspectiva, que llegó con el surgimiento de los glosadores, consistió en circunscribir la categorización del derecho como parte de la ética al *contenido* de las reglas; a la

vez, se proponía entender el estudio del derecho como parte de la lógica, en lo que se refiere a la interpretación de un texto. Esto permitió aplicar a la inquisición normativa las artes que, en la educación tradicional, se conocían como el *Trivium*: gramática, dialéctica y retórica.

El surgimiento de la universidad, a finales del siglo XI y principios del XII, está directamente relacionado con el surgimiento del estudio formal del derecho y con el renovado interés por el derecho romano (véase Tamayo, 1998b). En específico, con el estudio de la recopilación jurídica elaborada en el siglo VI bajo la tutela de Justiniano, el emperador romano de Oriente: el *Corpus iuris civilis*.¹³ Hasta el siglo XI, todos los colegios debían ser eclesiásticos, por lo menos en teoría, en virtud de la legislación que databa de los tiempos de Carlomagno (siglos VIII-IX). Esto significaba que, hasta entonces, los colegios en su mayoría eran monásticos o, más tarde, escuelas catedráticas (véase Villey, 1975).¹⁴

Durante todo el siglo XI se hizo patente un interés creciente en la jurisprudencia. Surgieron centros de aprendizaje específicamente jurídico en Provenza y en las ciudades lombardas del norte de Italia. Durante este periodo, el *Digesto* (la parte del *Corpus iuris civilis* que recopilaba la doctrina jurídica romana) fue estudiado en el norte de Italia.¹⁵ Estos nuevos centros de estudio evolucionaron gradualmente hasta convertirse en corporaciones autónomas conocidas como universidad.¹⁶ Empezando por Bolonia, el estudio del derecho se dedicaría principalmente al derecho romano compilado en el *Corpus iuris civilis*. Desde ahí, su estudio y la correspondiente metodología se consolidarían y, a lo largo de los siglos siguientes, se extenderían por toda Europa a través de una creciente red de universidades. Los abogados que se dispersaron por toda Europa desde Bolonia fueron conocidos como la escuela de los glosadores.

Hay dos elementos clave para entender la obra de los glosadores y su importancia en el posterior desarrollo de una “ciencia” sistemática del derecho. Primero, partieron del supuesto de que los textos justinianeos eran consistentes, completos y coherentes (tal y como Justiniano lo aseveraba al inicio de la recopilación misma).¹⁷ Segundo, profundizaron una tendencia ya presente en el último título del *Digesto*:¹⁸ abstraer los textos de su contexto y generalizar sus aplicaciones e implicaciones.¹⁹ Los glosadores llevaron la abstracción a un nivel mayor al aplicarla a toda la recopilación, no sólo al último título. Abordaron todos los textos del *Corpus* como elementos de un todo. “El interés de los glosadores en las *regulae* reflejaba una tendencia general hacia la abstracción y la generalización de las decisiones que se encontraban en los textos jurídicos romanos y a explorar y explicitar la relación entre ellos” (Stein, 1966: 131) [trad. del autor].

Los glosadores representan un momento clave en la secularización, tanto del conocimiento académico como del estudio jurídico. Sin embargo, su trabajo se puede entender mejor dentro del contexto religioso de su origen.²⁰ Los dos aspectos característicos del trabajo de los glosadores —a saber, la presuposición de que el texto era un todo consistente, y la propensión a abstraer y generalizar cualquiera de sus partes— estaban ligados a los fundamentos religiosos de su empresa: los glosadores abordaban el *Corpus iuris civilis* prácticamente de la misma manera que un teólogo contemporáneo hubiera abordado la Biblia.

La idea de que la colección autoritativa de textos normativos estaba completa era fundamental, sobre todo para el derecho civil. A diferencia de la Roma antigua, en la Europa de finales de la Edad Media no existía una autoridad incontrovertible que pudiera ser la fuente de nuevo derecho romano que diese respuesta a nuevas preguntas.²¹ Los civilistas contaban sólo con el *Corpus iuris civilis* para realizar su trabajo, por lo que entender el carácter y la estructura de la colección es importante para comprender su labor.

El manuscrito constaba de cuatro partes: el *Código*, que comprendía 12 libros de ordenanzas y decisiones de los emperadores romanos anteriores a Justiniano; las *Novelas*, que contenían las leyes promulgadas por el propio emperador Justiniano; las *Instituta*, breve libro de texto planeado como introducción para iniciar a estudiantes en el derecho, y el *Digesto*, cuyos 50 libros contenían toda una multitud de extractos de las opiniones de juristas romanos sobre una gran variedad de cuestiones jurídicas [Berman, 1996: 137-138].

Durante el resurgimiento medieval del derecho romano, se supuso que el texto justiniano era un todo, completo y autoritativo, sin contradicciones ni lagunas.

[Los glosadores] aceptaron sin cuestionar la afirmación de Justiniano de que los textos no contenían contradicciones que no pudieran ser conciliadas por alguien que las afrontara con una mente sutil (*Constitutio Tanta*, 15) y dieron por hecho que la recopilación en su totalidad contenía todo lo necesario para resolver cualquier problema jurídico concebible [Stein, 1966: 46] [trad. del autor].

Berman menciona que los juristas del siglo XII asumieron que el texto del *Corpus* de Justiniano no sólo era un todo coherente, como el mismo Justiniano aseguraba, sino que también era aplicable a todo tiempo y en todo lugar. Lo trataron como plasmando la *verdad* y con *autoridad trascendente*.

A pesar de todo, era de importancia decisiva que los juristas que estudiaban aquellos textos antiguos creyeran, como sus contemporáneos en general, que la civilización anterior, el Imperio romano, había sobrevivido hasta su propia época, tanto en Occidente como en Oriente. En cierto

sentido especial sí había sobrevivido: en una forma nueva, así como el alma de una persona puede sobrevivir a su cuerpo. Más aún: creyeron que tenía una cualidad universal y perdurable. Tomaron la ley de Justiniano, no principalmente como la ley aplicable en Bizancio en 534 d.C., sino como la ley aplicable en todo tiempo y en todo lugar. En otras palabras, la tomaron por la verdad, del mismo modo que tomaban la Biblia como la verdad, y las obras de Platón y (después) Aristóteles como la verdad [Berman, 1996: 132].

Lo que en los hechos era una multiplicidad de textos con funciones diversas, autores diferentes y fuentes históricas múltiples, recopilados siglos antes bajo órdenes imperiales, era tratado como un todo único, válido en ese momento.²²

Berman y Stein sostienen que el texto justiniano se consideraba también sagrado, análogo a la Biblia: “[El] *Corpus iuris civilis*, igual que la Biblia y los escritos de los padres de la Iglesia, se aceptaba como sagrado, como la encarnación de la razón” (Berman, 1996: 142). “Los glosadores consideraban sagrados los textos de Justiniano y les atribuían una autoridad casi bíblica” (Stein, 1999: 46) [trad. del autor]. Además, siendo un texto romano imperial, el *Corpus iuris civilis* era válido para todos los cristianos, en todo momento, y en todo lugar.²³ El *Corpus* mismo inicia con una invocación a la Santísima Trinidad (Villey, 1975: 107). En el periodo en que el *Corpus iuris civilis* era estudiado ampliamente, las autoridades sagradas y las seculares aún no se habían distinguido claramente unas de otras. El (sacro) emperador (romano) todavía se consideraba “vicario de Cristo”, mientras que el papa, que pugnaba por pasar de ser el obispo de Roma a ser cabeza de una Iglesia unificada y jerarquizada bajo su autoridad, era tan sólo “vicario de san Pedro”.²⁴

INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS

De esta forma, las compilaciones jurídicas gozaban de un aura de autoridad que se puede calificar de trascendental. La forma en que los juristas medievales entendían la autoridad se asemejaba a la manera en que ésta se entendía en la otra gran disciplina que se ocupaba de textos autoritativos: la teología. Harold Berman vincula el surgimiento de la ciencia jurídica con el surgimiento de la ciencia teológica, que buscaba analizar en forma sistemática la evidencia de la revelación divina.²⁵ El conocimiento y la autoridad se entendían como provenientes, ambos, de la revelación divina. Los *Corpora*²⁶ jugaban, para sus disciplinas respectivas, el papel que la Biblia jugaba para la teología.

Los textos justinianos, igual que las recopilaciones canónicas, diferían enormemente de su caracterización como un todo sistémico, completo y

consistente. De hecho, los textos del *Corpus iuris civilis* eran todo menos sistemáticos. Estaban ordenados con “[...] una falta de coherencia atroz [...] Los mismos asuntos eran considerados en los *Institutos*, el *Digesto* y el *Código*, pero sin ningún orden” (Stein, 1999: 46) [trad. del autor]. Eran, además, inconsistentes y a menudo confusos. Los fallos y fragmentos que contenían estaban, con frecuencia, muy estrechamente ligados a casos concretos que habían ocurrido y de los que se habían tomado; fuera de eso, en su mayoría, los extractos eran ordenamientos imperiales o pronunciamientos previos sobre cómo un magistrado (*praetor*) actuaría en casos específicos durante su gestión (Berman, 1996: 138-139).²⁷ Tal como apunta Dawson (1968: 116), el objetivo de los juristas romanos había sido encontrar soluciones, en los textos, para casos específicos. Una tarea en la cual “no hacía falta una justificación elaboradamente razonada, ya que para personas externas al grupo élite, la autoridad del jurista era suficiente, y los que eran parte del grupo entenderían las razones suficientemente bien” (Dawson, 1968: 116). Estas presunciones y experiencias no correspondían en tiempo o espacio con el mundo en el que los glosadores trabajaban, haciendo simplemente incomprensible el significado original de los textos o, en el mejor de los casos, haciéndolo inútil.

La tarea que los glosadores se dieron, entonces, consistía en hacer frente a los textos y su aparente cacofonía. Ellos, y sus sucesores, se abocaron a conciliar las diferentes reglas en conflicto. Según Theodor Viehweg, esto se hacía de manera importante a través del uso de los *Tópica*, “el arte (*techné*) de pensar problemas” (Viehweg, 1993: 19) [trad. del autor].

Este proceso se puede describir de forma abreviada de la siguiente manera: por medio de la reformulación adecuada, el problema entra en un contexto de inferencia más o menos explícito y más o menos exhaustivo, del cual se revela una respuesta. Si este contexto de inferencia se considera un sistema, se puede decir aún más brevemente que el problema se coloca dentro de un sistema con el propósito de conseguir la solución [Viehweg, 1993: 20]²⁸ [trad. del autor].

La principal actividad de los glosadores consistía en yuxtaponer textos contradictorios y proponer una solución, una interpretación armonizadora, recurriendo a uno o más *topoi* o *loci* —es decir, uno de los varios fácilmente accesibles, arbitrariamente escogidos y comúnmente compartidos, puntos de vista— para analizar el problema desde ese marco de referencia. Tales “puntos de vista” —el “contexto inferencial” mencionado en el pasaje anterior— podrían derivarse de disciplinas tales como la gramática, la lógica o la metafísica. Entre los ejemplos se encuentran distinciones como “el todo contra las partes”, o categorías como “causa” o “propósito” (Villey, 1975:104-108).²⁹

Los glosadores tomaron de su ambiente intelectual las herramientas con las cuales generaron el significado de los textos. Es común relacionar la escuela de los glosadores con el escolasticismo medieval.³⁰ El escolasticismo partía del supuesto de que el grueso de las proposiciones con las que se trabajaba eran verdaderas. La cuestión a resolver era la relación entre unas y otras; su sistematización, no su validez.

Éste [el método escolástico], que empezó a desarrollarse a comienzos del siglo XII tanto en derecho como en teología, presupone la absoluta autoridad de ciertos libros, de los que se considera que contienen un cuerpo de doctrina completo e integrado. Pero, paradójicamente, también se supone que pueden tener lagunas y contradicciones, y se propone, como principal tarea, resumir el texto, colmar las lagunas y resolver las contradicciones. Al método se le llama “dialéctico”, en el sentido que el término tenía en el siglo XII: que busca la reconciliación de los opuestos [Berman, 1996: 141-142].³¹

Los juristas, igual que los teólogos, se ocupaban en encontrar el sentido de los textos sin cuestionar la autoridad de ninguna de sus partes. Todos los textos gozaban de la misma autoridad; simplemente tenían diferentes alcances o respondían a diferentes interrogantes. Si los textos autoritativos parecían estar en conflicto, o incompletos, se asumía que se debía a nuestra deficiente comprensión, no a que los textos fuesen contradictorios o incompletos.

Para resolver las contradicciones y lagunas de los textos, los juristas medievales abstraían más y más las reglas específicas de su contexto, una tendencia ya presente en los textos mismos, como se mencionó arriba. A riesgo de simplificar, la evolución del derecho romano desde la Antigüedad puede entenderse como un proceso de creciente abstracción.³² La actividad del intérprete pasó de la elaboración de *definitio*,³³ amplias declaraciones descriptivas del derecho aplicado a un conjunto de casos semejantes, a la producción de *regulae*,³⁴ las cuales eran proposiciones normativas (elaboradas en un principio por los juristas pero después incorporadas a la legislación imperial) diseñadas para aplicarse a varios casos comunes. Los juristas medievales llevaron esta tendencia a la abstracción aún más lejos, al usar las máximas jurídicas en el sentido de proposiciones evidentes, normativas y abstractas susceptibles de ser usadas para deducir conclusiones.

Esta abstracción, potenciada en la obra de los glosadores, requiere una explicación sobre la forma en que éstos usaron el título final del *Digesto* (título 50.17). Para ello sigo a Stein de cerca en su descripción de la recopilación justiniana (cf. Stein, 1986: 118-120). Justiniano había incluido una lista de 211 reglas jurídicas abstractas (“tipo máximas”, en términos de Stein). En sus

contextos originales, la mayoría de estas reglas eran *regulae* del periodo clásico de la jurisprudencia romana (los primeros dos siglos y medio de nuestra era).³⁵ Se trataba de afirmaciones amplias que explicaban una serie de decisiones jurídicas *concretas* contenidas en el texto que las precedía. Al separar las *regulae* de los casos que las precedían y enlistarlas en el título 50.17 del *Digesto*, los recopiladores del *Digesto* ampliaron el alcance de las afirmaciones. Desprendidas de su contexto —esto es, de los casos que pretendían explicar—, las *regulae* podían aplicarse a un número indeterminado de casos concretos. Estos casos nuevos podían tener poco que ver con el alcance original de la regla o con los casos que la habían suscitado. Un ejemplo puede resultar ilustrativo:

Ocasionalmente, los recopiladores se esmeraban tanto en lograr una máxima clara de simplicidad drástica que la dejaban ambigua, como en el caso de fr. 56, *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*. Decir que en cuestiones dudosas la interpretación más benevolente es preferible obliga a la pregunta: ¿más benevolente para quién? Sólo cuando se observa que la máxima proviene de una discusión sobre legados, se aclara que originalmente quería decir “más favorable para el legatario” [*ibid.*, 119]³⁶ [trad. del autor].

La estructura del *Corpus iuris* como conjunto de textos jurídicos específicos, rematados por una lista de máximas abstractas, fue fundamental para los glosadores. Los glosadores fueron mucho más allá persiguiendo la abstracción que los juristas romanos, quienes generalizaban a partir de casos semejantes: los glosadores tomaban las *regulae* “como ‘máximas’ legales, es decir, como principios independientes de validez universal” (Berman, 1996: 150). Además, usaban otras secciones del texto justiniano, no formuladas originalmente como *regulae*, y las descontextualizaban a fin de usarlas también como máximas. “Los glosadores no limitaban el término *regula* a las proposiciones descritas como *regulae* en los textos, o a aquellas contenidas bajo el título *De regulis*, o a aquellas con estructura de máxima (estas últimas en ocasiones eran conocidas como *notabilia*).”³⁷

La combinación del uso de la tópica y el método dialéctico, con la tendencia hacia la abstracción de *regulae* como máximas tipo-premisas para usarlas deductivamente, quedaba lejos de estar exenta de problemas. Los tópicos resultan útiles para formar distinciones con las cuales se aborda un problema, pero

[...] tales distinciones son lógicamente arbitrarias. Se pueden organizar de una manera u otra. Son el resultado de la creatividad y la invención, y dependen de la disposición a aceptarlas de los interlocutores. Significan una regulación de la expresión, *i. e.*, un orden de la expresión, y no un sistema en el sentido de un marco justificatorio, o el punto de partida para construirlo. Falta una

deducción que elimine toda posible arbitrariedad [...] De todo esto se sigue que las distinciones no pueden normalmente fungir como pilares que cimienten un sistema deductivo [...] Sólo en los casos en que sea posible convertirlas en un conjunto coherente de premisas, pueden formar parte de un sistema deductivo [Viehweg, 1983: 57] [trad. del autor].

Cuando los juristas medievales empleaban las *regulae* como máximas, estaban usando soluciones resultantes de un ejercicio que iniciaba en un punto de partida problemático, como si fueran máximas de las cuales se podían deducir conclusiones necesarias. Sobre el método dialéctico, Aristóteles sostenía que el razonamiento *dialéctico* había de desplegarse cuando se partía de proposiciones problemáticas y podía llegarse sólo a probabilidades, no a certezas; el razonamiento *apodíctico*, en cambio, partía de proposiciones que se sabían ciertas y por ende podía arribar a conclusiones con certeza.³⁸ Los juristas medievales pretendían certeza apodíctica para argumentos dialécticos.

Hoy en día, resulta problemático sostener que el razonamiento apodíctico es aplicable a las normas jurídicas, pues difícilmente aceptaríamos que éstas pueden considerarse proposiciones indiscutiblemente verdaderas. Pero eso es precisamente lo que los juristas medievales hacían al extraer *regulae* de sus contextos específicos en el *Corpus iuris* y utilizarlas como máximas universales. El uso del razonamiento apodíctico en el derecho, sin embargo, no resulta controversial si suponemos que las reglas jurídicas son verdades, inspiradas divinamente. Así, la autoridad trascendental de los textos —propongo— fue lo que permitió que los juristas medievales desplegasen sus métodos analíticos y sintéticos con autoridad apodíctica al abordar los textos justinianeos (y canónicos, teniendo estos últimos una más evidente vinculación a una autoridad trascendental). Tratar las reglas jurídicas como máximas, es decir, como verdades, fue un paso clave para permitirles usar el *Corpus iuris* como un todo completo y consistente. Su autoridad trascendental permitió a los glosadores elevar afirmaciones particulares al estatus de declaraciones generales y, después, derivar de ellas conclusiones particulares nuevas para resolver casos no contemplados. Esto les permitía colmar lagunas. También les permitió reconciliar proposiciones contradictorias, distinguiéndolas de acuerdo con su nivel de generalidad por género y especies. Los glosadores navegaban el cuerpo de casos, reglas y doctrinas usando las *regulae* como premisas de un ejercicio deductivo, como si fueran máximas universales.

Puede ser que todo esto haya sido consistente con su comprensión del texto justiniano como verdad, *ratio scripta* o algo análogo a la verdad revelada en la Biblia, pero presenta serios problemas dentro de la lógica aristotélica que pretendían emular. Berman nos señala:

Aristóteles había negado el carácter apodíctico del razonamiento dialéctico. No podía lograr certeza porque sus premisas eran inciertas. Los juristas del siglo XII de Europa occidental, en cambio, usaban la dialéctica aristotélica con el fin de demostrar qué es verdadero y qué es justo. Voltearon a Aristóteles boca arriba al confundir el razonamiento dialéctico con el apodíctico, y al aplicar ambos al análisis y a la síntesis de normas jurídicas. En contraste con los juristas romanos y los filósofos griegos que les precedieron, supusieron que podían probar por medio de la razón, la verdad y la justicia universal de los textos jurídicos autoritativos [...] Dado que las normas jurídicas romanas eran verdaderas y justas, se podía razonar a partir de ellas, apodícticamente, para descubrir nueva verdad y justicia. Pero como contenían vacíos, ambigüedades y contradicciones, se debían razonar dialécticamente también; es decir, tenían que plantearse los problemas, crearse las clasificaciones y definiciones, presentarse las opiniones opuestas, y sintetizarse los conflictos.

Ésta fue la primera aplicación sistemática del famoso lema de san Anselmo, *Credo ut intelligam* ["Creo para así entender"] [Berman, 1996: 151].

Otro aspecto relacionado con la caracterización de los textos como contenedores de verdades, y que también resulta relevante para entender a los glosadores, fue la asimilación de *regulae* jurídicas a las leyes científicas.³⁹ Stein dice que para Búlgaro, destacado glosador de la segunda generación, una "*regula* no era principalmente una norma, sino más bien una ley científica, como la ley de gravedad, *i. e.*, una generalización a partir de una serie de instancias que ocurren regularmente" (Stein, 1966: 135). Esta actitud hacia las *regulae* explica la facilidad con la que abstraían textos concretos y los reformulaban como máximas armonizables entre sí. También ayuda a explicar por qué era posible deducir consecuencias jurídicas partiendo de *regulae* abstractas (o, para ser precisos, abstraídas) como si fueran producto de la necesidad lógica. Según Stein, Búlgaro presenta la regla constituida por una serie de situaciones preexistentes de hecho. "La *regula* convierte las instancias aisladas en una proposición universal" (Stein, 1966: 135) [trad. del autor], mediante el proceso de inducción; es así como la regla jurídica puede ser concebida como análoga a la ley natural.

La filosofía griega también se hacía presente en el pensamiento jurídico medieval, mediante el uso de técnicas de clasificación en géneros y especies. Las funciones del género las cumplía una regla que surgía al encontrar el elemento común en situaciones particulares, y se entendía que comprendía las distintas reglas particulares, que se entendían como especies. "La *regula* se compara, así, a un género que comprende una serie de especies" (Stein, 1966: 135) [trad. del autor]. También era común el uso de la inducción. Stein explica cómo, en su *Excerpta*, Búlgaro utiliza el caso de la regla aplicable a la posesión de las cosas que no le pertenecen a nadie. Primero, Búlgaro establece las diferentes "situaciones de hecho": que los animales salvajes se convierten en propiedad del primer poseedor; que los peces se convierten en propiedad del primer poseedor,

y que las aves se convierten en propiedad del primer poseedor. De estas “especies”, el jurista concluye que lo que no es de nadie se convierte en propiedad del primer poseedor. Así, los tres ejemplos de animales salvajes, aves y peces que se convierten en propiedad del primer poseedor se transforman, a través de la inducción, en la proposición universal que declara que *todo* lo que no es de nadie se convierte en propiedad del primer poseedor. Búlgaro se refiere explícitamente a la regla que dice que lo que no es de nadie se convierte en propiedad del primer ocupante como *genus* y dice que sus especies son que las bestias salvajes, los peces y las aves se convierten en propiedad del primer poseedor (véase Stein, 1966: cap. VIII).

Las *regulae*, sin embargo, se entendían no sólo como declaraciones descriptivas de lo que es el derecho; se usaron también como declaraciones normativas que creaban derecho nuevo. Por consiguiente, las funciones descriptiva y normativa de la identificación de una *regulae* terminaron por confundirse. Stein describe el surgimiento de esta función normativa en el contexto en que explica las disputas de la tercera generación de glosadores, según las ilustran Placentino (seguidor de una concepción más equitativa y menos dialéctica del derecho) y Juan Basiano (sucesor de Búlgaro como líder del ala más conservadora de los glosadores).⁴⁰

Stein afirma que la concepción de Placentino sobre la formación de *regulae* seguía muy de cerca la concepción de Búlgaro de la regla como producto de la inducción, partiendo de casos particulares. Esta concepción se basaba en entender la palabra *causa* como “caso” (siendo la regla el producto de la generalización de varias *causae*). Por su parte, Juan Basiano tenía una concepción fundamentalmente diferente de *regula*, ya que entendía *causa* no como un caso o cosa (*res*) particular, sino como una *ratio* o principio. Si *causa* es la *ratio* detrás de los casos particulares que sirven como base para formular la *regula*, entonces la *regula* se aplica cuando la misma *ratio* subyace en un caso o situación, sin importar si se previó ese caso específico a la hora de formular la *regula*. “Se esperaba que se aplicara no sólo en los casos por los que se había constituido, sino en todos los casos donde existiera la misma *ratio*” (Stein, 1966: 142) [trad. del autor]. La manera de entender la *causa* como *ratio* de Basiano fue adoptada y transmitida por Azzo (Azo, Azón o Azulenius), su alumno, y ampliada por Accursio (Accorso o Accursius), alumno de éste, cuya *Glossa ordinaria* se convirtió en texto estándar del estudio del *Corpus iuris civilis*. A través de la *Glossa* de Accursio, el entender de Basiano de *causa* como *ratio*, y las consecuencias que esto implicaba para las *regulae*, se convertirían, en lo sucesivo, en el punto de partida para entender las *regulae*.

Accursio asume las implicaciones de la idea de que una *regula* está formada de casos con la misma *ratio* o principio. En los casos que ya han sido decididos, dice, la *regula* no crea ley. No obstante, en los casos que se ubiquen bajo el mismo principio pero que aún no han llegado a la ley, la *regula* sí crea ley (*Supra casibus in quibus eadem est equitas, nec tanem sunt in iure positi, bene facit ius*). Las *regulae* son al fin reconocidas como normas [Stein, 1966: 146] [trad. del autor].

A esta forma expansiva de entender los atributos de las *regulae* se le aunaba una distinción cada vez más borrosa entre las *regulae* y las glosas que los juristas medievales les hacían. Estas glosas o comentarios, llamados “brocardos”, habían sido tomados prestados por abogados civilistas de los canonistas de finales del siglo XII, como compilaciones de

reglas generales cortas, respaldadas por referencias a los textos. A menudo, aunque no siempre, a una regla le sigue otra que aparentemente la contradice, también respaldada por el texto. La esencia de un brocardo era llegar a ser una *generale*, que podía ser utilizada como punto de partida de un argumento jurídico [...] Hay poca diferencia entre una *generale* (o brocardo) y una *regula*, excepto que una *regula* normalmente se hallaba expresada en textos autoritativos, mientras que una *generale* era manufacturada a partir de los materiales que se encontraban en los textos [Stein, 1966: 144-145] [trad. del autor].

Establecido el carácter normativo de las *regulae*, y la práctica de formular comentarios a los textos de manera breve y general, no es difícil entender que los tres niveles de proposiciones (la regla específica usada para una decisión particular, las *regulae* universales, y el brocardo general) fácilmente se confundían. Conforme esto sucedía, era cada vez más difícil distinguir entre las funciones descriptivas y las funciones normativas de la práctica de los juristas medievales. Vale la pena apuntar que la atribución de un carácter normativo a las *regulae* ocurrió entre los canonistas antes que entre los civilistas: “Graciano había explicado la *regula* [...] como derivada de *regere*, regla, o *rectus*, derecho, y como norma de conducta, prescribiendo lo que estaba bien, o corrigiendo lo que estaba mal” (Stein, 1966: 144) [trad. del autor].⁴¹

Sea cual fuere la forma en que civilistas y canonistas le atribuyeron cualidades normativas e inclusive legislativas a las interpretaciones que hacían, este movimiento anuncia ya la separación del análisis de los juristas del texto autoritativo y la adquisición de autoridad normativa independiente por parte de la obra de los juristas que se desarrollaría plenamente en tiempos posteriores. Este movimiento se verá con mayor claridad cuando abordemos la obra de Tomás de Aquino y su impacto a través de las doctrinas jurídicas de la Segunda Escolástica española.⁴²

En pocas palabras, las ciencias jurídicas medievales —derecho civil y derecho canónico— se apoyaban en el uso de herramientas de la retórica, tales como los *topoi*, y de la lógica, como la inducción y la deducción. A través de su uso, desarrollaron proposiciones jurídicas cada vez más abstractas, que cumplían funciones crecientemente normativas. Al hacerlo, difuminaron las distinciones entre el razonamiento apodíctico y dialéctico, así como la distinción entre la regla específica, reglas universales (*regulae*) y comentarios (*generale*). Estas conflaciones fueron posibles gracias a la imputación de verdad que atribuían a los textos autoritativos que interpretaban y enseñaban. En el fondo, la obra descansaba sobre la presunción de que los textos jurídicos expresaban verdades con autoridad incuestionable, en forma similar a como los textos religiosos expresaban la revelación divina.

LA EXPANSIÓN DEL *IUS COMMUNE*

El universo jurídico de los primeros siglos del segundo milenio de nuestra era se caracterizó por la consolidación de una multiplicidad de jurisdicciones, frecuentemente en competencia entre sí.⁴³ Las metodologías de los juristas de Bolonia, tanto civilistas como canonistas, se desbordarían y transformarían los órdenes jurídicos locales a lo largo de los siglos subsecuentes. El *ius commune* se difundiría mediante una cadena de transmisión maestro-alumno por toda Europa Occidental. Esta dispersión del *ius commune* se debió, en mucho, a que la élite educada de toda Europa hablaba latín. Contar con un idioma común posibilitó interacciones relativamente estrechas a través de redes formadas entre universidades y facultades de derecho que en otros aspectos estaban bastante apartadas unas de otras (Margadant, 1986: 117). Estas redes son relevantes para entender la veta común a la cultura jurídica occidental que se extendió a grandes distancias, y muchos siglos, construida en forma incremental. “Los glosadores trabajaban de manera gradual, y cada generación construía una capa nueva sobre las ya establecidas por sus predecesores” (Stein, 1966: 47). Se trata de un modelo reproducido generación tras generación.

La influencia del *ius commune* sobre el desarrollo de otros sistemas jurídicos, en particular el derecho real, ocupará las páginas siguientes. En concreto, estudiar el caso de Castilla resulta crucial para comprender la expansión del *ius commune* hasta el Nuevo Mundo, siglos más tarde. En Castilla, alrededor del siglo XIII, se presenta una abundante y sistemática producción de legislación real. España fue particularmente receptiva a las nuevas ciencias jurídicas, en la

medida en que los reyes buscaban imponer orden y unidad en lo que era un popurrí fragmentado y caótico de esferas jurisdiccionales distintas: los “fueros” (Van Kleffens, 1968: 18).⁴⁴ Al promulgar legislación informada por las nuevas ciencias jurídicas, el rey aprovechó los métodos y la sustancia del *ius commune* para apuntalar su autoridad. La absorción del *ius commune* en la legislación real también propició una relación más estrecha entre el derecho canónico y el derecho civil en el derecho positivo, en la España temprana.

La península ibérica del Medievo tardío era un mosaico de distintas jurisdicciones vagamente unificadas bajo la Corona. La prioridad para la Corona era consolidar su primacía y reforzar la unidad del conjunto. La centralización y unificación del derecho en Castilla se relacionaron íntimamente con la recepción del *ius commune*. Para el siglo XIII, la Corona de Castilla emprendió un esfuerzo por centralizar la autoridad y promover mayor uniformidad jurídica. Este esfuerzo se topó con la resistencia de aquellos cuyos privilegios y exenciones se fincaban en los peculiares y discrepantes fueros. En su campaña de centralización y estandarización jurídica, las autoridades reales se apoyarían fuertemente en la recién surgida clase de juristas civilistas y canonistas, así como en sus métodos y normas de carácter sistemático, conceptual, unificador y aglutinante.

Con la mira puesta en reformas de gran alcance, desde un principio fue un asunto de gran interés general. Involucrando a toda la nación, se convirtió en una alargada competencia entre, por una parte, las personas y grupos especiales que defendían sus fueros, prerrogativas, y tradiciones, y, por la otra, los reyes y los abogados que buscaban mayor unidad jurídica y mejores leyes: el particularismo de derechos adquiridos e intereses locales y personales en juego versus la innovación de escala estatal [Van Kleffens, 1968: 146] [trad. del autor].

La Corona utilizó el derecho romano, sustancialmente monolítico, y los métodos de ambas ciencias jurídicas para contrarrestar una masa parroquial y atomística de fueros.⁴⁵ Irónicamente, sin embargo, la Corona usaría la propia institución del fuero como un mecanismo efectivo para impulsar la uniformidad y, a la postre, la unidad de las leyes en Castilla. Esta reforma regia fue emprendida por los reyes Fernando III, el Santo (1199-1252), y su hijo y sucesor Alfonso X, el Sabio (ca. 1221-1284), y luego consolidada por el bisnieto de este último, Alfonso XI (1311-1350).

El impulso hacia la unificación siguió dos vías paralelas. Por una parte, la Corona utilizó el otorgamiento de los fueros individuales para estandarizar el derecho en las tierras recién adquiridas, otorgando —como fuero local— un antiguo manual de derecho real visigótico, el *Fuero juzgo*, que data del siglo VII.

Por la otra, la misma Corona produjo una serie de obras legislativo-doctrinales originales (que integraban normas jurídicas con una reflexión doctrinal acerca del derecho en general, y sobre normas específicas en particular), basadas en el *Corpus iuris*, el derecho canónico y el *ius commune*. De alcance general, y emanados de la autoridad real, estos manuales de derecho no fueron inmediatamente promulgados como ley vigente. No obstante, eventualmente lograron su promulgación y aceptación como ley vigente que, aun siendo subsidiaria de los fueros, conseguiría preeminencia al influir en el desarrollo jurídico de España y, en especial, de la América española.

La influencia de los estudios jurídicos académicos y del derecho romano no sólo fue amplia; también fue directa.⁴⁶ En su empeño por centralizar y unificar el poder legal y político de la Corona, el rey se inspiró en los juristas mientras procuraba mantener una apariencia de continuidad con los legados jurídicos más tradicionales. “El derecho tradicional español ciertamente juega su papel, como se declara expresamente en el prólogo de algunos manuscritos; pero desplazado y opacado de diversas formas por el derecho justiniano conforme a las interpretaciones de los glosadores de Bolonia y del derecho canónico” (Van Kleffens, 1968: 181-182) [trad. del autor].⁴⁷

Durante el siglo que siguió a la empresa legislativa del reinado de Alfonso X, el derecho romano, entrelazado con el derecho canónico y el tradicional —y para entonces apropiado por la Corona—, continuó ganando terreno en la imaginación jurídica de los reinos de España, particularmente en Castilla.⁴⁸ Para finales del siglo XIV, el derecho romano, el canónico y las ciencias jurídicas habían impactado profundamente el desarrollo jurídico de España, y habían adquirido un suelo fértil para crecer. No sólo dominaban el ámbito intelectual; también informaban el desarrollo del derecho positivo e irradiaban a los círculos educados e influyentes del tardío Medievo español.

EL *IUS COMMUNE*: UN ACTO DE FE

Los juristas de la Edad Media tardía sostenían al mismo tiempo creencias mutuamente excluyentes: que los textos que interpretaban eran, a la vez, verdades ciertas y proposiciones problemáticas. Las lagunas y antinomias que requerían del razonamiento dialéctico para resolverse surgían del carácter poco sistemático de los textos mismos. Sin embargo, se entendían como un sistema integrado. Esta inconsistencia se sostenía gracias a un acto de fe consistente en presuponer el carácter sistemático de los textos. Y este acto de fe debía mucho a

la asimilación de los textos jurídicos autoritativos con los textos religiosos autoritativos. Como vimos, el uso de reglas particulares como máximas universales tenía como premisa la idea de que “toda decisión o regla legal es una especie del género ley. Esto les permitió utilizar cada parte de la ley para formar el todo, y al mismo tiempo usar el todo para interpretar cada una de sus partes” (Berman, 1996: 151).

El escolasticismo de los glosadores pareciera haber sido construido sobre una serie de contradicciones que, hoy en día, se nos presenta insostenible. Además, el escolasticismo de los glosadores traiciona los cimientos aristotélicos sobre los que se construía: la confusión de particulares y universales; reglas y máximas; *obiter dicta* y afirmaciones torales; analogía y distinción; razonamiento apodíctico y razonamiento dialéctico; verdades reconocidas y proposiciones debatibles. Sin embargo, éstas se comprenden en un mundo donde un precepto moral y una proposición descriptiva, la razón y la revelación, lo secular y lo sagrado, se confundían al punto de la ecuación. Todo esto es incomprensible si no se pone en primer plano el carácter casi bíblico del *Corpus iuris civilis*.

Un *corpus* de leyes verdadero, completo y consistente fue la premisa, no el producto, de la empresa de los juristas. Tal empresa fue posibilitada por la fe y el colapso de una serie de dicotomías: justicia y verdad; autoridad bíblica y autoridad imperial; certeza y polémica; particular y universal. Literalmente, fue un acto de fe lo que permitió desplegar una indagación científica del derecho.⁴⁹

Cualesquiera que fueran los problemas de la ciencia jurídica desarrollada por los juristas europeos de finales de la Edad Media, aquélla sentó las bases sobre las cuales se construiría la jurisprudencia occidental en los siglos subsecuentes: un conjunto de leyes completo, coherente y consistente, como presunción fundamental; el carácter de verdad atribuido a las proposiciones jurídicas y el correspondiente estudio del derecho como el desciframiento de las consecuencias lógicas de dichas proposiciones; una marcada tendencia hacia una abstracción cada vez mayor, y el carácter normativo de los comentarios de los juristas fueron todos los elementos que —de una u otra forma— determinaron el desarrollo de la ciencia jurídica y del derecho positivo en Occidente. Metodológicamente, las premisas de unidad, verdad y normatividad, aunadas a las herramientas de la abstracción, estaban destinadas a perdurar.

Hacia finales del periodo medieval, en medio de importantes eventos históricos —el final de la Reconquista de España, la Reforma en Europa central y del norte, la gran circunnavegación de África, y la conquista y colonización de América— una gran transformación del pensamiento jurídico se engendraba.

Esta vez, sin embargo, no vendría de la clase profesional de los juristas, sino de una profesión distinta, también arraigada en la universidad: los teólogos.

LA CREACIÓN: EL ASCENSO DE LA DOCTRINA JURÍDICA

En el siglo XVI, los teólogos católicos enfrentaban el reto de la Reforma protestante. En respuesta, revitalizaron sus doctrinas reformulando todas las principales ramas del conocimiento —entre ellas el derecho— en función de lo que se había convertido en ortodoxia católica: la teología tomista. Esta reformulación tuvo un impacto profundo en el derecho y las disciplinas jurídicas: el desplazamiento del modelo de la revelación por el modelo de la creación como fuente de conocimiento sobre el derecho.

James Gordley sostiene que la estructura doctrinal del derecho privado es común en todos los sistemas jurídicos occidentales, tanto los sistemas anglosajones como los de la tradición romano-canónica. Ello se debe, sostiene, a que esa estructura tiene un mismo origen:

En el siglo XVI y a principios del XVII, un grupo bastante pequeño de teólogos y juristas centrado en España intentó a conciencia sintetizar los textos jurídicos romanos con la teología moral de Tomás de Aquino. Los conceptos fundamentales y las doctrinas del derecho privado que hoy conocemos son una simplificación de la síntesis que lograron [Gordley, 1991: 3] [trad. del autor].

Seguiré la tesis de Gordley en cuanto afirma que la contribución de Aquino a la doctrina jurídica se encuentra en la metodología aristotélica, aplicada por él mismo al estudio del matrimonio y las promesas.⁵⁰ Aquino aportó el ejemplo que, siglos después, teólogos y juristas salmantinos seguirían sistemáticamente al elaborar doctrinas jurídicas.

El pequeño grupo de teólogos al que Gordley se refiere es la Escuela de Salamanca, también conocida como Segunda Escolástica o Escuela Española del Derecho Natural. Se compuso de dos generaciones de teólogos y juristas, y fue engendrada por Francisco de Vitoria a principios del siglo XVI en la Universidad de Salamanca. “Su conocimiento fue inmenso y sus intereses —que iban desde teoría económica hasta las leyes de movimiento, desde escatología hasta las leyes de contratos—, prácticamente ilimitados; pero fue en jurisprudencia y filosofía moral donde sus logros tuvieron el mayor alcance” (Pagden, 1991: XIII) [trad. del autor].

La filosofía tomista había resurgido a principios del siglo XVI en la Universidad de París, encabezada por el dominico Peter Crockaert [Pedro de

Bruselas] (Gordley, 1991: 69). Su pupilo, un español de nombre Francisco de Vitoria, regresó en 1526 a la Universidad de Salamanca, en España, donde permaneció hasta su muerte veinte años después y donde formaría una de las escuelas más influyentes en el pensamiento jurídico occidental.⁵¹ Este resurgimiento debe entenderse en el contexto de la Reforma: contra los “males” del nominalismo filosófico, el protestantismo religioso y el absolutismo político (Gordley, 1991: 70),⁵² los pensadores salmantinos sostuvieron una visión del mundo en que la verdad y la fe eran asequibles para la humanidad a través de la razón.

La inquisición normativa, tal como la desplegaron los teólogos salmantinos, se ancla en la idea de que la creación es fuente de conocimiento jurídico. De la naturaleza se desprenden las normas autoritativas.⁵³ Al igual que el modelo previo, construido en torno a la revelación, este modelo encuentra la fuente última de autoridad en la divinidad. Sin embargo, en este caso, la divinidad se manifiesta a través de la naturaleza —creación divina—, y no sólo a través de la revelación. En consecuencia, es asequible a través de la observación y la reflexión, no sólo mediante el desciframiento de los textos autoritativos.

El desplazamiento del texto a la naturaleza como objeto principal de la inquisición normativa no significó que la revelación fuese sustituida por la creación, o el texto por la doctrina; más bien, la idea inicial era que la doctrina y la naturaleza pudieran dar respuesta donde el texto y la revelación callaban. En consecuencia, entre más oscuro era el texto, mayor importancia adquiría la doctrina. Las relaciones entre revelación y creación, y entre derecho divino y derecho natural, en la teología y en la teología moral, se proyectan en la relación entre el texto y la doctrina jurídicos en la ciencia jurídica. Para entender la historia y los orígenes filosóficos de la relación entre el texto y la doctrina en la ciencia jurídica, es preciso abordar las otras dos relaciones: entre revelación y creación en la teología, y entre derecho divino y derecho natural en la teología moral.

Más allá de la preocupación de Gordley por los orígenes de las doctrinas específicas del derecho privado, sostengo que la importancia de la Escuela de Salamanca en el desarrollo del pensamiento jurídico también está relacionada con el *lugar* que le dieron a la doctrina jurídica en su obra: un lugar preeminente frente a los textos jurídicos autoritativos. La metafísica y la epistemología de Tomás de Aquino, que sirvieron de apoyo a los juristas y teólogos salmantinos, facilitaron el cambio del *locus* (ubicación) de la fuente de autoridad del derecho, de ciertos textos específicos a la naturaleza misma. Este cambio redundó en la creciente importancia para las doctrinas, ya que la naturaleza debía ser

interpretada para ofrecer cualquier orientación normativa. Al final, el énfasis en las doctrinas jurídicas terminó por opacar a los textos mismos. Así, comprender el impacto total de la Escuela de Salamanca sobre el pensamiento jurídico requerirá que esta sección explore el pensamiento tomista más allá de las doctrinas específicas. Para tal indagación me alejaré de Gordley y seguiré a Michel Villey en su postura de que fue la asimilación de la metafísica aristotélico-tomista lo que permitió la elaboración de doctrinas jurídicas completas y sofisticadas, las cuales se alejaron sustancialmente de los textos jurídicos autoritativos, como el *Corpus iuris civilis*. Pero para poder abordar esta dimensión del legado de los salmantinos es preciso empezar por entender las doctrinas a través de las cuales intervinieron en los debates jurídicos.

OBRA DOCTRINAL DE LOS ESCOLÁSTICOS SEGUNDOS

La mayoría de los participantes en la Escuela de Salamanca contaban con una formación en teología, no en derecho.⁵⁴ Para entender la importancia de su obra en el derecho sigo de cerca el trabajo de James Gordley sobre la genealogía de la doctrina de contratos.

Al abordar el tema de los contratos, a los salmantinos los ocupó un caudal de problemas de amplio espectro: desde asuntos tan fundamentales como el de su carácter vinculante, hasta aspectos tan detallados como la forma en que había de determinarse el precio justo de las cosas. La piedra angular de sus doctrinas fue la explicación del carácter vinculante de los contratos, como una función de las virtudes aristotélico-tomistas de la fidelidad (cumplir las promesas), la justicia conmutativa (intercambiar justamente) y la liberalidad (dar regalos).⁵⁵ Clasificaron los contratos en función de la virtud o virtudes que instrumentaban. Todos fueron concebidos como promesas aceptadas, que, por ende, involucraban la fidelidad. Además, debían entenderse —y clasificarse— dependiendo de si constituían un ejercicio de la justicia conmutativa, o bien de la liberalidad.⁵⁶ Los salmantinos explicaban que, debido a la fidelidad (cumplir promesas), los contratos que, como la donación, habían sido establecidos mediante el ejercicio de la liberalidad —y que, por ende, no resultarían en una injusticia si la parte obligada no cumplía— eran tan vinculantes como aquellos hechos en ejercicio de la justicia conmutativa. Como consecuencia, “cada contrato ejecutable tenía que ser hecho por una de dos *causae* o razones: ‘liberalidad’, o recibir el cumplimiento a cambio del cumplimiento propio” [trad. del autor], es decir, tenían que hacerse por *causa gratuita* o por *causa onerosa*.⁵⁷

Partiendo de la distinción de las razones o causas por las que se celebran los contratos, los salmantinos derivaron implicaciones teóricas importantes. Puesto que los contratos eran promesas hechas en ejercicio de una virtud, era importante que las circunstancias —¿quién?, ¿qué?, ¿cuándo?— del contrato fueran precisadas en consonancia con la correspondiente virtud.⁵⁸ Los problemas más precisos que se plantearon e intentaron resolver se encuadraban dentro de esta clasificación por virtud. Por ejemplo, dependiendo de la virtud ejercida, la exigibilidad de un contrato comenzaba en un momento u otro: cuando la oferta era aceptada (justicia conmutativa), o cuando se hacía por primera vez (liberalidad) (Gordley, 1991: 79-82). Además, las condiciones que debían cumplirse en términos de entendimiento y disposición de las partes eran diferentes (*ibid.*, 82-83). Las respuestas a preguntas tales como “¿qué tipos de contratos pueden celebrarse?”, “¿qué se requiere para celebrarlos?”, “¿qué presuponen?, ¿qué se implica en ellos? y ¿qué se permite?” [trad. del autor], para cada tipo de contrato, dependían o se vinculaban, de una u otra manera, con la virtud en pos de la cual se había celebrado el contrato (*ibid.*, 93-111).

El método utilizado para abordar sus preguntas “procedía definiendo al objeto de estudio y, subsecuentemente, extrayendo consecuencias de la definición” (*ibid.*, 1991: 14). La definición se construye, primero, identificando el *fin* buscado; luego, elaborando la definición del concepto en función de dicho fin. A partir de ahí se pueden derivar distintas consecuencias de la definición.

Este método se caracteriza por ser *simultáneamente* teleológico y conceptual. Está basado en un método desarrollado por Aristóteles y aplicado por Tomás de Aquino a las promesas y al contrato del matrimonio, de donde fue tomado por los juristas españoles. En el pensamiento aristotélico, la definición capturaba la “esencia” de una cosa, planteándola en términos del *género* al que pertenece y de la *diferencia específica* que la separa de otras cosas en esa clase general. La *esencia* era una imagen mental que correspondía a la *forma sustancial* de una cosa: el conjunto de características de una cosa que la hacen lo que es; dichas características se conocen a través de las distintas causas (material, formal, eficiente y final) de una cosa; para los salmantinos, la más importante era la *causa final*. Para Aristóteles, la *causa final* se refiere a la manera característica en que una cosa se comporta, y no a su propósito consciente.⁵⁹ Tal como la usaban los teólogos salmantinos para construir conceptos jurídicos, la *causa final* era entendida como el propósito consciente de la persona que actuaba jurídicamente. Partiendo de ese propósito (o mejor dicho, del propósito que suponían que las personas debían tener al contratar), definían el concepto jurídico; una vez que tenían la definición a la mano, derivaban consecuencias

normativas que implicaban las reglas jurídicas que habrían de regular dicha actividad.

Este enfoque partía del aparato aristotélico para entender las cosas. Al ser aplicado al desarrollo de conceptos jurídicos, este aparato proporcionaba las suposiciones metafísicas sobre las que se construían los conceptos.⁶⁰ En su *Física*, Aristóteles sostiene que “no creemos conocer algo si antes no hemos establecido en cada caso el ‘por qué’ (lo cual significa captar la causa primera)”.⁶¹ Explica, después, las causas primarias una por una. Primero menciona la *causa material*: “En este sentido se dice que es causa aquel constitutivo interno de lo que algo está hecho, como por ejemplo, el bronce respecto de la estatua [...]”. Después, la *causa formal*: “[...] la forma o el modelo, esto es, la definición de la esencia y sus géneros”. Aquí hace referencia a las características que clasifican las cosas como si pertenecieran a una especie dentro de un género más amplio, así la *causa formal* se expresa en una definición que ubica algo como parte de una especie y de un género más amplio. Luego encontramos la *causa eficiente*, “[...] el principio primero de donde proviene el cambio o el reposo, como el que quiere algo es causa, como es también causa el padre respecto de su hijo, y en general el que hace algo respecto de lo hecho, y lo que hace cambiar algo respecto de lo cambiado”. Por último menciona la *causa final*: “en otro sentido causa es el fin, esto es, aquello para lo cual es algo [...] Y también cualquier cosa que, siendo movida por otra cosa, llega a ser un medio respecto del fin”, dando a entender que todos los medios que se dan subsecuentemente para el mismo fin comparten dicho fin como causa final, por ejemplo, los órganos del cuerpo o los pasos de una receta.⁶²

Aristóteles desarrolló la teoría de las cuatro causas. Con el método aristotélico en mano, Aquino abordó las acciones humanas, tal como el matrimonio.⁶³ Entendía los fines de las acciones como ejercicio de virtudes, como el de la fidelidad. Tomando a Aquino como modelo, Gordley nos demuestra, los escolásticos salmantinos emprendieron una reformulación sistemática de los conceptos jurídicos y del derecho romano.

El uso e importancia de las virtudes por parte de los salmantinos tiene mucho sentido en el contexto de la filosofía tomista. El cumplimiento de los principios del derecho natural, en particular los más fundamentales (hacer el bien y abstenerse de hacer el mal), exige que las personas actúen virtuosamente. Las personas necesitaban echar mano de esas virtudes para cumplir con el derecho natural. Las cuatro virtudes cardinales de Aristóteles resultaban clave. De la prudencia, fortaleza, templanza y justicia, esta última resultaba la más íntimamente vinculada a la vida política, en común. La virtud de la justicia era,

así, la piedra angular del grueso de las leyes ocupadas de las interacciones sociales. Si bien todas las virtudes se requieren para cumplir con el derecho natural, y la virtud de la justicia resultaba la más relevante para gobernar las interacciones humanas. El comportamiento virtuoso y el cumplimiento de la ley se conciben, así, sinónimos.

La reformulación de la doctrina jurídica que los escolásticos salmantinos llevaron a cabo consistía en someter sistemáticamente las distintas figuras jurídicas recibidas del derecho romano al modelo tomista, para así construir no sólo las definiciones de los conceptos jurídicos, sino también las teorías que habrían de acompañarlas. Definían una transacción jurídica, y de esa definición derivaban las obligaciones que recaían sobre cada una de las partes. Las definiciones se construían al identificar un fin hacia el cual la transacción se encaminaba, y un tipo más amplio, el género, al que la transacción pertenecía (el *genus* se identificaba como función de la virtud que se ejercía; por ejemplo, si era un acto de justicia conmutativa o un acto de liberalidad). Las obligaciones que se derivaban de la definición se consideraban ya sea implícitas en los conceptos, o bien medios necesarios para el fin en virtud del cual el contrato se había definido.

Exploremos, pues, el ejemplo de contratos presentado por Gordley (1991: cap. 4).⁶⁴ Buscando respuesta a la pregunta de cuándo (y por qué) un contrato es vinculante, los escolásticos tardíos salmantinos, como ya hemos visto, definían el contrato en función de un *fin*. Definían los contratos como promesas hechas para la consecución de uno de dos fines: la virtud de la liberalidad o la virtud de la justicia conmutativa. Su carácter de vinculante se desprendía de la procuración de esas virtudes.⁶⁵ Cuando las promesas se hacían por alguna razón que no pudiera considerarse el ejercicio de una u otra virtud (*i. e.*, por buena *causa*), se consideraban no vinculantes.

Los contratos, en consecuencia, se debían clasificar en dos grandes categorías. Eran contratos onerosos, es decir, hechos por *causa onerosa*, si es que había obligaciones correlativas de las partes y, en consecuencia, se entendía que procuraban la virtud de la justicia conmutativa. Por otra parte, eran contratos gratuitos, es decir, hechos por *causa gratuita*, si las obligaciones recaían sólo sobre una de las partes y la otra parte sólo recibía beneficios. Esta clasificación enriquecía —por las implicaciones que conllevan la “justicia conmutativa” y la “liberalidad”— la afirmación tautológica de que quien promete puede obtener algo o no obtener nada a cambio de su promesa. Las implicaciones del uso de las dos virtudes para definir y clasificar los contratos eran que, dependiendo de si un contrato era oneroso o gratuito, tenía que imponer obligaciones y beneficios *equivalentes* (contrato oneroso) o bien dar a la

persona *correcta* la cantidad *correcta* en el momento *correcto*, respectivamente (contrato gratuito).

Imaginemos el caso de un contrato oneroso que, en consecuencia, implica el ejercicio de la virtud de la justicia conmutativa; digamos, la compraventa de un caballo de carreras. El precio pagado por el caballo debe corresponder a su valor. No sería acorde con la justicia conmutativa vender un caballo de primera por 500 pesos. Pero si, en cambio, el caballo está muerto, y se está vendiendo por su carne, tal vez 500 pesos sea el precio adecuado por ser de carne correosa, y 50 000 no lo sería. De cualquier forma, el precio debe corresponder al valor del objeto vendido.

Imaginemos ahora el caso de un contrato gratuito realizado en ejercicio de la virtud de la liberalidad, tal como donar dinero para alimentar a los pobres. Sería incorrecto donar 50 pesos para el establecimiento de una casa-hogar para pobres; así como sería inapropiado donar cobertores a un refugio después, en lugar de antes o durante, del invierno. Sería también inapropiado entregar el dinero para la creación de una casa-hogar al prestamista de la ciudad.

La clasificación en uno u otro rubro tenía consecuencias también al abordar otros aspectos del contrato. Por ejemplo, al considerar la pregunta sobre cuándo una promesa se torna vinculante (¿cuando se hace, cuando se expresa o cuando se acepta?). Molina opinaba que en contratos onerosos, y sólo en los onerosos, la oferta había de ser aceptada para poder ser vinculante, ya que, al establecer obligaciones mutuas, los contratos requerían consentimiento mutuo (véase Gordley, 1991: 80). Ejemplos: sería incorrecto pensar que me encuentro obligado a darte 500 pesos por el cadáver del caballo, si aún no has aceptado vendérmelo por 500 pesos. En cambio, parece más razonable que tenga la obligación de donar los cobertores a principios del invierno, una vez que les haya comentado a mis amigos y conocidos (o comunicado al Sistema de Administración Tributaria) mi intención, aun si el albergue no se ha enterado todavía de mi generosa oferta.

Respecto del consentimiento en un contrato, las doctrinas elaboradas por los escolásticos salmantinos también se desprendían de las definiciones, en términos de los fines perseguidos. Siendo la celebración de un contrato una acción deliberada, la persona debe *conocer* tanto los elementos esenciales de la acción a celebrarse, como *elegir* hacerlos: la coacción afecta el elemento de elección en el consentimiento; el error y el fraude afectan el elemento de conocimiento. Aquí la metafísica aristotélico-tomista jugó un papel más amplio: las consecuencias normativas de la acción se podían distinguir dependiendo de si formaban parte de la *esencia* de la acción, o si eran meros *accidentes*. Un promitente tenía que entender y desear las características esenciales de una

acción para que la obligación surgiera, sin importar si deseaba o evitaba otras consecuencias accidentales. Ejemplo: es preciso *entender* que debo pagar 500 pesos para recibir el cadáver del caballo, y *querer* que esto suceda para que el contrato sea vinculante. Si al momento de recoger el caballo el adquirente piensa que le está siendo donado, no estaría obligado a pagarlo, pero tendría que devolverlo. Si se le amenaza con una pistola en la cabeza para que acceda a comprar el cadáver del caballo, tampoco sería un contrato vinculante.

En cuanto al contenido del contrato, los supuestos metafísicos aristotélico-tomistas también determinaban las doctrinas. Aquí es donde el carácter teleológico-conceptual de la metodología se vuelve más evidente y las definiciones más completas.

Para los escolásticos tardíos, al igual que para Tomás [de Aquino], una vez que se definía la transacción, uno podía moverse de la definición a la descripción de las obligaciones que la transacción implicaba. Una transacción se definía identificando su fin y colocándola en un tipo o categoría más amplia de acciones a la cual pertenece. Así, como hemos visto, Tomás clasificó los contratos conocidos del derecho romano identificándolos como actos de liberalidad o justicia conmutativa, e identificando el fin al que cada uno sirve. Algunos contratos transfieren la tenencia de algo, como en la compraventa, otros el uso de algo, como en la renta, y otros transfieren algo para su tutela, como en el depósito, o para asegurar alguna obligación, como en la garantía o en la fianza [Gordley, 1991: 102-103] [trad. del autor].

La clasificación había sido elaborada por Tomás de Aquino, pero escolásticos tardíos como Conrado de Summerhart y Domingo de Soto intentaron “diseñar un sistema de clasificación que comprendiera todos los contratos posibles y los redujera a un número fijo de tipos naturales” (*ibid.*, 1991: 103) [trad. del autor].⁶⁶ El propósito de tal clasificación era identificar tipos de contratos y las consecuencias normativas que naturalmente resultaban de esos tipos. Así, las cláusulas normalmente contenidas en diferentes tipos de contratos eran, a su vez, clasificadas según la distinción desarrollada previamente por otro jurista medieval (Baldo de Ubaldi), también inspirado por la filosofía aristotélica:

Las cláusulas “esenciales” eran necesarias para que un cierto tipo de contrato pudiera existir, y eran la “fuente original” de la que surgieron las cláusulas “naturales”. Las cláusulas “naturales” se asumían como incluidas en un contrato cuando las partes no habían determinado expresamente algo distinto. Los términos “accidentales” eran vinculantes solamente si las partes los señalaban expresamente [*ibid.*, 1991: 105] [trad. del autor].

Al establecer los distintos tipos “naturales” de contratos, los escolásticos segundos establecían las cláusulas “naturales” implícitas en el contrato, aun cuando las partes no las hubieren acordado. Ejemplos: 1) de una cláusula

esencial de un contrato: que se pague un precio a cambio del caballo pura sangre. Si se ofreciera un hermoso puerco a cambio del caballo pura sangre, estaríamos hablando de un tipo de contrato muy diferente, no de una compraventa; 2) de una cláusula natural: si no especificamos cuál de los caballos pura sangre es el que será vendido, el caballo pura sangre debe ser un caballo pura sangre, saludable y con cuatro patas, y 3) de una cláusula accidental: que el precio sea pagado en billetes de cien, en el Ángel de la Independencia, a las tres de la mañana, por un payaso vestido de tutú verde. Este sistema de clasificación de contratos y de las cláusulas de contratos nos suena conocido aún hoy en día. Sigue vigente en la dogmática jurídica contemporánea a través de la cual se enseña la regulación de los contratos en la tradición continental, así como en el derecho positivo. Pero me adelanto, pues la vigencia actual de estas doctrinas será abordada en el capítulo cuarto.

Un ejemplo de la forma en que se desplegaba el método teleológico-conceptual nos lo brinda Mauricio Beuchot, experto en Tomás de Aquino y los escolásticos tardíos, y se refiere a la definición del poder civil según el propio Vitoria, pues está estructurado por la teoría de las cuatro causas.

Vitoria explica el poder civil por el esquema aristotélico de las cuatro causas: final, eficiente, formal y material. La causa final del poder es ayudar al hombre a satisfacer sus necesidades, pues si el poder organiza a los hombres según diferentes funciones, estas necesidades podrán ser satisfechas así de mejor manera [...] pero el hombre está dotado de razón, para coordinar todos sus miembros y movimientos [...] el hombre es por naturaleza sociable [...] Por tanto, la sociedad [es] algo natural y necesario. Debido a ello, la finalidad del poder es igual a la de la sociedad, a saber, satisfacer las necesidades de los agrupados, buscar el bien común [...] la causa eficiente del poder es la misma que hizo la naturaleza humana, es decir, Dios; pero Dios confiere el poder a través del pueblo, que expresa su voluntad mediante la representación.

La causa material del poder es la misma sociedad, porque es precisamente lo que el poder va a organizar como una materia prima. De acuerdo con esto, el poder debe tener la capacidad o autoridad de organizar, defender y castigar (aun de quitar la vida a los culpables). La causa formal, por último, es la definición misma del poder. Vitoria aduce la siguiente: “El poder público es la facultad, autoridad o derecho de gobernar la república civil” [Beuchot, 1996: 48].⁶⁷

Vitoria, según Beuchot, deriva ciertas consecuencias normativas de esta definición:⁶⁸ si el bien común se satisface, los distintos regímenes posibles (monarquía, aristocracia y democracia) ofrecen el mismo grado de libertad. Asimismo, dado que quien gobierna representa a la comunidad entera, la comunidad puede ser castigada justamente por las faltas del rey, como iniciar una guerra injusta. Siendo esto así, también se deduce que una guerra no es justa si su saldo de beneficios/daños no da resultados positivos, aun existiendo buenas razones para hacer la guerra. Además, como la cristiandad es una

comunidad amplia, una guerra es injusta si al final su saldo no es positivo para la cristiandad entera.

Hasta aquí he ilustrado, a través de ejemplos, cómo fue que los teólogos salmantinos desplegaron el método teleológico-conceptual para definir conceptos jurídicos, derivando consecuencias y desarrollando doctrinas. Ahora quiero proseguir con la manera en que usaron las cuatro causas de Aristóteles, ya que esto ayudará a entender el impacto de los escolásticos salmantinos en el desarrollo posterior del pensamiento jurídico. Para hacerlo, debemos analizar cómo Tomás de Aquino abordaba las acciones humanas.

En algunos aspectos, Aquino trataba las acciones humanas de la manera en que Aristóteles hubiese tratado los objetos naturales; en otros aspectos, las trataba de la manera que Aristóteles hubiese tratado las cosas hechas por el hombre. Al considerar la causa de las cosas, Aristóteles sostenía que, en cuanto a las cosas naturales, la *causa formal* y el *fin* (es decir, la *causa final*) eran una sola cosa; en el caso de los productos del arte humano, cada *causa* era una cosa diferente.⁶⁹ En los objetos naturales, la causa final “es lo que se encuentra al *final* de la serie de cambios regulares que constituyen el desarrollo que especímenes típicos de una especie experimentan [...] el *telos* de un tigre en desarrollo es *ser un tigre*” (Cohen, s. f.). La *causa formal* de un tigre también es ser tigre: tener las características propias de un tigre. En el caso de una silla, la *causa final* es el propósito del humano que la hizo: permitir que alguien se siente, o venderla para obtener dinero. La *causa formal* de una silla es tener las características propias de una silla (las características que el carpintero tenía en mente antes de imponerlas sobre la *causa material*; es decir, la madera): asiento, algún tipo de soporte y respaldo.

La manera en que Aquino y los teólogos de Salamanca entendían las acciones humanas era ambivalente; las abordaban simultáneamente como dos tipos de cosas distintas: naturales y artificiales (hechas por el hombre). Esta ambivalencia produjo una confluencia entre el fin, el propósito y la esencia (*causa final*, *propósito* y *causa formal*) de los conceptos jurídicos en el trabajo de los teólogos que aquí nos interesan. Por ahora, concentrémonos en los métodos y entendimientos de los escolásticos salmantinos. Por una parte, trataban las acciones humanas como cosas hechas por el hombre, ya que identificaban el *fin* o *causa final* de la acción con el *propósito* del agente. “Según santo Tomás, la esencia de una acción se define por el fin para el cual se lleva a cabo. En ese sentido, una acción es como algo hecho por el hombre, como un sillón o una casa. Esas cosas se definen por el fin para el cual están hechas” (Gordley, 1991: 21). Por la otra, el *fin* de una acción se identificaba con su esencia o *causa*

formal: “Este concepto en la mente que corresponde a la ‘forma sustancial’ es la ‘esencia’ de una cosa” (*ibid.*, 18). La identificación de *causa formal* y *final* —en Aristóteles— corresponde a las cosas naturales, no a cosas hechas por el hombre. Al tratar las acciones humanas como análogas a actividades o artefactos, en la medida en la que se puede identificar su *causa final* y su *propósito*, y análogas a objetos naturales en cuanto a que se puede identificar su *causa final* y su *causa formal*, el método producía —requería— la identificación de las tres cosas (*propósito-fin/causa final-esencia/causa formal*) en el caso de las acciones humanas.⁷⁰ El resultado es que las acciones humanas —tales como el intercambio—, al ser traducidas a conceptos jurídicos —como el contrato—, se *esencializan* y *objetivizan*.⁷¹ adquieren las cualidades de las cosas que ocurren en la naturaleza; se vuelven entidades objetivas, constantes y discretas que pueden entenderse completamente al comprender su esencia. La diferencia entre sus fines y su esencia se borra, y así, el fin se torna necesariamente fijo. Aquí radica, sostengo, el origen del esencialismo tan característico del pensamiento jurídico hasta la fecha.

Vayamos ahora a las implicaciones normativas de este entendimiento de la teoría de las cuatro causas. Al definir una acción y derivar consecuencias normativas de esa definición, conforme a la metodología aristotélico-tomista, nos involucramos en un proceso que añade un paso intermedio al razonamiento puramente teleológico, aportando así una base más fértil de la cual derivar implicaciones normativas. No podemos reducir el proceso a sólo dos pasos, primero identificando el fin de una acción, y después derivando la medida adecuada para alcanzarlo. Debemos, por lo menos, realizar tres pasos; a saber: *a*) identificar el fin o fines; *b*) elaborar una definición que tome en cuenta ese fin, y *c*) derivar consecuencias de ese concepto.⁷² Lo que es más, el paso *b*, la elaboración de la definición, requiere tomar en cuenta las otras causas de las cosas, por lo menos las causas material y la eficiente. La introducción de una definición que tenga que tomar en cuenta causas distintas de la causa final complica todavía más el razonamiento teleológico-conceptual, y lo separa del razonamiento teleológico más simple.

Debido a que, en la metodología aristotélico-tomista, necesariamente se incorpora un razonamiento teleológico para construir conceptos, los dos procesos están entrelazados. “El razonamiento conceptual que nos lleva de la definición a sus consecuencias era por ende inseparable del razonamiento teleológico, que va de un fin deseado a una conclusión sobre los medios adecuados” (Gordley, 1991: 22) [trad. del autor]. Los conceptos y las definiciones

juegan un papel central que va más allá que la estructura del razonamiento medios-para-fines del pensamiento teleológico simple.

De nuevo, un ejemplo puede ayudar a comprender el punto:⁷³ consideremos la guerra justa y la cuestión de la tortura de prisioneros. Si usamos el pensamiento teleológico, la pregunta relevante por formular sería ¿para qué fin se hace una guerra justa? La respuesta es que una guerra justa se libra en defensa propia, para asegurar la supervivencia del Estado. Podemos agregar que además debe hacerse en pos de la virtud de la justicia, en particular de la justicia conmutativa.⁷⁴ Supongamos que existe la probabilidad de que, al torturar prisioneros, contribuyamos al fin de preservar el Estado. Para justificar la tortura, el razonamiento teleológico no requiere más que la demostración de que la supervivencia del Estado está en juego, y que la tortura contribuye de alguna manera a que el Estado continúe existiendo. ¿Es la tortura un medio adecuado para el fin de postergar la existencia del Estado? Tal vez; si fuese así, podría justificarse. Más allá de eso, el pensamiento teleológico no nos orienta.

Intentemos ahora un enfoque teleológico-conceptual. Primero, debemos definir la guerra justa, y para hacerlo debemos señalar una causa material y una causa eficiente para complementar la ya existente causa final (la preservación del Estado según la justicia conmutativa). Consideremos que el gobierno es la causa eficiente, y la fuerza militar es la causa material. La guerra justa ahora se define como el uso de la fuerza militar por parte del gobierno en busca de la continuación de la existencia del Estado, de conformidad con la justicia conmutativa. Al preguntarnos sobre cómo debe ser la fuerza militar en relación con los fines de la guerra justa, habría que decir que la fuerza militar debe ser suficiente para asegurar la continuidad del Estado, y adecuada en relación con la amenaza que el otro Estado representa. Aquí, adecuación y suficiencia caracterizan la fuerza militar que se ha de emplear en la guerra justa. Si sabemos de antemano que la fuerza militar sería, bajo cualquier circunstancia, insuficiente para asegurar la continuidad del Estado, es cuestionable si existe una causa justa para hacer la guerra. Asimismo, la fuerza militar debe ser adecuada a la amenaza en contra de la existencia del Estado.

Imaginemos que por “adecuada” consideramos que la fuerza militar que se utilice debe respetar los principios de proporcionalidad y discriminación del derecho humanitario. Bajo esa definición, la tortura deberá no sólo contribuir a la probabilidad de la preservación del Estado, sino también satisfacer los requerimientos de la definición relativos a la fuerza militar y al Estado. La tortura de prisioneros, entonces, no puede incluir a los no combatientes. También habría que exigir que superara el requisito de proporcionalidad. Por último,

parecería injustificada si la lucha por la supervivencia del Estado no tuviese esperanza. Al reunir las diferentes dimensiones de la definición —las causas material y la eficiente—, la cuestión de la tortura de prisioneros se torna más compleja que en el modelo teleológico simple.

En el modelo teleológico, la exigencia de que el fin inmediato —asegurar la continua existencia del Estado— deba ejercerse de conformidad con la justicia conmutativa no nos dice mucho, a menos que pasemos a considerar más que meramente los fines de la empresa bélica. Para ello, necesitaríamos calificar la causa final con términos altamente específicos: que la guerra justa se lleva a cabo con el fin de *proporcionalidad*, respondiendo a la amenaza contra el Estado, o bien que la guerra justa se lleva a cabo para asegurar una defensa propia *adecuada*. Pero si incorporamos todos estos elementos en el fin buscado, tendremos algo muy similar a una definición. En ese caso, ya no se trata de razonamiento teleológico, es decir, de identificar los fines y desprender de ellos las medidas acordes a su consecución. Estaríamos construyendo conceptos inadvertidamente; estaríamos llevando a cabo un razonamiento teleológico-conceptual.

El razonamiento teleológico-conceptual nos arroja más luz sobre cómo enfrentar nuestro problema que el razonamiento teleológico. Es teleológico, sin duda; pero también es más que eso: ofrece una fuente mucho más rica de respuestas normativas que el razonamiento teleológico simple, al que le falta el aspecto conceptual.

Otra aclaración importante sobre la forma en que los escolásticos salmantinos utilizaron la metafísica aristotélica es que no le concedían el mismo peso a todas las *causas* aristotélicas. Vitoria entendía las ideas de Aristóteles acerca de las cuatro causas de las sustancias de una forma peculiar: de las cuatro causas, la más importante, de la cual seguía todo lo necesario, era la *causa final* de las cosas.⁷⁵ Esta hegemonía de la *causa final* en el entendimiento de Vitoria de la metafísica aristotélica ayuda a comprender la estructura de las doctrinas jurídicas desarrolladas por los escolásticos segundos.

Muchos de los temas que ocupaban a los escolásticos salmantinos no eran nuevos⁷⁶ y a menudo las soluciones que proponían para problemas concretos habían sido sugeridas con anterioridad, por Tomás de Aquino o por juristas medievales. La importancia de su obra radica en que enfrentaron cuestiones jurídicas desarrollando conceptos y teorías que les permitieran tratar los problemas presentados por los textos de manera consistente y, así, ofrecer un conjunto más coherente de soluciones para los distintos problemas. Abordaban los problemas *sistemáticamente*, a través de *conceptos* y *doctrinas* detalladas que

intentaban resolver cuestiones jurídicas de manera *integrada*. Enfrentaban *problemas* jurídicos, antes que *textos* jurídicos.⁷⁷

En síntesis, podemos describir la metodología de los escolásticos salmantinos de la siguiente manera: *a)* primero, construían la definición de un concepto en referencia a los *fin*es buscados y sus diferencias específicas, y después, *b)* extraían consecuencias normativas de esa definición. Gordley denominó esto como “pensamiento teleológico-conceptual”. Los dos pasos básicos funcionaban aplicando la metafísica aristotélica a un mundo tomista en el cual, al ser diseñado y creado por una deidad, todo se ordena en torno a causas finales, es decir, con un propósito y accesible a la razón. Esto posibilitó la identificación de propósito y esencia, y derivó en la objetivación y esencialización de las acciones humanas al ser juridificadas. Estas dos características —objetivización y esencialización— son muy relevantes para entender el legado teologal en la dogmática jurídica moderna.

LA IMPORTANCIA DE LA METAFÍSICA ARISTOTÉLICO-TOMISTA

Las suposiciones metafísicas y la metodología, que apuntalaban la obra doctrinal de los escolásticos salmantinos, fueron tomadas directamente del teólogo dominico del siglo XIII Tomás de Aquino. La importancia de la filosofía y metafísica tomistas, según la entendían los teólogos españoles, reside no solamente en que proporcionó el punto de partida para el desarrollo de la doctrina jurídica de formas muy peculiares y detalladas, sino en que *justificó* la *necesidad* de esas doctrinas y subrayó su importancia.

El mundo aristotélico-tomista es un mundo creado por Dios, permeado por el orden. Además, es un mundo *cognoscible* para la razón humana, porque la razón humana fue implantada en los humanos por Dios para compartir su razón divina. Es un mundo donde habitan sustancias. Estas sustancias, creadas por Dios de acuerdo con su divina razón, están sujetas al modelo metafísico que, según vimos, da forma a la metodología salmantina: pertenecen a un género y a una especie, tienen diferencias específicas, causas finales, naturalezas, formas sustanciales, accidentes, causas materiales y eficientes, etc.⁷⁸ En este mundo, lo bueno es que cada cosa creada por Dios siga su orden propio, según lo ordenó Dios cuando le asignó su naturaleza.⁷⁹

Michel Villey (1975: 125) explica por qué, en dicho mundo, conocer la naturaleza —en particular la naturaleza humana— requiere y constituye una filosofía moral.⁸⁰ Como todo lo demás, los humanos deben seguir su naturaleza,

y deben hacerlo de dos maneras: instintivamente, porque son parte de la clase de animales, y racionalmente, porque la racionalidad es la diferencia específica que distingue a los seres humanos de otros animales. Esta racionalidad implica que los humanos tienen la libertad de actuar de acuerdo con, o en contra de, su naturaleza. Si por su racionalidad pueden actuar de acuerdo con o en contra de su naturaleza, es importante que procuren discernir tener las directrices asequibles a la razón que los guíen hacia el bien, hacia la realización del potencial que corresponde a su naturaleza. En este orden de ideas, indagar sobre la naturaleza humana tiene una dimensión normativa. La filosofía moral que ha de guiar la libertad humana debe ser un ordenamiento de la vida humana hacia los fines propios de la naturaleza humana.

La compleja y sofisticada teoría del conocimiento de Aquino⁸¹ explica no sólo cómo conocemos el mundo, sino también cómo hacemos deliberaciones prácticas (incluyendo las morales), ya que [...] *el entendimiento especulativo difiere del práctico en el fin y [...] lo verdadero y lo bueno se implican mutuamente, valoramos la verdad como bien; percibimos la bondad como verdad sobre las cosas* (Aquino: 123).⁸² Esta “teoría general del conocimiento”, como Villey la llama, es la que Aquino aplicó a las cuestiones de derecho y justicia.⁸³

En el pensamiento aristotélico-tomista todo el conocimiento de la naturaleza nos llega a través de los sentidos.⁸⁴ En cambio, todo el conocimiento moral se obtiene de dos maneras: *a*) directamente de Dios (en las Sagradas Escrituras, por ejemplo), o bien, *b*) al igual que el conocimiento de la naturaleza, a través de los sentidos.

Donde falta la autoridad sólo podemos creer aquello que es acorde con la naturaleza. Ahora bien, los hombres aprenden naturalmente mediante la experiencia sensorial, así que aquellos nacidos en un estado de inocencia también habrían adquirido sus conocimientos a lo largo de un periodo mediante el descubrimiento y la instrucción, pero sin las dificultades que tenemos. Y, como infantes, no habrían tenido un uso más maduro de su razón que el que de sus extremidades.⁸⁵

Esto, según Villey, tiene dos consecuencias: en primer lugar, el estudio del derecho natural se basa en la “realidad” (es decir, en la realidad humana); en segundo lugar, como el estudio del derecho natural depende de nuestra experiencia en el mundo, nuestro conocimiento del derecho natural es perfectible, provisorio y revisable.⁸⁶

A riesgo de simplificar el proceso, la “teoría general del conocimiento” tomista dice más o menos así:⁸⁷ a través de los sentidos percibimos la naturaleza, pero percibimos sólo cosas específicas (digamos, gente concreta), particulares. Esto,

sin embargo, no nos dice gran cosa acerca de la naturaleza de las cosas (digamos, la naturaleza humana) o acerca de la ley moral.⁸⁸ A través de un proceso en el que se abstraen⁸⁹ los elementos comunes de cosas específicas y concretas, nos movemos de las cosas concretas percibidas por nuestros sentidos a los géneros y las especies, lo que nos permite entender la naturaleza: “Siendo que sólo podemos comprender lo que es comprensible (como podemos percibir lo que está allí para percibirse), nuestras mentes necesitan hacer que las cosas sean realmente comprensibles abstrayendo las formas de sus condiciones materiales”.⁹⁰ A través de la abstracción (es decir, inducción) de la experiencia, podemos entender: de movimientos específicos vemos inclinaciones generales; de deseos concretos entendemos fines; de fines, naturalezas; una vez que entendemos naturalezas, podemos deducir lo que es bueno, y la distinción entre lo que es bueno y lo que es malo; precisamente eso es el derecho natural. La ciencia del derecho natural consiste en indagar sobre los fines y las naturalezas de los humanos a través de la *observación*, para determinar lo que es bueno y lo que es malo.

En el mundo de Aquino, el derecho natural no es fijo. Aquino reconocía la movilidad esencial de las circunstancias humanas, y hasta pareciera reconocer que la naturaleza humana misma puede llegar a cambiar (Villey, 1975: 129-130). Aquino dice que existe una ley eterna, pero según Villey, debemos entender esto en el sentido de que, a partir de la existencia de *una* ley permanente (hacer el bien y evitar el mal), no se puede deducir que toda ley sea fija. La ley que establece que debemos hacer el bien y evitar el mal es puramente formal. En cuanto derivamos otras leyes de esa primera ley, entramos en un terreno contingente y condicionado (*ibid.*, 130).

Ahora bien, el derecho natural no es derecho positivo, y en la obra de Aquino no deben confundirse. Es necesario, de todos modos, explicar la conexión entre ambos, para entender por qué la ciencia tomista del derecho natural, basada en la observación de la naturaleza, es relevante para la “doctrinalización” del derecho positivo. Necesitamos, en consecuencia, entender la relación entre la ley natural y la ley humana en el pensamiento tomista.

La ley positiva es producto de la legislación humana, no divina. Como otros tipos de leyes, debe cumplir con los cuatro elementos que definen la ley: “No es sino una ordenación de la razón al bien común, hecha por quien tiene el cuidado de la comunidad, y promulgada” (Aquino, 1989: 281; 1a, 2ae, nota 90, art. 4).⁹¹ A diferencia de otros tipos de leyes,⁹² la razón que la ordena no es la de Dios, sino la humana, la cual es aquello que compartimos con la razón divina.⁹³ La ley humana es necesaria porque la ley natural es indeterminada en los detalles; las

declaraciones de la ley natural son tan amplias como premisas, y necesitan determinarse según la circunstancia particular: “Los mandatos de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos” (Aquino, 1989: 286; 1a, 2ae, nota 94, art. 2) [trad. del autor].

Dado que el bien es entendido como siempre deseable, la primera premisa del plan de acción racional es que el bien debe hacerse y buscarse y el mal evitarse. Sobre esto se basan todos los mandatos de la ley que está en nosotros por naturaleza, que nos ordena hacer, al planear la acción, todo aquello que la razón aprehende naturalmente como bueno para el hombre, todo lo que el hombre busca naturalmente como propósito. Esto incluye, en primer lugar, lo que sea acorde con la inclinación natural que toda substancia tiene de buscar preservar su ser natural: así, la ley que está en nosotros por naturaleza ordena lo que conserva la vida humana y se opone a la muerte. En segundo lugar, el hombre busca naturalmente lo que corresponde con su naturaleza genérica animal, lo que la naturaleza enseña a todos los animales: el acoplamiento entre los sexos y la crianza de la prole. Y en tercer lugar, el hombre busca naturalmente aquello que de conformidad con su naturaleza racional lo distingue como humano: conocer la verdad sobre Dios, por ejemplo, y vivir una vida social; así la ley que tenemos en nosotros por naturaleza ordena todo lo que es acorde a esas inclinaciones, como evitar la ignorancia y no ofender a aquellos con quienes vivimos [Aquino, 1989: 287; 1a, 2ae, nota 94, art. 2] [trad. del autor].

Pero la ley natural sólo nos lleva hasta cierto punto, ya que, al deducir partiendo de las premisas de la ley natural, la razón puede fallar. Y aun si no falla, la deliberación apropiada acerca de cómo guiar nuestras acciones debe también tomar en cuenta las especificidades y circunstancias particulares de una comunidad, y así afrontar situaciones específicas para las cuales la ley natural sería inadecuada, o sobre las cuales la ley natural no tiene nada que decir:

Lo que hace humano al hombre es su alma racional, de manera que todo hombre se siente naturalmente inclinado a obrar de acuerdo con la razón, lo que es obrar virtuosamente. Eso no significa que la ley que está en nosotros por naturaleza prescriba cada acto específico de cada virtud que pueda ser definida; en cambio, sí prescribe los actos a los que la naturaleza nos inclina, pero no aquellos que sólo una investigación razonada nos descubre que nos pueden ayudar a vivir bien [Aquino, 1989: 287; 1a, 2ae, nota 94, art. 3] [trad. del autor].

A través de la investigación razonada, los humanos debemos determinar luego un plan de acción, el cual, al ocuparse de la vida colectiva, toma el carácter de ley.

Esta forma de entender la ley natural como premisas de las cuales se deducen normas que regulen la conducta requiere ciertas aclaraciones para entender la necesidad de tener ley humana: primero, que hay cosas de las que la ley natural no habla específicamente; “que se le castigue con tal o cual pena es ya una

determinación añadida a la ley natural” (Aquino, 1989: 289; 1a, 2ae, nota 95, art. 2) [trad. del autor]; en segundo lugar, que aun cuando la ley natural nos hable de la circunstancia que interesa —esto es, aun cuando el “silencio” de la ley natural no es el problema— puede haber necesidad de establecer excepciones;⁹⁴ por último, debido a la posibilidad de equivocarnos al deducir qué conducta adoptar de la ley natural, las consecuencias correctas de la primera premisa de la ley natural deben ser reforzadas y clarificadas en la ley humana.⁹⁵ Existe entonces la necesidad de determinar y adaptar las indicaciones de la ley natural a las circunstancias particulares:

Es propio de la razón el proceder de lo común a lo particular. Aunque de diferente manera, según se trate de la razón especulativa o de la razón práctica. Porque la primera versa principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción. La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, cuales son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se descende a lo particular tanto más excepciones ocurren [Aquino, 1989: 287; 1a, 2ae, nota 94, art. 4].

Así que necesitamos de la ley humana para evitar desviarnos del derrotero marcado por la ley natural, para hacer una excepción cuando las circunstancias particulares de un caso así lo requieran, y para proveernos de determinaciones específicas que la ley natural no proporciona.

Villey explica la relación entre la ley positiva y la ley natural en Tomás de Aquino diciendo que la legislación de la ley positiva es la continuación del estudio de lo que es justo naturalmente. Toda ley humana se deriva de la ley natural de dos maneras: ya sea como *conclusión* a la que se arriba razonando desde las premisas de la ley natural, y aplicándola a las circunstancias históricas; o bien, como *determinación*, agregando preceptos específicos de una pluralidad de preceptos específicos posibles aceptables por los vagos preceptos de la ley natural, siempre en consecución de sus mismos fines.⁹⁶

La ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [...] Pues bien, hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión, y así, el precepto “no matarás” puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda “no hacer mal a nadie”. Y hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural. Por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas. Mas las del primer procedimiento no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas,

sino que en parte mantienen fuerza de ley natural. Las del segundo, en cambio, no tienen más fuerza que la de la ley humana [Aquino, 1989: 289-290; 1a, 2ae, nota 95, art. 2] [trad. del autor].

Bajo esta forma de entender el derecho positivo, la ciencia del derecho natural no habla *sobre* la ley positiva; más bien le habla *a* la ley positiva. Las inquisiciones y los resultados de la ciencia de la ley natural adquieren así una posición privilegiada desde la cual entender, interpretar y reformar la ley positiva. Cuando el trabajo del jurista es interpretar un texto autoritativo, la persona que determina cuál es el texto autoritativo tiene la partida ganada. Cuando los *contenidos* de los textos autoritativos son susceptibles de crítica con base en referencias a fuentes autoritativas *fuera* de los textos, los expertos se convierten en autoridades.

Michel Villey sugiere que la obra de Tomás de Aquino le dio una importancia innovadora a la función legislativa. Al concebir el derecho natural y divino como incompletos para la ordenación de las sociedades humanas, y al concebir el derecho natural como sujeto a cambios, Aquino otorgó un lugar especial en la organización de la vida en común al derecho positivo, encargado de colmar y completar el orden del derecho natural.⁹⁷ El trabajo del legislador se volvió más importante; sin embargo, simultáneamente se volvió susceptible a la crítica de los juristas. La autoridad de las leyes positivas dependía —de una u otra forma— de su apego al derecho natural, y éste era el terruño de juristas especializados que buscaban *fuera* de los textos autoritativos las herramientas para valorarlos. La doctrina, como producto de la ciencia jurídica, se pudo así volver la fuente dominante del contenido sustantivo de los dictados del legislador. Esta preponderancia de la doctrina perduraría por siglos.⁹⁸

Villey afirma que la necesidad de ir más allá de los textos autoritativos para extraer el derecho resulta de varias circunstancias. Primero, porque bajo la idea agustiniana de que toda ley debe ser derivada de textos sagrados (fijos), el derecho era demasiado rígido para enfrentar adecuadamente los problemas de la sociedad cada vez más compleja de fines del periodo medieval. En segundo lugar, porque conforme retrocedía en la imaginación la figura imperial justiniana con el paso de los siglos, y conforme los orígenes paganos de las reglas de los textos incluidos en la recopilación justiniana se volvían cada vez más evidentes con su estudio, hubo una mayor necesidad de justificar el carácter autoritativo de los textos jurídicos romanos para la Europa medieval —textos ya usados por más de un siglo como herramienta para definir las normas—. Por último, porque las soluciones que ofrecían los textos, tanto sagrados como romanos, eran

insuficientes, entonces se requería una filosofía que no sólo justificara, sino que posibilitara su adaptación a las necesidades del momento.⁹⁹

Cualquiera que haya sido la causa de este giro de los textos hacia la doctrina en el desarrollo de la ciencia jurídica, el uso de una metafísica para justificar y de una metodología para posibilitar el desarrollo de la doctrina tuvo repercusiones profundas en el entendimiento jurídico. Al cimentar filosóficamente el papel creativo de la doctrina, el otorgamiento de autoridad a una clase experta en la determinación del contenido del derecho positivo resulta justificado. La autoridad de las doctrinas es una función del método para inquirir acerca de la naturaleza: la persona que articula la doctrina no necesita tener autoridad propia.¹⁰⁰ Así, la fuerza de la doctrina depende de la aceptación del derecho natural.¹⁰¹

Independientemente de si existen lazos casuales, el impacto de la obra de Aquino en el pensamiento jurídico congenió con el florecimiento de la legislación que inició a finales del siglo XIII y continuaría en el XIV.¹⁰² La novel relevancia y abundancia del derecho positivo desvió la atención de los juristas de los textos establecidos del *Corpus iuris*. La incorporación sistemática de las nociones tomistas al estudio del derecho haría lo propio a finales del siglo XV, y sobre todo en el XVI, reforzando así la compatibilidad del derecho con la teología tomista.

Tomás de Aquino no estaba principalmente preocupado por el derecho, y mucho menos por el derecho romano. Aquino recurría al derecho romano y al canónico con soltura, pero en gran medida para sustentar sus argumentos: no buscó explicar el derecho con sus métodos, sino exponer sus métodos haciendo uso del derecho. El distanciamiento de los textos mismos no fue innovación de Aquino: la ciencia jurídica ya había estado extrayendo reglas de los textos y transformándolas en máximas; los comentadores ya se habían alejado de la interpretación textual estricta antes de que los escolásticos segundos reformularan el derecho en términos tomistas.¹⁰³ Lo que la obra de Aquino ofrecía es un marco filosófico sustantivo y completo que a la vez justifica, exige y posibilita el alejamiento pleno de los textos autoritativos, y que además proporciona las herramientas metodológicas para hacerlo. Articuló un entendimiento del mundo que permitió —exigió— legislación positiva, mientras que al mismo tiempo creó las bases para una crítica normativa doctrinal de esa misma legislación positiva.

Si los juristas medievales abstraieron las reglas jurídicas del *Corpus iuris* o del derecho canónico partiendo de la premisa de que eran autoritativos, completos y coherentes, los escolásticos segundos “adoctrinaron” los sistemas normativos sobre los cimientos de la metafísica y la metodología tomistas.¹⁰⁴ Al hacerlo,

asumieron, como juristas, un papel más autoritativo. Podría decirse que el papel de los juristas devendría, para la tradición jurídica romano-canónica, más autoritativo que los textos mismos. Los escolásticos segundos alteraron profundamente el papel del jurista.

Los escolásticos segundos también legaron a las generaciones futuras un conjunto de doctrinas concretas que portaron la metodología y la metafísica sobre las que estaban construidas a través de los siglos subsecuentes, aun cuando esta metafísica y esta metodología ya no eran explícitamente reconocidas. Tal como la razón-ley de Dios puede, según el tomismo, discernirse a través de la observación de su Creación —aunque resulte incomprensible para nosotros—, la metodología y la metafísica que Aquino legó a los escolásticos salmantinos permanecieron imbuidas en las doctrinas que, a su vez, éstos legaron a las generaciones siguientes de juristas. Las creaciones de los teólogos morales —las doctrinas jurídicas— todavía apuntan hacia esa metodología y esa metafísica.

CONCLUSIÓN

Los dos modelos que apuntalan la dogmática jurídica contemporánea surgieron de antecedentes medievales inspirados en modos teologales de entender la autoridad. El modelo de la revelación nos llega del desarrollo —a finales del periodo medieval— de las academias profesionales que estudiaban el derecho canónico y civil, conocidos juntos como el *ius commune*. Estas disciplinas jurídicas paralelas se vieron influidas por la disciplina académica dominante en aquel entonces: la teología escolástica. Las preocupaciones y los métodos tanto del derecho civil como del canónico reflejan esta influencia: se ocupan abrumadoramente de textos autoritativos a los que dan un estatus cuasi sagrado; su inquietud central es sistematizar, a través de la abstracción y el uso de la lógica (y de la retórica), esos textos.

El segundo modelo —de la creación— data del siglo XVI, posterior a la Edad Media, pero también surge de una tradición escolástica medieval y teologal: el tomismo. El modelo de la creación se centra no en los textos autoritativos, sino en la naturaleza, según nos la explica la doctrina. Este segundo modelo es un método altamente sofisticado de inquisición normativa, que James Gordley llamó teleológico-conceptual, construido sobre la teoría de las cuatro causas aristotélicas. Su preocupación central era la construcción de conceptos y la extracción de consecuencias normativas de esos mismos conceptos.

Estos dos modelos han perdurado siglos, hasta nuestros días. Su influencia se puede rastrear, a través de la expansión colonial europea, hasta la actualidad. Los capítulos siguientes se ocupan de rastrear la trayectoria de estos modelos conceptuales del orden desde sus antecedentes medievales europeos, imbuidos teológicamente, hasta la dogmática jurídica pretendidamente secular y moderna que domina el pensamiento jurídico en México, América Latina y buena parte del mundo contemporáneo. Por economía, aquí se rastrea sólo el caso de México, pero en ningún sentido debe entenderse que los fenómenos explorados son exclusivos de este país.

II. MIGRACIONES

Revelación y creación en un nuevo mundo

INTRODUCCIÓN

Dos paradigmas de inquisición normativa constituyen los cimientos del pensamiento jurídico mexicano temprano: el *ius commune* y la teología moral neotomista. Estos paradigmas dieron lugar a dos modelos distintos de inquisición jurídica, que he denominado modelo de la revelación y modelo de la creación, respectivamente. En el capítulo I se identificaron y explicaron estos dos paradigmas y los modelos que engendraron. Este segundo capítulo se ocupa de entender la migración de estos dos modelos a América durante los primeros siglos del régimen colonial de la Nueva España. Primero, exploro el contexto social e institucional para su naturalización, haciendo hincapié en el aparato institucional mediante el cual se importó el *ius commune*. Luego, en lo que constituye el punto central del capítulo, ejemplifico la presencia y la importancia del modelo de la creación, analizando la obra de tres teólogos morales que vivieron y trabajaron en la Nueva España.

Durante el periodo novohispano, cada paradigma fue utilizado en una disciplina distinta y fue desplegado por grupos distinguibles de personas. El *ius commune* había sido asimilado por el derecho real español y se impartía en las dos facultades de la universidad: Cánones y Leyes. El personal que ocupaba las burocracias civiles y eclesiásticas provenía, preponderantemente, de estas facultades. El *ius commune* informó la práctica cotidiana del derecho, tanto en la administración de justicia como en lo que hoy llamaríamos la administración pública en la Nueva España. Por su parte, y en contraste, la teología moral neotomista de la Escuela de Salamanca y el método teleológico-conceptual fueron desplegados en forma menos cotidiana, para intentar resolver ciertas incertidumbres clave —y fundamentales— para la naciente Colonia. La teología moral tomista fue desplegada no por juristas sino por teólogos que, en su mayoría, provenían del clero regular, y que, normalmente, gravitaban en torno a los espacios académicos institucionales dedicados a la teología, tanto en la universidad como en otras partes. A menudo, estos teólogos se dedicaban a la empresa evangélica que la Iglesia católica llevaba a cabo entre la población indígena, aunque también participaban en los puestos más altos de la burocracia eclesiástica secular.

Pero además de institucional, al parecer existía una distinción funcional entre el *ius commune* y la metodología salmantina. La segunda resolvía controversias difíciles; la primera se utilizaba para abordar cuestiones legales prácticamente inobjetables. El historiador jurídico Guillermo Floris Margadant distingue dos fases en el desarrollo de las *Leyes de Indias*, o *Derecho Indiano*. Estas dos fases, sostengo, corresponden a la preeminencia de cada uno de los modelos, los cuales a su vez corresponden a la importancia relativa de cada una de sus funciones. Según Margadant, durante la fase inicial, que abarca las primeras décadas del régimen colonial, se formularon y discutieron las cuestiones fundamentales del derecho. Durante la segunda fase, que inicia a mediados del siglo XVI, una vez que la dinámica social y las instituciones jurídicas clave habían madurado, se inició una organización administrativa más serena del territorio (Margadant, 2001: 53). Las dos fases de Margadant pueden entenderse, también, en términos de la importancia relativa de cada uno de los modelos para cumplir con su función específica. En la fase inicial, la metodología teleológico-conceptual, altamente flexible, fue desplegada para abordar los nuevos y desconcertantes problemas que los españoles enfrentaron en América. En la segunda, cuando ya la mayoría de los debates fundacionales habían sido resueltos en alguna medida, los procedimientos ordinarios de interacción burocrático-jurídica no requirieron mayor creatividad que la que ofrecen las interpretaciones de los textos que ofrecía el *ius commune*.

Ambos modelos estuvieron presentes en la génesis del pensamiento jurídico novohispano (Vargas, 2001: 79), pero la relación entre ambos es difícil de precisar. Cada uno tenía vías institucionales separadas y no existe ninguna indicación de peso para pensar que hubiese un diálogo fluido entre ambas disciplinas. Sin lugar a dudas, se influyeron mutuamente: la metodología salmantina utilizaba reglas y premisas tomadas del *ius commune*; los problemas esenciales y fundamentalmente controvertidos, que habían de ser atendidos por la burocracia real capacitada en el *ius commune*, eran atendidos y resueltos teórica y conceptualmente, en gran parte, por los teólogos morales salmantinos. Cuán porosa era esta relación es algo que habrá que dejar a la especulación, o a una más amplia investigación en archivos.

En la primera sección de este capítulo —“Iglesia, Estado y universidad”— describo el contexto general de la tradición jurídica española al momento de su migración a América, así como el contexto social y político al que fue transferida. Me enfoco en las vías principales mediante las cuales el *ius commune* fue trasplantado a la Nueva España, sobre todo en la universidad. En las secciones subsecuentes —“La encomienda”, “Mercaderes”, y “Burócratas eclesiásticos”—

analizo con detenimiento algunas obras selectas de teólogos morales prominentes que trabajaron en la Nueva España, e identifiqué la forma en que empleaban el método teleológico-conceptual para enfrentar los problemas que les interesaban. La relevancia del *ius commune* ha sido reconocida desde antaño por los académicos jurídicos mexicanos. La importancia de la teología moral en los asuntos jurídicos fundamentales en la Nueva España, en contraste, ha sido desatendida casi por completo por la academia jurídica. Lo que es más, el uso de la metodología teleológica-conceptual permanece prácticamente inexplorado. Mi propósito, aquí, es demostrar la importancia de la teología moral en el desarrollo del pensamiento jurídico mexicano, como ejemplo del desarrollo del pensamiento jurídico latinoamericano. En particular, me interesa subrayar la presencia y los orígenes teologales del método teleológico-conceptual en los inicios del pensamiento jurídico mexicano.¹ Así, estas páginas, a diferencia del capítulo I, se ocupan principalmente del modelo de la creación, que es el que más exige ser visibilizado, específicamente el método teleológico-conceptual de inquisición normativa.

Los problemas que abordaron los teólogos morales eran altamente especulativos y, a la vez, estaban ligados a cuestiones prácticas importantes y concretas. Se presentan en este capítulo tres ejemplos:² primero, la encomienda, con lo que ésta implicaba para los encomenderos, los indios y el clero; segundo, la proyección de la actividad mercantil como un oficio moralmente aceptable para la teología católica, y tercero, la distribución de cargos en las burocracias eclesiásticas.³ Ciertos asuntos eran demasiado importantes como para dejárselos a los abogados. Vitoria advirtió explícitamente a los abogados que no se aventuraran más allá de sus límites (Pagden, 1991: 66-67). Los teólogos, posicionados en la cima de la jerarquía intelectual, podían ocuparse de estos problemas y ofrecer soluciones para los ámbitos jurídicos desde la investigación teologal. Los problemas que enfrentaban los teólogos novohispanos no eran solamente de importancia filosófica, teológica u ontológica; eran, ante todo, relevantes en la práctica para la sociedad colonial. En su mayoría, los autores atendieron directamente estos problemas a lo largo de sus vidas. Aunque eran altamente teóricos, se interesaban sobre todo por los problemas prácticos de la vida.

Antes de cerrar esta introducción, quiero hacer una aclaración sobre los ejemplos de la metodología teleológico-conceptual en la Nueva España. En mi opinión, la metodología de los teólogos novohispanos no determinaba necesariamente los resultados sustantivos de sus conjeturas. Determinaba la manera en la cual presentaban y respaldaban tales resultados. El pensamiento

aristotélico-tomista era, sobre todo, la manera legítima en la que estos intelectuales proponían soluciones para problemas importantes, la forma que legitimaba el contenido sustantivo de sus argumentos. Estos argumentos sustantivos responden, más bien, a contextos históricos y sociales particulares. Estos hombres pertenecían a grupos específicos de personas con las que compartían intereses. En sus conjeturas, proyectaban esos intereses. Tenían agendas muy ligadas a sus contextos particulares, y las soluciones sustantivas que planteaban estaban permeadas por esas agendas. Por consiguiente, hago lo posible por ubicarlos dentro de ese ámbito, presentando sus obras en su contexto histórico y relacionando los asuntos que abordaban con los problemas más amplios y de mayor profundidad que subyacían en los intereses que anticiparon a través de sus obras. La forma que tomaron su razonamiento y su argumentación, es decir, el método que seguían para construir sus conceptos y argumentos y para ofrecer sus conclusiones, era más una forma aceptada de discusión que un conjunto de reglas mediante las cuales esperaban alcanzar soluciones previamente desconocidas. Mi interés en cuanto a sus métodos y suposiciones versa sobre la forma retórica que utilizaban, más que sobre los resultados sustantivos a los que llegaban.

En pocas palabras, creo que la importancia de la metodología radica no tanto en determinar *qué* pensaban los teólogos morales, sino *cómo* lo pensaban.

IGLESIA, ESTADO Y UNIVERSIDAD

Para cuando América era conquistada por los españoles, en España ya existía una burocracia civil profesional, formada preponderantemente en el *ius commune*. En América, la Corona también controlaba directamente a una burocracia eclesiástica profesional, entrenada también en la universidad. Esta estructura dual proporcionaba a los monarcas españoles dos burocracias superpuestas y en competencia, que se controlaban mutuamente. Las dos burocracias —la civil y la eclesiástica— funcionaban como ejes en competencia, en torno a los cuales los distintos grupos sociales trataban de consolidar sus privilegios y su poder, participando en redes clientelares. Ambas burocracias contaban con gente capacitada en la tradición del *ius commune*, muchos de ellos en la universidad de México después de su fundación a mediados del siglo XVI. En este contexto, la universidad —y con ella la actividad académica— resultó sensible a la política y a las competencias y rivalidades entre grupos e instituciones sociales. Los fuertes vínculos con el amplio contexto social y

político fueron determinantes en la construcción de la universidad, y de sus distintas facultades y, con ellas, de la academia jurídica.

El sometimiento de grandes porciones de territorio americano a España, conforme la conquista y la colonización avanzaron del Caribe hacia tierra firme, fue una empresa fundamentalmente privada y poco coordinada.⁴ Esto significó que, en las etapas iniciales, el control regio no estaba asegurado en las tierras recién conquistadas. Las pugnas entre la Corona y los conquistadores privados para determinar quién ejercería el control de la conquista y el asentamiento fueron una de las principales preocupaciones de la Corona española. La tarea de afianzar el control regio se materializó lentamente mediante los instrumentos paralelos de la ortodoxia religiosa y el derecho, encarnados ambos en un ejército de burócratas, tanto civiles como eclesiásticos, entrenados formalmente en las profesiones jurídicas —derecho civil y derecho canónico— y en la teología, todas ellas en las universidades reales. El papel de los abogados, especialmente los abogados canonistas, y de los teólogos sería determinante en esta transferencia de control de los conquistadores privados al estado colonial. Corona y catolicismo, los dos pilares que impulsaron la integración política y la expansión militar de las clases políticas ibérico-católicas, continuarían desempeñando un papel decisivo en la conquista y la colonización de América. Aquí, la Corona y la Iglesia no fueron fáciles de distinguir, pues la segunda estaba subordinada a la primera por medio del Patronato Real, en el que más adelante ahondaremos.

LEYES REALES Y DERECHOS REALES

El derecho ibérico había sido, *tradicionalmente*, plural y fragmentado.⁵ No obstante, para finales del siglo xv y principios del xvi, Castilla había desarrollado un sistema jurídico complejo y altamente formalizado.⁶ El derecho real ostentaba continuidad desde el libro de derecho visigótico del siglo VII, conocido como el *Fuero Juzgo*, pero se basaba en buena parte en el más reciente desarrollo de las ciencias jurídicas medievales del *ius commune* y en los abogados profesionales de formación universitaria. El *derecho real* había surgido como dominante en un complejo universo jurídico.

Durante el Medievo tardío, la Corona de Castilla se impuso con éxito como una fuente legítima de derecho y como el centro del poder político y religioso. Para cuando la tradición jurídica de la Europa continental se trasplantó a América, la producción de textos jurídicos autoritativos era ya una prerrogativa indiscutida de la Corona española. Junto al *Corpus iuris civilis*, existía un gran

número (siempre en aumento) de textos legislativos autoritativos de cuña real. Algunos de estos textos imitaban el *Corpus iuris civilis* (como *Las Siete Partidas*), y ninguno lo sustituyó realmente (ya entrado el siglo XVIII, lo que hoy se conoce como derecho civil se derivaba casi exclusivamente del *Corpus iuris civilis*). La legislación real tenía la posibilidad de innovar, pero lo hacía dentro del lenguaje, la tradición y el contenido sustantivo del *ius commune*. Los juristas trataban los textos jurídicos reales de la misma manera que sus predecesores habían tratado los textos autoritativos de su época: a través de la glosa y el comentario. Los nuevos textos jurídicos ahora coexistían con el más viejo *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*, pero estos últimos seguían siendo las piezas centrales de la cultura jurídica. A través de una burocracia profesional compuesta por abogados de formación universitaria, tanto civilistas como canonistas, la Corona mantenía el gobierno en manos de una red clientelar que dependía del rey y que estaba conformada por gente con aptitudes, formación y, en gran parte, lealtades comunes.

Gracias al Patronato Real, Regio Patronato o Regio Patronato Indiano, el rey controlaba no sólo a la burocracia civil, sino también a la burocracia eclesiástica, la más grande y más importante en ese momento en América. El Regio Patronato consistía en una serie de privilegios que la Corona tenía respecto de la Iglesia en los territorios bajo su control.⁷ El rey podía designar oficiales, vetar legislación y revocar decisiones judiciales de la Iglesia, controlando de hecho buena parte del gobierno eclesiástico. Eso significa que, en términos prácticos, el rey contaba con dos burocracias paralelas con las cuales gobernar América: la burocracia real (o civil) y la burocracia de la Iglesia (o eclesiástica). La segunda era más importante en tanto que era mucho más grande y gobernaba en la práctica muchos de los aspectos más relevantes de la vida de los súbditos del rey, como el matrimonio y la herencia. En cuanto a los “pueblos de indios”, la Iglesia representaba frecuentemente la única institución hispánica efectiva del gobierno.

LA ORTODOXIA RELIGIOSA Y EL FERVOR EVANGÉLICO

La ortodoxia religiosa fue la piedra angular del desarrollo intelectual del periodo que inició con el viaje de Colón y que prosiguió durante los tres siglos de la Colonia. Construido en torno del esfuerzo de la reconquista, el Estado español se entendió a sí mismo como imponiéndose a los infieles: los judíos y los moros. Poco después, la amenaza del cristianismo protestante lo llevó a obsesionarse con la herejía y a defender con vehemencia la ortodoxia católica. El debate sobre

la justificación del imperialismo español en América, que pasó rápidamente a manos de círculos intelectuales y académicos, acabó por anclar la legitimación imperial española en la empresa evangélica que la Corona, como patrona de la Iglesia, habría de instrumentar en América.⁸ La ortodoxia y el imperialismo estaban íntimamente ligados. En este contexto, la Iglesia se convirtió en protagonista de muchos aspectos centrales de la vida colonial en América, incluyendo el derecho.

El lugar que la Iglesia forjó para sí en América y, junto con ella, para la mayor parte de la élite intelectual se puede entender como un puente entre dos polos: los indios y el rey. La tensión entre estos dos extremos coincidía un tanto con la división que existía dentro del clero, entre el clero regular (que se ocupaba principalmente de los indios y su conversión) y el clero secular (integrado a la burocracia real bajo el Regio Patronato).⁹ Esta dicotomía tenía su contraparte en el pensamiento jurídico. El clero secular dependía sobre todo del derecho canónico, y por ende del *ius commune* y el modelo de la revelación. El clero regular dependía de la teología moral, es decir, de la metodología salmantina y del modelo de la creación. El esquema sería el que presenta el cuadro II.1.

CUADRO II.1

	<i>Clero regular (franciscanos, dominicos, agustinos y jesuitas)^a</i>	<i>Clero secular (jerarquía de la Iglesia bajo el Regio Patronato)</i>
<i>Función</i>	Protectores evangelistas de los indios	y Clientes de la realeza
<i>Corriente de pensamiento jurídico (modelo conceptual del orden)</i>	Teología moral de la tradición salmantina (creación)	Derecho canónico del <i>ius commune</i> (revelación)

^a Dentro del clero secular, los franciscanos fueron los primeros en llegar a la Nueva España, en 1524, casi inmediatamente después de la caída de Tenochtitlan (Lockhart y Schwartz, 1983: 107). En 1526 llegaron los dominicos, seguidos por los agustinianos en 1533 (Margadant, 2011: 122). A los jesuitas no se les permitió entrar a la Nueva España hasta 1571 (*ibid.*, 2001: 123). Juntas, estas cuatro órdenes concentraban la mayor parte de la mano de obra misionaria en la Nueva España.

La sed de ortodoxia y el carácter evangélico de la empresa colonizadora otorgarían a los teólogos una posición privilegiada. Se les asignaron dos tareas cruciales: convertir a los indios y definir el lugar y las relaciones apropiadas entre los elementos constitutivos de la nueva sociedad.

La ortodoxia religiosa mantuvo la cohesión intelectual y política. La evangelización sirvió como ideología de conquista. Ambas fueron hábilmente aprovechadas por el rey que, como patrono de la Iglesia, tenía una posición particularmente privilegiada en ambos asuntos. El pensamiento jurídico español, estrechamente ligado a la teología, tanto institucional como intelectualmente, le dio forma a esta empresa.¹⁰ En el proceso surgieron los antecedentes de lo que hoy es el pensamiento jurídico mexicano y, me atrevo a especular, latinoamericano.

DERECHO Y BUROCRACIA

El carácter mayormente privado de la fase continental de las conquistas españolas en América (específicamente la conquista de Mesoamérica) tuvo profundas repercusiones en la organización de la nueva sociedad colonial.¹¹ La Corona necesitaba contrarrestar el enorme poder de los conquistadores sobre los muchos y ricos pueblos y tierras conquistadas. Por consiguiente, en los años que siguieron a la Conquista (más precisamente, las conquistas), el gobierno descansó sobre la autoridad de los conquistadores. Mediante el establecimiento de un complejo aparato social, burocrático y legal que contraponía a los distintos grupos que conformaban las sociedades nacientes, la Corona fue capaz de lograr que los distintos intereses se controlaran los unos a los otros. Así, los grupos dependían de la Corona para lograr algún grado de cohesión y para arbitrar entre ellos. El derecho y la burocracia fueron centrales para establecer esta compleja serie de relaciones. En la Nueva España, al igual que en el resto de América, la Corona adoptó una política de superponer jurisdicciones y de enfrentar jerarquías administrativas en tensión dinámica que logró prevenir el control de un solo grupo sobre los demás (Clendinnen, 2003: 113).

El derecho, durante el periodo colonial, consistía en una multiplicidad de leyes formalmente válidas entretejidas a través del filtro de las ciencias jurídicas medievales: el derecho canónico y el derecho civil.¹² De entre la normatividad sustantiva española, dominaba el *ius commune*, a través de su absorción en la legislación real. Así, el *ius commune* colonizó a las Indias por dos vías que se reforzaban mutuamente: la legislación real y las disciplinas jurídicas

universitarias (Cánones y Leyes). Dos tipos de normas promulgadas bajo la autoridad real rigieron a las colonias: por una parte, el *derecho indiano* o *Leyes de Indias*, que se ocupaba específicamente de las colonias de ultramar, y se promulgaba ya sea en España o en América, y por la otra, el *derecho real de Castilla*, cuya función principal era regir la metrópolis, pero, por extensión y en forma frecuentemente supletoria, alcanzaba ciertos asuntos en las colonias. En el contexto de esta sección, denominaré al conjunto de ambos elementos “derecho real.”

El *ius commune* habría de animar la práctica y la cultura legal en la Nueva España. El derecho canónico era derecho positivo en América, pero el derecho romano estaba oficialmente desprovisto de validez positiva en las posesiones castellanas (Barrientos, 1983: 113). No obstante, sus reglas y doctrinas ya eran parte integral del derecho real desde el Medievo tardío. La mayor parte de la legislación específica promulgada para las Indias se enfocaba en lo que aún hoy en día consideraríamos derecho público (más específicamente, derecho administrativo). En todos los asuntos de derecho privado había que voltear hacia el derecho castellano (derecho real de Castilla), que era supletorio. No había fueros locales en la mayoría de las comunidades hispánicas recién fundadas en América (Vargas, 2001: 78-79). Por ello, el derecho privado de la Nueva España fue el contenido en *Las Siete Partidas*, un libro de derecho real del siglo XIII, que había consistido, en gran medida, en la promulgación del *ius commune* bajo la autoridad real (Barrientos, 1993: 29).¹³

La influencia del *ius commune* en la práctica jurídica era explícita. El historiador chileno Javier Barrientos Grandón reporta, en su estudio de documentos judiciales de la Nueva España, que tanto los litigantes como los *letrados* que trabajaban en los tribunales recurrían al *ius commune* con frecuencia (*ibid.*, 229).¹⁴ Era común citar a autores, por lo general glosadores, para corroborar que el argumento que se postulaba era la *communis opinio doctorum*, o sea, la opinión de aceptación general entre las autoridades eruditas (*ibid.*, 237-238 y 240). Se citaba también a juristas en tribunales civiles y, con mayor frecuencia, eclesiásticos (*ibid.*, 240-241). Que hayan recurrido al derecho romano y a las opiniones autoritativas de grandes juristas demuestra que el *ius commune* era trasfondo compartido por litigantes y jueces, que posibilitaba la existencia de influyentes referentes compartidos.¹⁵ Los textos citados con mayor frecuencia en los primeros siglos de la Nueva España fueron los dos *Corpora* (*ibid.*, 241).¹⁶

El derecho era el patrimonio de una élite que se autorreproducía y contaba con dos espacios institucionales: los académicos y los profesionales (González

G., 2004: 27). La práctica jurídica profesional era una actividad altamente controlada. Requería no sólo de un título académico, sino también de la autorización de la Audiencia, el órgano gubernamental de mayor jerarquía en la Colonia y, a la vez, su más alto tribunal. La veta académica de esta élite se hacía presente mediante consultas formuladas por las autoridades centrales ya que, en la Nueva España existían relativamente muy pocos tratados y manuscritos en circulación (Ramírez e Hidalgo, 2001: 80). Esta veta académica también hacía sentir su presencia por medio del entrenamiento que brindaba a los grupos que conformaban el personal de los tribunales. Lo más importante para explicar la relación entre ambos espacios institucionales, sin embargo, era el carácter fungible de los puestos burocráticos y académicos que un *letrado* ocupaba: las mismas personas se alternaban como académicos y como profesionales (véase Aguirre, 1998).

Así, la burocracia y la academia se vincularon estrechamente.¹⁷ La política oficial de la Corona requería que los puestos en los consejos y la cancillería reales fueran ocupados por abogados de formación universitaria (Pavón, 2001: 61). Por lo tanto, la mayoría de los egresados de la universidad alcanzaba un puesto burocrático. En la burocracia civil, desde el virrey hasta la Audiencia, los españoles nacidos en América —los criollos— permanecieron en los rangos medios e inferiores durante la mayor parte del periodo colonial, siendo los europeos quienes ocupaban los puestos más altos. La mejor alternativa para los criollos era frecuentemente la Iglesia. La burocracia eclesiástica era mucho más vasta que la burocracia civil, y jugaba un papel destacado en el gobierno temporal de la sociedad.¹⁸ El resultado fue que la jerarquía de la Iglesia, casi en su totalidad, terminó siendo criolla y con educación universitaria (Aguirre, 2001: 65). El peso del clero dentro de la élite intelectual era enorme: monopolizaba las instituciones educativas fuera de la universidad y dominaba la mayoría de los espacios dentro de la universidad (Chocano, 2000: 153-154). De los egresados universitarios, los abogados, sobre todo los canonistas, eran los más solicitados. Eran requeridos en el funcionamiento cotidiano de los episcopados y las catedrales, y en la justicia eclesiástica y el aparato fiscal, contruidos en torno a los impuestos de la Iglesia (González G., 2004: 40). También podía siempre buscarse un cargo en las actividades pastorales de la Iglesia (*ibid.*, 41-42).

LA UNIVERSIDAD

La Universidad de México, que era una corporación, se fundó en un momento en el que las corporaciones estaban decayendo en Europa. Esto la hizo más vulnerable a influencias exteriores que las universidades de mayor antigüedad en el viejo continente. El poder regio había mermado la autonomía corporativa, situación que se acrecentó en América, donde las corporaciones eran más recientes y por lo tanto estaban menos arraigadas. Desde un principio, el propósito de crear la universidad fue ofrecer un centro de capacitación para los burócratas (Luna, 1988: 631). Según la Cédula Real que fundó la universidad, la corporación era autónoma, pero en la práctica siempre estuvo bajo algún tipo de control real. La dependencia financiera de los subsidios reales aseguró que las cosas fueran así. El nombramiento de profesores y administradores, la reglamentación de la vida universitaria y, por supuesto, las finanzas universitarias eran responsabilidad de las autoridades bajo el patronazgo real.

A mediados del siglo XVI, cuando se fundó la Universidad de México, la Iglesia secular apenas estaba presente en la Nueva España, y las órdenes regulares se concentraban en la empresa de la evangelización masiva. La organización de la universidad quedó entonces en manos del virrey, la Audiencia y las autoridades civiles, predominantemente integradas por abogados civilistas europeos (González G., 2001: 24). El patronazgo civil de la universidad, sin embargo, resultó ser efímero. El dominico Alonso de Montúfar, segundo arzobispo de la Ciudad de México, llegó a México en 1554, un año después de que la universidad abriera sus puertas. Su misión era clara: reducir el poder del clero regular, retirarlo de las parroquias indias y sustituirlo con clérigos seculares (*ibid.*, 468). Para lograrlo, Montúfar necesitaba una Iglesia secular robusta. La universidad había de jugar un papel importante: la Facultad de Cánones proveería el personal para integrar la engrandecida Iglesia secular mexicana (*ibid.*, 469). Montúfar se movilizó para arrebatar el control de la universidad a las autoridades civiles, y así incrementar la producción de abogados canonistas, en perjuicio de otras facultades.¹⁹ Los estudiantes de derecho canónico —en su mayoría clérigos seculares criollos— se sentían desplazados por el patronazgo civil (europeo) de la universidad y se convirtieron en aliados naturales de Montúfar.²⁰ Así, tomó el control de la Facultad de Cánones (*ibid.*, 472). Al ser la facultad más grande,²¹ Cánones se convertiría en un baluarte determinante dentro de la universidad, y cosecharía los frutos de su alianza con la Iglesia secular extramuros.

La maniobra clave para desplazar el patronazgo civil de la universidad y sustituirlo con el patronazgo de la Iglesia (secular) fue un cambio en el sistema de nombramientos de las cátedras. El sistema original contemplaba que los nombramientos fueran prerrogativa de la Audiencia. El nuevo sistema los

otorgaba por voto estudiantil. La Audiencia, mayoritariamente europea, había favorecido a los abogados civilistas (en ese entonces por lo general eran peninsulares) para las cátedras de ambas facultades jurídicas. La de Cánones, con el alumnado más abundante, inclinaba la balanza de nombramientos de cátedras de derecho en favor de los abogados canonistas criollos (González, G. 2004: 35).

Una posibilidad para los alumnos de las facultades jurídicas era la de obtener títulos en ambas, *in utroque*: agregando dos materias de la facultad hermana por dos años, el bachiller de una facultad jurídica podía obtener el segundo título (Pavón, 2001: 52). Por lo general, eran los bachilleres de derecho canónico quienes intentaban obtener el segundo título en derecho civil (González G., 2004: 27). Esta tradición convirtió al derecho civil en un complemento del derecho canónico (*ibid.*, 25), ya que la mayoría de los estudiantes de derecho civil eran ante todo canonistas que expandían su currículum. Asumían los estudios en derecho civil como complementarios, y no como principales.

EDUCACIÓN JURÍDICA EN LA UNIVERSIDAD

La educación jurídica en las facultades de derecho consistía en la enseñanza del *ius commune*. Enfocándose en los dos *Corpora*, los textos autoritativos que se han mencionado ya —*Corpus iuris civilis* y *Corpus iuris canonici*— eran comentados y transmitidos en la tradición escolástica antigua (Barrientos, 1993: 38). El método se sostendría a lo largo de los siglos XVI, XVII y buena parte del XVIII: los cursos, el contenido sustantivo, los libros de texto y las comprensiones formales cambiaron poco durante los tres siglos de historia colonial. Los cursos ofrecidos en ambas facultades básicamente se dedicaban a estudiar los textos autoritativos del derecho romano y canónico.²² Diferían entre sí, solamente porque cubrían diferentes partes del *Corpus* que se impartía en cada facultad. Los métodos de enseñanza escolástica basados en el texto encajaban a la perfección con la tradición del *ius commune*. Por ejemplo, las constituciones de Pedro Farfán de 1580 estipulaban que los profesores debían limitarse a la lectura de “textos y glosas” en perjuicio de “otros textos, aún los famosos” (Vargas Valencia, 2001: 86-87). Para 1626, las nuevas constituciones del virrey De Cerralvo establecían cuáles pasajes habían de estudiarse cada uno de los años en que se llevaba un curso.²³

Las constituciones universitarias especificaban que la primera media hora de la clase debía dedicarse al dictado del texto palabra por palabra, para que los

estudiantes pudieran reproducirlo. Durante la siguiente media hora debía explicarse el texto utilizando las opiniones de autores específicos. En esta segunda fase los estudiantes tenían prohibido escribir (Barrientos, 1993: 128, y Vargas: 102).²⁴ La estructura de las clases universitarias resultante constaba de tres partes: primero estaba la *lectio* que consistía en la lectura del pasaje correspondiente de un texto autoritativo; a éste le seguía la *disputatio*, que básicamente consistía en la presentación de casos que caían en los supuestos del texto estudiado y la introducción de preguntas acerca de la correcta interpretación o aplicación de un pasaje determinado. Se citaban comentarios divergentes (o no) de autores reconocidos en relación con la pregunta, ofreciendo distintas soluciones (la mayor parte de la segunda media hora de la clase). Y todo terminaba con la *conclusio*: el profesor presentaba una solución que reconciliaba opiniones divergentes o, en su defecto, tomaba partido por una u otra de las opiniones (González G., 2004: 29; Ramírez e Hidalgo, 2001: 71, y Barrientos, 1993: 41).

En breve, la universidad —particularmente las facultades de Cánones y Leyes— desempeñó un papel importante en la vida institucional novohispana como centro de formación de cuadros para las burocracias regias a través de las cuales la Corona gobernaba la Colonia. De las dos, Cánones era la más importante por la cantidad de estudiantes y su influencia en el gobierno interno de la universidad; también porque proporcionaba el personal para la burocracia eclesiástica, la más grande de las dos burocracias. La educación jurídica impartida por la universidad estaba claramente dentro de la tradición del *ius commune*, ya que incluía las materias de las ciencias jurídicas tradicionales del Alto Medievo y utilizaba los métodos habituales de instrucción.

Los abogados canonistas y civilistas de la tradición del *ius commune* integraban y administraban las instituciones jurídicas y burocráticas. Las discusiones teóricas fundamentales acerca del derecho y la filosofía jurídica, no obstante, quedaron en manos de un grupo distinto de personas. No fueron los abogados, sino los teólogos, quienes respondieron a las preguntas clave que requerían un cuestionamiento profundo, más allá de lo establecido con mediana claridad en las leyes vigentes. Analizaré tres ejemplos en los que los asuntos jurídicos, importantes e irresolutos, fueron trabajados y aclarados por los teólogos morales. Eran éstos, y no los abogados, quienes tenían la autoridad moral e intelectual para afrontar estos asuntos de tanta importancia.

Puede decirse que la cuestión del estatus de los indios y su relación con los europeos fue la más fundamental y filosóficamente significativa de todas las cuestiones abordadas por los teólogos del siglo XVI.²⁵ Sus implicaciones políticas difícilmente pueden sobrevalorarse, pues estaba ligada a la legitimidad misma del gobierno regio en América y, a fin de cuentas, a la fuente de la autoridad real en América.²⁶ También se vinculaba con el estatus de delegados regios del que gozaban los colonizadores españoles. Definido el indio como súbdito del rey —por Vitoria y por otros intelectuales prominentes—, la cuestión de la soberanía del rey estaba sobre la mesa, al igual que su sometimiento a la ley de Dios. Los teólogos discípulos de Vitoria que trabajaron de este lado del Atlántico aprovecharían el tema del papel de los españoles como delegados reales para promover sus propios proyectos de delimitar espacios para el indio, la Corona, el encomendero y, por supuesto, el clérigo en la sociedad que contribuían a formar.

Durante la conquista y colonización de América, la Corona española otorgó grandes concesiones a aquellos hombres dispuestos a arriesgar la vida en aras de gloria y riqueza, y ofreció privilegios considerables a los conquistadores sobre las tierras y los pueblos conquistados. Las cesiones eran tan extensas que —para mediados del siglo XVI— la Corona había establecido una política para reconquistar a las Indias de los conquistadores (Margadant, 2011: 66). La institución que dio forma jurídica a los privilegios del conquistador fue la *encomienda*. Se trataba de una concesión de mano de obra india en favor de un español, originalmente otorgada por el capitán —o líder— de una expedición de conquista.²⁷ Los indios pagaban un tributo o bien trabajaban las tierras privadas del encomendero —conocidas como *estancias*—, las cuales eran también otorgadas por los méritos del conquistador en la empresa de la conquista. Un elemento determinante para entender la encomienda es que se suponía que se establecía en beneficio de los indios, pues asignaba la responsabilidad de su evangelización al encomendero.²⁸

En su política de reconquistar América de los conquistadores, la Corona acotó el poder de los encomenderos de varias maneras. La más importante consistió en atacar directamente la base del poder de los encomenderos (esto es, de los conquistadores): la Corona se declaró directamente responsable de la protección de los indios. La “cuestión india” se resolvió determinando que los indios eran humanos, y potencialmente iguales a los europeos, pero con necesidad de una protección especial.²⁹ Para dicha protección y orientación se recurrió al clero. Fue a través de la sustracción de su base de poder (*i. e.*, la mano de obra india) y de la configuración de la autoridad rival (*i. e.*, el clero) como los conquistadores fueron controlados más de cerca por la Corona.³⁰

Determinar cuál era el debido alcance de la encomienda fue, entonces, una cuestión central a la hora de construir el orden colonial. La mano de obra india era una de las principales fuentes de riqueza para todos los españoles, pero sobre todo para los encomenderos. Así, la determinación de maneras y grados de explotación legítima de la mano de obra india era crucial para limitar el poder de los conquistadores (y sus descendientes). La población india también era un premio codiciado por los clérigos, y en consecuencia, las órdenes religiosas mendicantes y el clero regular se peleaban su tutela. Los frailes regulares lideraron la conversión de los indios, viviendo entre ellos y aprendiendo su idioma. Fueron instrumentales en la transformación de las comunidades indias bajo un modelo español, reuniendo poblaciones indias anteriormente dispersas en concentraciones conocidas como *reducciones*.³¹ A través de una dispensa especial, se permitió que los clérigos regulares hicieran trabajo de parroquia, lo que normalmente hubiera sido trabajo del clero secular, y así llegaron a controlar los poblados indios durante las primeras décadas de la colonización (Lockhart y Schwartz, 1983: 109). La mayoría de los clérigos eran relativamente educados, y entre ellos se encontraban algunos de los intelectuales más poderosos de su tiempo. Este capital intelectual privilegiado y su cercanía a la población india hicieron de los clérigos regulares los protagonistas en la empresa intelectual de categorización y definición de los componentes de la nueva sociedad. Como se ejemplifica a continuación, algunos de ellos en forma esmerada para definir las relaciones con los encomenderos y, específicamente, la naturaleza de su vínculo con la Corona.

La misión de los frailes era salvar las almas de un gran número de personas que, según creían, la Divina Providencia había puesto en su camino porque deseaba que fueran evangelizadas. Lucharon para proteger a su nuevo rebaño de la explotación que, literalmente, amenazaba con exterminarlo. Lo hicieron mediante la delineación y defensa de los derechos de los indios, y al hacerlo, el clero regular también contribuyó al avance de los intereses regioes de acotar el poder de los encomenderos. La relación de estos clérigos con la encomienda era tensa, ya que, en teoría al menos, recibían su salario de y respondían al encomendero. En la práctica, demostraron ser bastante independientes. Su autonomía relativa los liberó del control del encomendero³² y de la jurisdicción del arzobispo.³³

*Alonso de la Vera Cruz*³⁴

El teórico más importante de la encomienda fue también el intelectual más prominente de la Nueva España del siglo xvi. Alonso Gutiérrez nació hacia 1507, cerca de Toledo. Estudió latín y retórica en la Universidad de Alcalá, y más tarde filosofía y teología en Salamanca, bajo la tutela de Francisco de Vitoria. Al titularse, y después de ordenarse como sacerdote, dio clases de filosofía en Salamanca de 1532 a 1535, cuando la orden agustina lo reclutó para que fuera a la Nueva España como profesor de arte y teología. A su llegada al puerto de Veracruz, en 1536, solicitó ser admitido en la orden y tomó el nombre de la ciudad como suyo propio: Alonso de la Vera Cruz (o Veracruz).³⁵ Cuando la Universidad de México abrió sus puertas, en 1553, Alonso de la Vera Cruz fue el primer profesor del principal curso de teología, Sagradas Escrituras (discutiblemente la cátedra más importante en ese momento). Poco tiempo después se creó un curso especial de teología, dedicado a Tomás de Aquino, especialmente para que Vera Cruz lo enseñara.

El texto de fray Alonso que se analiza más adelante se originó a partir de su labor como profesor universitario. Al final del año escolar, los profesores dictaban una clase especial, la *relectio*. Mientras las clases normales durante el año consistían, literalmente, en la lectura de un texto específico y un comentario directo sobre el mismo, estas clases especiales, o *relecciones*, abordaban materias indirectamente relacionadas con los textos estudiados a lo largo del año. Se trataba de un contexto académico especial, de la culminación del año escolar, donde los más prominentes miembros del gremio exponían las materias más importantes para la comunidad docta. La posición prominente de Vera Cruz en la universidad hacía que su *relectio* fuera particularmente importante. De las relecciones de este tipo, impartidas por él, sólo sobreviven las dedicadas al curso especial sobre Aquino (las que debe haber impartido sobre las Sagradas Escrituras se perdieron).³⁶ Publicadas con el título *De dominio infidelium et iusto bello*, las relecciones que se rescataron son el enfoque de nuestra investigación. Versaban sobre las justificaciones para ejercer soberanía sobre los indios y las razones justas para hacer una guerra en su contra. Concluyó que existen varias razones para hacer una guerra justa contra los indios. Lo que aquí interesa, sin embargo, no son sus conclusiones, sino las definiciones que utilizó para llegar a ellas.³⁷

Dominium

La Duda I de *De dominio infidelium* inicia con la pregunta sobre si, habiendo alguien recibido a un poblado indio en encomienda sin justo título, puede de todas maneras recibir el tributo correspondiente.³⁸ Su preocupación principal radica en la cuestión del dominio justo. Según Vera Cruz, el dominio justo puede provenir ya sea de la voluntad de la comunidad, al otorgar facultades a terceros, o bien directamente de la voluntad de Dios (como en el caso del rey David) (I.6). A falta de elección divina explícita, el dominio debe provenir de la comunidad y, por ende, la persona o personas que ejercen el dominio tienen aquellas facultades que la comunidad les confiere, para la procuración del bien de la propia comunidad (I.7). El bien común es el propósito (causa final) del dominio. Vera Cruz inmediatamente saca una primera conclusión normativa: antes que otra cosa, el derecho de recaudar impuestos, pues si quien gobierna (esto es, ejerce el dominio) lo hace por el bien de la comunidad, la comunidad debe mantenerlo (I.8). Un análisis más de cerca revela que Vera Cruz ha dejado implícitas otras causas aristotélicas hasta este momento. Existe, para empezar, una causa final/causa formal:³⁹ conseguir el bien de la comunidad; una causa eficiente que es la comunidad misma (aunque podría alternativamente ser Dios) y la primera de las causas materiales del dominio: la facultad de recaudar impuestos. El autor tiene una primera definición funcional de dominio.

Lo que sigue es una exploración de esta tosca definición, desempacando algunas distinciones relevantes y descifrando las consecuencias que siguen a esta noción de dominio, en lo que para el lector promedio debieron haber sido entonces situaciones conocidas y relevantes. Una vez identificados los elementos clave del dominio, Vera Cruz prosigue con las personas que ejercen el dominio sobre las repúblicas, y analiza la manera en la que asumieron el poder. En virtud de la transferencia del dominio de parte de la comunidad o de la república misma, el emperador ejerce el dominio sobre su imperio y el rey sobre su reino; los rangos inferiores de gobernantes pueden recibir el dominio de la república de manera implícita e indirecta, como ocurre con el delegado del rey o del emperador, o bien de manera explícita y directa a través de la delegación por parte de la república misma (I.9).

Como el propósito del dominio y de la delegación del dominio es servir al bien de la república, cuando el bien de la república no resulta de la delegación del dominio (ofrece como ejemplos la tiranía y los impuestos excesivos), no habrá un título suficiente para ejercer el dominio; en tal caso, el delegado no tendría el título justo y el rey o emperador excedería su mandato (I.11). En otras palabras, si la delegación del dominio no cumple su propósito, no es una delegación de dominio propiamente dicha.⁴⁰

Vera Cruz hace explícitas las distintas posibilidades mediante las cuales los que ejercen dominio sobre una comunidad lo han asumido; a saber:⁴¹ 1) recibieron el dominio por medio de una donación del emperador (delegación); 2) fueron comisionados por el gobernador fungiendo en el lugar del rey;⁴² 3) lo recibieron de alguien que no estaba autorizado para transferirlo, o 4) tomaron posesión del pueblo sin oposición (I.12). La primera y la segunda posibilidades no son problemáticas. Si alguien ejerce dominio sobre un pueblo por delegación del emperador, posee lícitamente⁴³ y lícitamente recibe el tributo adecuadamente moderado (I.14). Esta afirmación la cualifica de dos maneras. Primero, Vera Cruz aclara precisando que esto es así *siempre y cuando* el emperador es “señor verdadero” (es decir, si posee el dominio justo de la comunidad), explicitando, en el siguiente párrafo (I.15), que si el emperador posee injustamente, también lo hace aquel que posee por su delegación. En segundo lugar, aborda la cuestión del carácter “adecuado” del tributo. Si el tributo excede la capacidad de aquellos que son objeto del dominio (si recaudan más de lo que se puede recaudar sin causar daño, anulando el bien que los súbditos reciben del ejercicio de dominio por parte del señor), el tributo es injusto, y si el emperador no puede exigir un tributo injusto, su delegado tampoco.

Continúa abordando consecuencias más específicas y más explícitas (las cuales dicen mucho sobre los problemas concretos que a Vera Cruz le preocupaba resolver): el encomendero no puede tomar más de lo que el emperador puede tomar justamente (I.17); el encomendero puede tomar lo que el emperador tiene derecho a tomar si recibe el dominio justo del emperador, aun cuando la comunidad esté en contra de la delegación (I.19); los encomenderos reciben ilícitamente todo aquello que exceda la cantidad que el emperador ha establecido explícitamente que puede recibir el encomendero (I.20).

Entre más avanza Vera Cruz, más se adentra en los detalles de las consecuencias normativas aplicadas a casos específicos. Por ejemplo, en lo que se refiere a la tercera posibilidad, para que alguien asuma el dominio —que el encomendero reciba la encomienda de alguien que no sea el poseedor del dominio o alguien autorizado por éste para delegarlo—, Vera Cruz sostiene que en tal caso el dominio se ejerce de manera injusta, sin importar si el tributo que se extrae es justo o no (I.21). Va más allá diciendo que el poseedor del dominio es uno de tres: el emperador (que, Vera Cruz no se cansa de recordarnos, es, hasta ahora, una mera suposición sin probar), el señor indio original o la república misma. Si el encomendero ha alcanzado la posesión de la república sin el

consentimiento de uno de estos tres, sino por medio de la fuerza, posee injustamente (I.22).

Vera Cruz continúa desempacando consecuencias normativas de su definición de dominio. Cada vez son más específicas y ligadas a situaciones que, evidentemente, eran ejemplos relevantes tomados de la vida real. Por ejemplo, considera el caso de las encomiendas distribuidas por el gobernador (quien recibe autoridad del rey o del emperador para distribuir beneficios) y especifica que el gobernador actúa correctamente si distribuye tributos y tierra, e incorrectamente si distribuye personas, pues la distribución de poblaciones requiere una potestad especial del rey (I.24).⁴⁴ O bien que las encomiendas no pueden ser transferidas mediante una venta o donación por parte del encomendero (I.26), y solamente pueden ser delegadas por el emperador (I.27).⁴⁵ El cuarto caso que menciona Vera Cruz en el párrafo I.12, resumido anteriormente, donde alguien toma posesión de una encomienda mediante la fuerza, genera la obligación del encomendero de restituir todo el tributo sustraído de la comunidad (I.32); especifica, sin embargo, que no es necesario restituir el dominio en sí, ya que se debe considerar que el dominio permaneció siempre en poder del pueblo (I.33). Más adelante examina casos en los que el rey delegó el dominio basándose en testimonio o documentos falsos (I.34, I.35 y I.36), y la cuestión de si una encomienda adquirida injustamente puede justificarse con el paso del tiempo (I.41).

En sus conjeturas abstractas y especulativas, a Vera Cruz lo impulsa lo concreto y lo real. Conforme su reflexión aborda situaciones más detalladas y concretas, no solamente ofrece soluciones normativas a los problemas concretos de su época, sino que también pone en tela de juicio el *statu quo* y se encamina hacia la denuncia de lo que desaprueba. Al analizar el tema de si el dominio asumido por la fuerza debe considerarse como aceptado tácitamente, porque los indios no rechazan a los españoles, Vera Cruz dice que son incapaces de lograrlo porque los españoles “los devoran como manjar de pan, los despojan, los desgarran, los destruyen, y de ningún modo los defienden”. Y agrega, al final del párrafo, a manera de contestación a quienes descalificarían su dicho: “soy testigo de vista” (I.44).

En síntesis, la estructura de la Duda I es la siguiente. En los primeros párrafos, Vera Cruz presenta a sus lectores los elementos necesarios para captar el concepto de dominio. No formula explícitamente el concepto como definición, sino más bien presenta los elementos de una definición. Luego emprende una serie de preguntas y consecuencias cada vez más complejas, detalladas y

concretas, que seguramente iban dirigidas a un público específico. El esquema básico debe ser ya conocido, pero ahora podemos verlo claramente en acción:

- 1) Se identifica la causa final al igual que las causas eficientes y materiales (y siendo el fin tanto causa final como formal, las cuatro causas están completas).
- 2) Se realiza una serie de distinciones que nos presentan cuestiones cuyas respuestas se justifican mediante la referencia a los elementos básicos previamente establecidos.
- 3) Se construye una serie creciente de consecuencias normativas cada vez más complejas y detalladas, mediante más distinciones y la explicitación de más consecuencias normativas.⁴⁶

La encomienda y Vera Cruz

La Duda I en *De dominio infidelium* define el dominio e identifica la encomienda como una delegación de dominio. El dominio definido en la Duda I no es específico: se refiere de igual manera a la soberanía del rey, la posesión del señor y las prerrogativas del encomendero. En la Duda II, el texto aborda la cuestión de si quienes poseen un dominio justo tienen la obligación de instruir a los indios sobre la fe católica (II.46). La pregunta permite a Vera Cruz distinguir la encomienda de la posesión simple de dominio, y así especificar aún más sus definiciones respectivas y sus correspondientes consecuencias normativas.

La Duda II inicia empleando la definición de dominio establecida en la Duda I para tratar de responder a la pregunta de si existe, para el encomendero, la obligación de instruir a los indios en la fe católica. Para Vera Cruz, la definición general de dominio no requiere la instrucción de los indios, sino sólo que el tributo que se les extrae sea moderado (II.48). Además, si el emperador asumió el dominio mediante una guerra justa, tiene el derecho de recaudar impuestos aun si sus súbditos no quisieran convertirse, y lo mismo aplica para quien ejerce dominio porque se lo delegó el emperador (II.49). No obstante, Vera Cruz rechaza que los encomenderos que reciben la encomienda del emperador, que posee dominio justamente, posean justamente, independientemente de si satisfacen o no la condición de instruir a los indios en la fe católica. Busca argumentar que la existencia de la encomienda depende de la instrucción de los indios en la fe católica. Lo hace diciendo que cuando alguien dona, lo hace “por alguna causa final”, por lo que el *propósito* de la donación debe ser satisfecho para que la donación “se mantenga”.⁴⁷ Dado que el emperador otorga un pueblo

(en encomienda) con el propósito de instruir a los indios en la fe católica, esta condición debe ser cumplida para que la encomienda pueda existir (II.50).

Lo que Vera Cruz está haciendo en esta Duda es agregar una causa final inmediata (la evangelización) a la definición de encomienda. Así, la distingue de la definición general de dominio, con la que la encomienda compartía la causa final mediata (conseguir el bien común de la república). Ya en la Duda I, párrafo 11, había establecido que todo dominio, ya sea otorgado directamente por la república o indirectamente delegado por quien lo recibe de la república, debe satisfacer el mismo fin: conseguir el bien de la república. Aquí, sin embargo, agrega un fin inmediato a la delegación del dominio (*i. e.*, la encomienda): la instrucción de los indios en la fe católica.

La instrucción de los indios no es un fin que deba satisfacer el emperador (por lo menos no conforme a la definición de dominio). El emperador recibe el dominio directamente de la república y está obligado solamente a buscar el bien público. En contraste, la evangelización es un fin que el encomendero debe procurar para poder justificar su forma específica de dominio, pues se trata de un fin que *el rey* busca en el acto de delegación: un fin que Vera Cruz proyectará como una condición a la que está sujeta la delegación y que el encomendero debe necesariamente satisfacer (II.54).⁴⁸ Vera Cruz pudo haber llegado a la obligación de instrucción diciendo que la noción de “el bien de la república” requería que la república estuviese organizada con miras a conocer la fe verdadera. De hecho lo dice más adelante en los párrafos 56 y 57, pero lo dice sólo después de distinguir el dominio del rey del dominio del encomendero mediante esta *condición* específica ligada a las definiciones de la encomienda misma. Al no elegir ese camino desde un principio, Vera Cruz elige poner la carga sobre el encomendero, independientemente de que después le pusiera carga al rey por otras vías. También liga la obligación de la instrucción directamente a la definición específica de la encomienda, y la coloca como condición necesaria de la cesión real.⁴⁹ Este condicionamiento al encomendero hacía de la encomienda algo altamente vulnerable. La instrucción de los indios era una condición *específica* de la encomienda: si no se cumplía, no había encomienda propiamente hablando. El caso del dominio era distinto. Si el emperador que ejercía el dominio no instruía a los indios, había muchos otros fines específicos que podía satisfacer en busca del bien común de la república. Así, el *dominium* del rey no dependía específicamente de la instrucción de los indios. Nuestro fraile añade un importante elemento al dominio al construir su definición de encomienda: el fin buscado por el rey en la donación de la encomienda es procurar el bienestar

espiritual de los indios. Por consiguiente, el encomendero tiene la obligación de procurarlo.

El resto del ensayo sigue un patrón similar donde se agregan o especifican propósitos adicionales para sacar consecuencias normativas cada vez más detalladas. Por ejemplo, en el II.76, Vera Cruz menciona otro propósito de la encomienda:⁵⁰ remunerar a los españoles que permanezcan entre los nativos para así inspirar que la fe verdadera se enraíce entre ellos (II.76). De este propósito, saca consecuencias en cuanto a la cantidad correcta de tributo que se ha de exigir “[...] sólo para un sustento congruente con personas cristianas, no para llevar una vida de pompa y lujuria [...]” (II.77), y las cantidades correctas que se han de restituir en caso de que el encomendero haya sido negligente anteriormente (II.76).

En general, el ensayo lleva a soluciones normativas más y más concretas para problemas específicos. Al final, permite una reglamentación bastante extensa de la encomienda, que se desarrolla a partir de la definición misma. Este tipo de cuestiones específicas incluyen casos en los que los encomenderos fueran negligentes al proveer recursos espirituales —como tener a sacerdotes competentes— para los indios, una vez que éstos hubiesen sido convertidos (II.80), o aquellos que impidieran que los sacerdotes se instalaran en pueblos bajo su dominio (II.82). Los detalles de la regulación incluyen lo que el encomendero ha de proveer para aquellos que atienden las necesidades espirituales de sus indios: sustento adecuado, en el caso del clero regular; un salario, en el caso de los sacerdotes seculares (II.83); vino, cera, campanas y otros utensilios necesarios para el culto (II.84). En el caso de un encomendero que hace todo lo posible por encontrar un sacerdote adecuado, pero no lo encuentra, debe regresar a los indios la parte del tributo que estaba destinada a la celebración del culto (II.89). La lista es larga y cada vez más detallada.

En resumen, Vera Cruz vincula las soluciones normativas detalladas de asuntos prácticos específicos a un sistema conceptual que es presentado como determinándolas. El aparato conceptual total se construye y se utiliza a través de la metodología teleológica-conceptual descrita en el capítulo I, y ejemplificada en el texto resumido en los párrafos anteriores. Vera Cruz construye conceptos sobre la plataforma de las cuatro causas, privilegiando la causa final, y luego deriva consecuencias normativas de estos conceptos. El ejercicio de derivar consecuencias normativas de una realidad definida está íntimamente relacionado con la construcción teleológica de la misma. Sin embargo, debemos tener cuidado al creer que las consecuencias normativas a las que Vera Cruz llega son resultado de sus premisas y su metodología. Los resultados sustantivos de su

investigación van de acuerdo con lo que esperaríamos de un monje novohispano del siglo XVI, interesado en promover los intereses de su clase: los encomenderos deben recibir con buenos ojos a los clérigos que atienden a los indios a su cargo y responsabilizarse de los costos de su trabajo. Asimismo, deben explotar a los indios moderadamente. De otro modo, las conclusiones de Vera Cruz conllevan la amenaza de perder su encomienda.

MERCADERES

Había otros problemas fundamentales en el desarrollo de la sociedad colonial, que no requerían la definición de conceptos e instituciones nuevas, o sin definir previamente. En ocasiones, conceptos, personas o instituciones ya establecidas eran problematizadas y exigían ser redefinidas. Aunque estas reformulaciones no necesariamente aludían explícitamente a un contexto nuevo o alterado, claramente estaban motivadas por los cambios en las prácticas españolas que la conquista y la construcción de las sociedades coloniales de América engendraban.

Una de estas reformulaciones fundamentales fue la de los mercaderes y sus negocios. Los mercaderes no eran nada nuevo en la España del siglo XVI. Sin embargo, esta clase vivió profundas transformaciones como resultado de la colonización. Los mercaderes abastecían a las nuevas colonias, ricas en minerales, de bienes manufacturados y otros insumos para las actividades torales de la economía colonial, o bien de los artículos de lujo más codiciados. Los mercaderes llegaron a controlar el flujo de plata proveniente de la Nueva España y, a la postre, su minería misma. Los mercaderes controlaban las dos empresas más redituables ligadas a la Nueva España: la plata y el comercio de bienes de lujo provenientes del Lejano Oriente a través de Filipinas, y que llegaban hasta España vía los puertos del Pacífico y del Atlántico novohispanos.⁵¹ Su poder económico se articulaba en las ciudades capitales de México y Lima a través de los *consulados* o gremios de mercaderes. Estos gremios tenían interés en influir sobre los rangos medios y superiores de la tesorería real, y lo hacían mediante su condición de financieros de las economías coloniales. “La participación económica y política tan fuerte condujo al cambio social correspondiente; el mercader exitoso comenzó a tener como expectativa pasar el resto de su vida en las Indias, casándose y estableciendo su familia ahí” (Lockhart y Schwartz, 1983: 153) [trad. del autor].

Los mercaderes se convirtieron en parte de la élite social de las nuevas sociedades. Por consiguiente, se esforzaron por integrarse en el sistema de valores de la élite de viejo cuño: el linaje y la devoción religiosa (Chocano, 2000: 219). Se volvieron mecenas de obras piadosas y se casaron con integrantes de familias del estatus más alto, para poder así integrarse con éxito. Antes de que se diera la integración total, el negocio del mercader, tan atado a las finanzas, tuvo que ser replanteado en términos aceptables para una sociedad incondicionalmente católica que reprobaba la usura calificándola de pecado. Los mercaderes tuvieron que adaptarse al sistema de valores de la élite. Para ello, la empresa mercantil tuvo que ser redefinida y se le asignó un *fin* distinto de la ganancia. La ideología que se desarrolló para esos efectos sostenía que los mercaderes se dedicaban al comercio para contribuir al bien común. Esto tendría como resultado que, a finales del siglo XVII, grandes cantidades de capital se invirtieran en obras piadosas, lo que también les valió a los mercaderes entrar a la red de relaciones clientelares que arropaban a las burocracias civil y eclesiástica (Chocano, 2000: 227).

Tomás de Mercado⁵²

Fraile dominico y profesor de la Universidad de México, fray Tomás de Mercado escribió un tratado sobre el tema de los mercaderes y sus negocios: *Summa de tratos y contratos*. Nacido en Sevilla, España, Mercado se mudó a México a temprana edad. Se ordenó en 1553, el año en el que fue inaugurada la Universidad de México. Profesor de teología y prior de su convento en la Ciudad de México, Mercado eventualmente regresó a España, donde continuó sus estudios en la Universidad de Salamanca, para luego volverse consejero moral del gremio de mercaderes de Sevilla. Murió cuando regresaba a la Ciudad de México en 1575.

La *Summa de tratos y contratos*, escrita en español a petición del Consulado de Mercaderes de Sevilla, se publicó primero en Salamanca en 1569.⁵³ El propósito confeso de Mercado era informar al gremio de mercaderes sobre cómo realizar sus negocios distinguiendo lo lícito de lo ilícito [E.2] (Mercado 1975: 81-82).⁵⁴ Aunque fue impresa en España, la obra está repleta de ejemplos concretos de las Indias, lo cual apunta a cuán influyente era América para el tema y para el autor personalmente.⁵⁵ Analizaré algunos ejemplos tomados del tratado, en los que Mercado construye distintos conceptos sobre la plataforma de las cuatro causas y de ellos desprende consecuencias normativas.⁵⁶ Los ejemplos en el

tratado son muchos, pero las páginas a continuación presentan solamente los más ilustrativos.

Contratos

El libro I coloca la piedra angular de la estructura del tratado de Mercado: los contratos.⁵⁷ En sus tres capítulos, el autor construye un concepto funcional de contrato. Primero, en los dos primeros capítulos, Mercado identifica la causa final de los contratos como el ejercicio de la virtud de la justicia. El tercer y último capítulo del libro I ahonda sobre el tipo específico de justicia que gobierna los contratos. Esto permite a Mercado identificar quién puede ser parte de un contrato y cuál ha de ser el objeto del intercambio, las causas eficientes y materiales de los contratos.

En el capítulo segundo, Mercado identifica la causa final (el propósito o fin) a la que debe aspirar la acción de intercambiar (el contrato). Como primer principio de la ley natural, el hombre ha de procurar el bien y rechazar el mal. En la sociedad, esto se logra mediante el ejercicio de la virtud de la justicia. Por ende, los intercambios sociales deben procurar la justicia. En el intercambio de bienes, la justicia exige igualdad. La justicia, en forma de igualdad, es el fin propio de un contrato.⁵⁸ El capítulo tercero abunda sobre la justicia como el fin propio de los contratos. Mercado dice a sus lectores que existen dos maneras de procurar justicia. La primera es la justicia legal, que es la justicia que proporciona un juez de conformidad con la ley en caso de un pleito civil o criminal (I.3.60).⁵⁹ El segundo tipo de justicia es la justicia conmutativa, que debe ejercerse por todos, príncipes y vasallos por igual (I.3.64). La justicia conmutativa se encuentra, sobre todo, en los contratos entre hombres, algunos de los cuales son tan frecuentes que hasta tienen nombres específicos, y otros no, pero todos son justos, siempre y cuando las personas intercambien con igualdad (I.3.65).

Hasta ahora, Mercado ha identificado la causa final de los contratos (justicia conmutativa), la causa eficiente (las partes contratantes) y la causa material (intercambiar bienes de igual valor). Tiene así un concepto funcional de contratos y puede derivar reglas específicas que han de regir contratos particulares. Brevemente describe algunas de estas reglas para los contratos más frecuentes con el fin de ejemplificar que, para poder ser lícitos, éstos tienen que satisfacer la exigencia de igualdad. Comprar de contado se presume justo (I.3.65). Vender a crédito, “al fiado”, a un precio mayor del que se pagaría de contado, al contrario, es injusto (I.3.67). Un préstamo se considera “excelente,”

pero cobrar interés constituye usura, y aceptar el interés es injusto (I.3.68). Y así sucesivamente.

Mercaderes y negocios

El libro II se enfoca en los mercaderes, es decir, en la actividad dedicada a los negocios. En el capítulo I, Mercado anuncia su propósito al escribir sobre los modos propios de hacer negocios: la explosión del comercio que se dio con la llegada de los españoles a las Indias Occidentales, donde la riqueza mineral abunda y todo lo demás es escaso (II.1.81), tuvo como resultado que Sevilla se convirtiera en el centro del comercio mundial (II.1.85). Pero los que se dedican a los negocios a menudo pecan y yerran, seguramente por ignorancia. Mercado se propone informar a los mercaderes sobre las condiciones propias del estatus del mercader (II.1.86-87).

El capítulo IV ofrece el primer elemento para definir los negocios como ocupación. Mercado abre el capítulo nombrando dos posibles fines o intenciones de vender o comprar: para provisión de la familia (consumo) o para obtener una ganancia. El primer tipo de intercambio, que tiene como fin el consumo, no es sólo lícito, sino que es también una obligación (II.4.110). El segundo consiste en adquirir mercancía intercambiable (tal como vino, aceite o granos) para transportarla o retenerla con el propósito de revenderla más tarde por más de lo que costó. Este segundo tipo de intercambio requiere, además, la procuración de un buen fin. Existen muchos fines buenos posibles, pero el más indicado es la provisión de bienes que hacen falta en la república (II.4.111). Mercado nos ofrece así el fin específico de los negocios: abastecer a la república. De esta manera liga la actividad de los mercaderes con el bien mismo de la república. También establece un segundo fin propio de los negocios: hacer posibles las limosnas y remediar las necesidades ajenas (II.4.113). Un tercer y menor fin de los negocios —que él identifica como el de proveer para el sustento propio— también está permitido, ya que el caso de los mercaderes es como cuando los abogados y los doctores se sustentan a sí mismos (aunque, aclara, la actividad de mercar no es tan honorable como las dos últimas [II.4.114]).

Hasta ahora, Mercado ha presentado la causa eficiente (el mercader) y la causa material (intercambiar mercancías como vino, aceite y granos) de los negocios, al igual que varias causas finales: la más importante, el bien de la república; dar limosna, la segunda, y la última y menos importante, mantener a la familia. Inmediatamente se desprenden consecuencias normativas: la

ganancia debe ser moderada;⁶⁰ los bienes existentes deben proveerse mientras que reduzcan el precio, aun cuando el mercader no obtenga ganancia (siempre y cuando no sufra pérdidas [II.4.112]). Otras consecuencias normativas son abordadas en el capítulo v. Los mercaderes no deben poseer casas grandes, o tener muchos sirvientes, joyas o habitaciones, ya que todo esto proviene de las ventas a los demás ciudadanos, quienes al ver la riqueza acumulada tendrán razón para creer que han sido estafados (II.5.119). Los mercaderes deben dar mucha limosna, ya que tienen la obligación de hacerlo como uno de los fines propios de los negocios; pero Mercado advierte: aun si éste no fuera el caso, es muy probable que, dada la frecuencia con la que los mercaderes realizan tratos, hayan pecado sin saberlo cobrando un precio mayor del justo en alguno de sus muchos negocios, y deben dar limosna para contrarrestar tales pecados (II.5.122).

Mercado especifica más consecuencias que se desprenden de sus definiciones de contrato y mercader. Por ejemplo, detalla las prerrogativas de la república en cuanto a los negocios. En el capítulo vi nos dice que como el fin propio de los negocios es el beneficio de la república, las autoridades de la república, teniendo la obligación de obtener el máximo beneficio para sus ciudadanos, tienen tres prerrogativas en cuanto a los negocios. Primero, expulsar a los mercaderes (especialmente los extranjeros); segundo, reservar el intercambio de algunas mercancías a los oficiales de la república y, por último, fijar precios (II.6.134). De estas prerrogativas, la más interesante es la de fijar precios. Mercado cita a Aristóteles al decir que el precio se fija no por el valor intrínseco de una cosa, sino por nuestras necesidades (II.6.142), y da muchos ejemplos de cosas de gran valor en una sociedad (como la plumaria en Nueva España, antes de la llegada de los españoles) que no valen nada en otra (como el oro y la plata, de gran valor para los europeos, no valen nada en La Florida). Así, el precio de las cosas no viene de la naturaleza. Por eso corresponde establecerlo a la república, constituida para atender las necesidades del hombre no provistas por la naturaleza (II.6.147). Además, puesto que comprar y vender son actos de justicia conmutativa (como ya lo estableció en el Libro I) que requieren igualdad, y dado que en las ventas se intercambian cosas distintas (*i. e.*, un caballo a cambio de dinero, por ejemplo), es difícil medir qué constituye un intercambio justo. Pero si la república fija el precio, todos seguirán ese precio y negociarán al mismo precio (II.6.148). Si existe un precio común conocido, nadie podrá engañar ni ser engañado (II.6.149).⁶¹ El gobierno debe fijar los precios dado el vínculo esencial entre el intercambio y la igualdad, es decir, porque el intercambio se define como función de la justicia entendida como igualdad.

Seguramente eran los asuntos más complejos, detallados y específicos los que interesaban a los lectores de Mercado. Era en las cuestiones concretas y complejas en las que el consejo de un letrado era más valioso, y Mercado ofrece bastantes consejos a lo largo de su tratado.⁶² Para nuestros propósitos, basta haber visto cómo los conceptos básicos que Mercado utiliza se construyen usando la metodología teleológico-conceptual de la escuela de Salamanca. Aquí, al igual que con Vera Cruz, el contexto es clave para entender la empresa intelectual del autor. En sus referencias a las Indias, y en las motivaciones que Mercado aduce para la elaboración de un tratado tan extenso, podemos ver que su interés reflejaba las circunstancias cambiantes de los inicios de la empresa imperial española en América.

BURÓCRATAS ECLESIASTICOS

Hacia el siglo XVII habían surgido nuevos grupos sociales autóctonos en la América colonial. Antes que nada estaban los criollos, españoles nacidos en América. Otros grupos raciales y sociales, cada vez más difíciles de ubicar en la categorización racial de los españoles, surgían mientras que las tres razas principales daban origen a un sistema de razas mixtas cada vez más complejo.⁶³

Los nombramientos regios para altos cargos gubernamentales se otorgaban frecuentemente a españoles peninsulares y no a criollos. Los criollos, que reclamaban legitimidad como herederos de la gloria y el mérito de los conquistadores, vociferaban su protesta ante esta preferencia. Generación tras generación, exigían un incremento tanto de espacios en cargos públicos como de beneficios. La distribución de puestos burocráticos —y los beneficios correspondientes— fue un tema controvertido durante todo el periodo colonial. La distribución apropiada de los beneficios (cargos), asunto crucial conforme la sociedad colonial maduraba hacia el siglo XVII, también necesitaba definiciones y soluciones normativas para cuestiones específicas. En 1609, un discípulo distante de los teólogos neotomistas, descendiente de una prominente familia de conquistadores, Juan de Zapata y Sandoval —agustino y profesor de filosofía y teología—, escribió un tratado sobre la justicia distributiva. El último ejemplo que abordaremos proviene de su obra.

Como se explica más arriba,⁶⁴ la rivalidad entre criollos —en su mayoría clérigos seculares— y peninsulares —en su mayoría abogados civilistas de la Audiencia—⁶⁵ se reflejó en la universidad. La burocracia en la Iglesia se convirtió en la mejor alternativa para los aspirantes criollos, en comparación con los pocos

prospectos que ofrecía la burocracia civil. Sin embargo, el proceso no fue automático. Como veremos en las páginas siguientes, los criollos también tuvieron que batallar para ganar su lugar dentro de la burocracia eclesiástica. La articulación de argumentos a favor del nombramientos de criollos en las burocracias reales, tanto la civil como la eclesiástica, respondía a la importante y específica dinámica que se desarrolló conforme los distintos grupos sociales de la colonia maduraron y tallaron su lugar en la sociedad emergente. En este caso podemos ver cómo los criollos ilustrados expresaban su exigencia de contar con una esfera de influencia más amplia, pero debemos tener en mente el complejo contexto, que incluía a las instituciones coloniales más importantes, entre ellas la Audiencia, el virrey, la universidad y, por supuesto, el rey.

*Juan Zapata y Sandoval*⁶⁶

Los detalles de la vida de Juan Zapata y Sandoval son inciertos. Nació probablemente en 1546 o 1547 en la Nueva España. Se ordenó alrededor de 1571. Fue nombrado obispo de Chiapas en 1613 y, después, de Guatemala en 1621, donde murió en enero de 1630. Entró a la orden agustina en 1563. Algunas fuentes mencionan que dio clases de filosofía y teología en el Colegio de San Pablo en la Ciudad de México, y luego, de sagrada escritura en el Colegio de San Gabriel en Valladolid, España. Otras fuentes lo ubican como profesor de teología en la universidad de México por doce años. Aunque muchos de sus datos biográficos son contradictorios y confusos, sabemos que perteneció a una familia prominente en la Nueva España.⁶⁷

Publicó su *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta* (en adelante, *Disceptación*), en 1609, cuando estaba en España. Este tratado, que constaba de tres partes, era un comentario a la sección de la *Summa* de Tomás de Aquino conocida como *De iustitia et iure*, que otros teólogos, como el prominente salmantino Domingo de Soto, ya habían comentado en repetidas ocasiones (Beuchot, 1995: p. x). Ubicada perfectamente dentro de la tradición escolástica dominada por la obra de Aquino, la *Disceptación* transita una cadena de definiciones abstractas de justicia, derecho (*ius*), acepción⁶⁸ para después abordar preguntas específicas, como la de si los indios podían ser nombrados para puestos eclesiásticos (2.XI) o si las encomiendas debían ser otorgadas perpetuamente (3.V).⁶⁹

La primera parte de la *Disceptación* establece los conceptos básicos de los que el tratado se ocupará: justicia, *ius* y acepción. Zapata inicia el primer volumen de su obra con la definición de justicia: “Que la Justicia es la virtud que mira *ius* como a su objeto y que toda ella versa sobre el establecimiento de la igualdad entre el derecho de una persona y el deber de otra”⁷⁰ (1.I.1) (Zapata, 1999: 22). El resto del capítulo elabora en mayor detalle el concepto de justicia y aborda temas que ya deben resultarnos conocidos. Es una virtud que se puede ejercer mediante dos tipos de actos: darle a cada quien su derecho y reparar lo que ha sido dañado (1.I.2). Además, es una virtud que, a diferencia de otras, es fundamentalmente relacional: establece el balance apropiado entre los bienes de otros y los propios (1.I.6). Zapata especifica que las definiciones tradicionales que se refieren a una “voluntad firme y constante” de dar a cada quien lo suyo deben entenderse como si dijeran que es la voluntad lo que causa la acción, y no que la justicia es acción en potencia (la voluntad de hacer algo) (1.I.4). Como es relacional, la igualdad a la que aspira la justicia es la del objeto (el bien o el derecho) y no la del sujeto (1.I.7). Al final del capítulo tenemos una definición que satisface todos los elementos de la metodología teleológico-conceptual. La causa final es la igualdad entre el derecho y el deber, la causa eficiente es la voluntad y la causa material es una de las dos acciones paralelas, dar o restituir.

El capítulo II especifica el sentido en que deben entenderse justicia y *ius*. De las tres maneras en que se puede entender la palabra “justicia”,⁷¹ a Zapata le interesa la justicia como virtud cardinal, que consiste en la igualdad entre un derecho y un deber correspondiente. Este entendimiento de justicia se enfoca en la igualdad y es necesariamente relacional. El término *ius* es polivalente.⁷² Zapata se interesa en *ius* en el sentido de igualdad entre el derecho de uno y el deber de otro. Ése es el fin propio del actuar de acuerdo a la virtud de la justicia (1.II.10), “como se *muestra a partir de la definición misma* de justicia, dada arriba”.⁷³ Una vez establecidas y aclaradas las definiciones de justicia y de *ius*, Zapata procede, en el capítulo III, a especificar los distintos tipos de justicia (como virtud cardinal) (1.III).⁷⁴ Individualiza a la justicia distributiva como el tipo de justicia que rige la relación del todo con sus partes, es decir, la relación de la república con sus ciudadanos. Los bienes comunes de la república deben ser distribuidos entre los individuos de manera proporcional. Los iguales deben recibir porciones iguales, y los desiguales, porciones desiguales. Por consiguiente, la justicia distributiva se describe como “*la voluntad de otorgar a*

cada uno su derecho en la distribución de los bienes comunes”⁷⁵ (*ibid.*, 37) (1.III.7).

La definición específica de justicia distributiva tiene todos los elementos de una definición según las cuatro causas. La *voluntad* sirve de causa eficiente; la *acción de dar* sirve de causa material, y la *igualdad* entre lo que es debido y lo que se da (“a cada uno su *ius*”) es la causa final/formal. Zapata nos dice que la proporción de los bienes comunes asignados debe corresponder a la *dignidad* de cada persona (1.III.9). Concluye su tercer capítulo distinguiendo la justicia distributiva de la justicia conmutativa como especies distintas. Primero establece las similitudes: ambas se ocupan de dar a cada quien lo que es debido (es decir, *ius*) y ambas son formas de la justicia particular (a diferencia de la justicia universal, que es la justicia jurídica) (1.III.14). Difieren en la *ratio iuris* o en razón del *ius*.⁷⁶ En el caso de justicia conmutativa, la razón del *ius* (la apropiada asignación de derechos y bienes) es el *dominium* o propiedad, y los derechos asociados de usar, poseer o usar los frutos.

La justicia distributiva distribuye algo *más leve*, que es una “cierta dignidad o condición de la persona, porque es parte de la comunidad” (1.III.17) (Zapata, 1999: 40). Lo primero, el *dominium*, se asigna mediante el llamado principio aritmético de correspondencia estricta⁷⁷ (1.III.19), mientras que lo segundo, la dignidad, se asigna mediante el llamado “principio geométrico” de correspondencia proporcional⁷⁸ (1.III.20). La diferencia entre estos dos tipos de justicia, por lo tanto, tiene que ver con la causa material: *dominium* o dignidad.

Acepción

El concepto específico en el que se interesa Zapata es el *favoritismo* o *acepción*. “Acepción” (del latín *acceptio*) significa distinción o preferencia. El capítulo IV abre con una definición de *acceptio*: “el humano y desordenado miramiento, con que el bien común se distribuye, no conforme a los méritos o dignidad de las personas, sino conforme al favor y la gracia, cuando debiera hacerse por igualdad de Justicia”. (1.IV.1) (Zapata, 1999: 43).⁷⁹ La *acceptio* (en adelante, favoritismo) se presenta cuando la *causa verdadera* por la cual algo debe ser dado se excluye, es decir, cuando un aspecto de una persona se considera, cuando no debiera considerarse para ese asunto particular; por ejemplo, en la distribución de puestos eclesiásticos, la relación que alguien tenga con el distribuidor, y no sus méritos (1.IV.9).

La acción de distribuir se ubica bajo el favoritismo, y no bajo la justicia distributiva, porque una de las causas que constituyen la virtud de la justicia distributiva se altera, convirtiéndola en vicio. Ahí se distorsiona la causa final: en lugar de buscar la igualdad entre lo que se da y lo debido, una persona le da a alguien a quien no se le debe dar, en virtud de un interés externo. Los elementos de la definición de justicia distributiva, una virtud, son similares a los que están presentes en el favoritismo, un vicio. Está la causa eficiente, la voluntad (aunque no es explícita en el pasaje citado arriba, está necesariamente implícita), y está la causa material, la acción de dar. Pero la causa final de encontrar igualdad entre lo que se da y lo que es debido no está. No sólo no está, sino que se frustra por la búsqueda de la distribución según el “favor y gracia”.⁸⁰

El favoritismo requiere tres cosas: 1) que lo que se considere de una persona al distribuir un bien no sea pertinente para ese bien (1.IV.11); 2) que lo que se distribuya deba ser distribuido de otra manera, con razón (1.IV.12),⁸¹ y 3) tiene que existir la obligación, por parte de quien sea que distribuya los bienes de la comunidad, de distribuirlos acorde con la dignidad⁸² (es decir, de acuerdo con la justicia distributiva) (1.IV.14). El capítulo VI, el último de la primera parte, especifica que sólo los humanos pueden cometer favoritismo, no Dios.⁸³ El argumento sobre por qué se debe considerar el favoritismo un pecado se encuentra en el capítulo V. Primero, se cita la autoridad de la Sagrada Escritura para reforzar este punto (1.V.1). Independientemente de la Escritura, el favoritismo derrota a la causa final de la justicia, la igualdad, ya que causa desigualdad (1.V.2) y así constituye un pecado mortal contra la justicia. Zapata nos dice, sin embargo, que existen dos excusas que atenúan el favoritismo y hacen que no sea pecado mortal (1.V.4). La primera es cuando el asunto es trivial, y la segunda, cuando la voluntad es imperfecta. La imperfección de la voluntad puede darse por la ignorancia del que distribuye, que puede deberse a su propia culpa, en cuyo caso el favoritismo sí es pecado, pero no es mortal; o por la ignorancia —que no es culpa suya—, en cuyo caso no hay pecado (1.V.4). Cuando el asunto es trivial, puede ser porque la dignidad de los que se consideraron para recibir el beneficio es similar, o porque el beneficio otorgado a cada uno difiere por muy poco (1.V.5). Las deficiencias no necesariamente constituyen pecado mortal, porque la naturaleza de los bienes distribuidos varía, dado que, si se rigen por el principio geométrico y no por el aritmético, hay cabida para la variación en grado.⁸⁴ Y el grado debe juzgarse acorde al objetivo ulterior de la justicia distributiva: el orden propio de la república; si este orden no se afecta de manera importante, el pecado tampoco es importante (1.V.6).

Si nos detenemos un momento, podemos observar que, al especificar la manera en que el favoritismo es pecado, Zapata está hablando de las diferentes alteraciones de las causas de la virtud de la justicia distributiva. Cuando una de las causas de la justicia distributiva se corrompe, lo que existe ya no es la virtud de la justicia distributiva, sino el pecado del favoritismo. Si la voluntad es imperfecta, la causa eficiente de la justicia distributiva se corrompe. Si hay desigualdad entre las dignidades, la causa final de buscar igualdad entre el derecho y lo debido se corrompe. Lo mismo sucede si hay desigualdad entre el beneficio distribuido (entre dignidades iguales).

Beneficios eclesiásticos y dignidad

En la primera parte, Zapata cimienta sus definiciones filosóficas abstractas centrales en la plataforma de las cuatro causas. En la segunda y la tercera partes, especifica con mayor detalle cómo el favoritismo ocurre en las materias de interés para él: el otorgamiento de beneficios eclesiásticos. Por lo tanto, el capítulo I de la segunda parte lo dedica a establecer los distintos tipos de beneficios eclesiásticos.

La clasificación de beneficios eclesiásticos también refleja la plataforma de las cuatro causas. La primera clasificación distingue de acuerdo con las tareas que son necesarias para ejercer los beneficios: algunos se ocupan del cuidado de las almas, mientras que otros ofrecen servicios a la Iglesia; estos últimos se subclasifican entre los que requieren residencia personal y los que pueden ser provistos mediante una persona más (2.I.2). Así, la primera clase se ocupa de la causa material de los beneficios de la Iglesia; un cargo está compuesto de deberes y privilegios, así que esta primera clasificación en función de los deberes corresponde a la causa material del oficio: aquello de lo que el cargo está compuesto.

Una segunda clasificación se establece dependiendo de la fuente del beneficio. La cuestión relevante es en virtud de qué derecho se confiere el beneficio. Un beneficio se puede conferir por derecho común (*ius commune*), siendo el papa quien tiene autoridad para conferir oficios eclesiásticos en cualquier parte (2.I.4); o en su defecto, se puede conferir por derecho de patronato (*i. e.*, Regio Patronato), que a su vez existe ya sea por derecho de guerra o por privilegio (2.I.5), siendo este último otorgado o consuetudinario (2.I.6). Así, esta clasificación se ocupa de la causa eficiente del oficio eclesiástico: si el oficio tiene su origen en el *ius commune* o en el Regio Patronato. Las clasificaciones tienen consecuencias normativas importantes. Por ejemplo, si el

nombramiento se hace en virtud del derecho común, la persona que nombra tiene el derecho a nombrar y a conferir el cargo. Si el nombramiento se hace en virtud del derecho de patronato, la persona que nombra sólo tiene autoridad para proponer a alguien para el cargo, pero el papa debe ser quien lo confiera (2.I.7).

Aplicaciones: indios y criollos

La segunda parte consiste, casi en su totalidad, en la búsqueda de soluciones normativas a cuestiones concretas.⁸⁵ Para efectos de este ensayo, nos concentraremos sólo en dos temas; ambos ilustran cómo la discusión teórica estaba ligada a la dinámica social. Estos temas son, primero, la cuestión de conferir beneficios eclesiásticos a los indios (y criollos), y, segundo, la cuestión de las encomiendas de los descendientes de los conquistadores y si eran correctas o no. Estos dos temas fueron de particular importancia para Zapata y Sandoval, ya que los ubica en los capítulos finales de las partes segunda y tercera, respectivamente, a manera de culminación de los argumentos precedentes.

El nombramiento de indios para beneficios eclesiásticos

La segunda parte cierra con un capítulo dedicado a las siguientes preguntas: “¿Han de ser los indios, y los descendientes de los indios recién convertidos a la fe, admitidos a las dignidades de los beneficios eclesiásticos y de los episcopados? ¿O por algún derecho pueden y deben ser rechazados para tales cargos y dignidades, además de los cargos seculares?” (Zapata, 1999: 82).

Después de argumentar en contra de las razones específicas por las cuales los indios han sido excluidos de los cargos eclesiásticos y, más específicamente, de los episcopados, Zapata presenta la opinión contraria.⁸⁶ No sólo no deben ser excluidos, sino que los indios deben preferirse sobre los españoles al momento de conferir cargos, en igualdad de condiciones (2.XI.14). La primera razón que da es que los indios, antes de la llegada de los españoles, tenían (y no perdieron) *dominium* o el derecho de gobernarse a sí mismos y de administrar la justicia (2.XI.14). Pero Zapata y Sandoval va más allá, y ésta es la clave de cómo todas las discusiones previas contribuyen a la respuesta apropiada para esta cuestión.⁸⁷ Nos dice que los indios deben ser favorecidos más de lo que son, y que deben preferirse frente a los españoles.

Pues por ninguna otra razón ahora los españoles poseen y gozan de tantos privilegios, excepciones y gracias, sino porque han tenido origen de los gentiles que han recibido de buen grado la fe de Cristo en la predicación de apóstoles, y de ella no se han apartado [Zapata, 1999: 86].

Los privilegios o bienes de los que los españoles disfrutaban son, en su mayoría, resultado de contribuciones de los indios al bien común. Por consiguiente, los indios deben recibir la mayoría de los bienes comunes, en proporción a su contribución al bien común.⁸⁸ Los cargos han de ser conferidos mediante el ejercicio de la justicia distributiva, dependiendo del mérito de cada quien. Los indios, a través de su conversión voluntaria, han contribuido más que nadie a la dignidad del Nuevo Mundo. Por lo tanto, de acuerdo con la justicia distributiva, los indios deben ser favorecidos sobre los españoles en la distribución de bienes comunes. La conclusión a la que arriba Zapata depende de los conceptos de la virtud de la justicia, y del tipo de justicia que desarrolló previamente en su tratado. El concepto del favoritismo advierte que, al corromper el ejercicio de la virtud de la justicia, quien no atienda su proposición normativa corre el riesgo de cometer un pecado, el cual, dependiendo de la injusticia cometida, podría ser mortal.

La cuestión de la encomienda

El último capítulo del tratado (3.U) pregunta:⁸⁹ “Quien impide un bien debido por justicia distributiva ¿a qué está obligado estrictamente? Donde el discurso será acerca de todos los bienes que especialmente en la Nueva España se dispensan y que son concedidos o deben ser concedidos a los conquistadores” (Zapata, 1999: 28). En la primera parte del capítulo, el autor asume que las encomiendas son remuneración por el cansancio sufrido, y los gastos incurridos, en la adquisición del reino de la Nueva España, y por lo tanto se rigen por la justicia conmutativa (3.U.3). De acuerdo con dicha suposición, nos dice Zapata, las encomiendas han de ser perpetuas, ya que constituyen un derecho que el encomendero posee, y no un bien común (3.U.4). En la cuestión de beneficiar a hijos de conquistadores con encomiendas (3.U.7), Zapata dice que el bien que los conquistadores deben recibir de la Corona debe corresponder al que ellos mismos le brindaron a la Corona (dominio sobre el reino de la Nueva España) (3.U.8). Como el beneficio brindado a la Corona es perpetuo, los beneficios que los conquistadores reciben a cambio también deben serlo (3.U.9). Puesto que son otorgados a perpetuidad, las encomiendas y los beneficios deben pasar a manos de los hijos de los conquistadores (3.U.10). Habiendo causa justa y

suficiente, la Corona podría revocar los beneficios del encomendero, siempre y cuando éste sea compensado (3.U.12).

Sin embargo, inesperadamente, Zapata le dice al lector que este razonamiento se da bajo la justicia conmutativa, pero él no lo considera un asunto de justicia conmutativa, sino de justicia distributiva, y explícitamente se refiere a la primera parte, capítulo IV, párrafo *tertio, requiritur*.⁹⁰ Las secciones a las que alude Zapata explican que los bienes comunes deben ser distribuidos de acuerdo con la dignidad en dos casos: cuando la naturaleza del bien así lo requiere (prestigio, por ejemplo) o a consecuencia de un pacto. Zapata se refiere, por supuesto, a los privilegios al estilo de convenios acordados entre la Corona y el conquistador al inicio de una expedición de conquista, las *capitulaciones*. Esto significa, según Zapata, que pueden reclamar, bajo la justicia distributiva, distribuciones preferentes de los bienes comunes.⁹¹

Zapata sostiene que los conquistadores y sus sucesores son los más merecedores al recibir los beneficios de la Corona (3.U.33-34). Sin embargo, como ha presentado el problema como una cuestión de distribución de los bienes comunes, y ésta es materia que se rige por la justicia distributiva, no por la justicia conmutativa, este merecimiento sólo puede significar que les han de ser asignados beneficios que han de ser *distribuidos*; no pueden esperar que beneficios que ya han sido distribuidos se les *restituyan* como parte de la justicia distributiva (la restitución es una consecuencia de la justicia conmutativa, no de la distributiva). Así, Zapata tendría que admitir que, bajo la justicia distributiva, los conquistadores no pueden reclamar la *restitución* de encomiendas mal adjudicadas. En vez de hacer esto, abandona el argumento y le implora al lector⁹² que los conquistadores y sus sucesores sean remunerados y compensados de acuerdo con sus méritos. Su propio razonamiento, que le permitió argumentar que los conquistadores deberían ser preferidos en las adjudicaciones futuras de bienes comunes, ahora le prohíbe exigir compensación para los conquistadores por malas distribuciones pasadas.

La restitución no sería necesaria en su caso particular. Juan de Zapata y Sandoval había sostenido su punto con eficacia: cuatro años después de la publicación de su tratado fue nombrado obispo (de Chiapas).

La obra de Zapata ejemplifica los dos argumentos centrales de este capítulo. Primero, la presencia de la metodología teleológico-conceptual; es decir, la construcción de conceptos partiendo del modelo de las cuatro causas, y la extracción de consecuencias normativas de tales conceptos. A lo largo de su tratado, Zapata avanza entre elaboradas definiciones construidas sobre la plataforma de las cuatro causas, las cuales, ya sea por sí solas o en relación entre

sí, generan consecuencias normativas. Segundo, su obra ejemplifica cómo sus conclusiones, sus argumentos sustantivos, son más un reflejo del interés personal y de clase del autor que resultado de la aplicación de un método para resolver un problema concreto.

No obstante, mis argumentos no dejan de ser generalizaciones, y como tales deben limitarse en casos particulares. Zapata también me ofrece la oportunidad de hacer eso justamente. A fin de cuentas, Zapata —siendo criollo él mismo— puede argumentar que los criollos deben ser favorecidos al conferirse beneficios futuros, pero no pueden reclamar la restitución de beneficios pasados mal distribuidos. Es de suponer que la postura más conveniente para sus intereses de clase hubiera sido que los criollos debían ser favorecidos tanto en los beneficios futuros como en la restitución de los pasados. Su método, sin embargo, limita su postura: al elegir designar la cuestión como parte de la justicia distributiva, lo cual le permite exigir un derecho sobre los beneficios futuros, no puede a la vez enmarcar el problema dentro de la justicia conmutativa, que le habría permitido reclamar beneficios pasados. Aun así, sigo creyendo que su método no determina sus conclusiones tanto como lo hacen sus intereses. Pudo haber optado por ofrecer una justificación alternativa a favor de la restitución. Pareciera, entonces, que estaba más interesado en exigir el derecho a beneficios futuros que a derechos pasados. En su caso personal, la decisión de apostarle a beneficios futuros rindió frutos.

CONCLUSIÓN

El trasplante de la cultura jurídica española a América fue multifacético. Leyes, burocracias, instituciones jurídicas y educativas, todas se reprodujeron en la Nueva España basadas en los modelos existentes en la península ibérica. Asimismo, categorías, metodologías, supuestos metafísicos y conceptos también cruzaron el Atlántico y anidaron en nuestro continente. Con raíces que se extienden hasta la Europa medieval, el pensamiento jurídico novohispano nació de los vigorosos debates y de la construcción institucional de las clases de intelectuales, eclesiásticos y burócratas españoles que a menudo se empalmaban.

Dos conclusiones generales pueden extraerse de este capítulo. Primero, que en los primeros siglos del pensamiento jurídico en la Nueva España el modelo de la creación fue un modelo de cuestionamiento jurídico relevante, a la par con el modelo de la revelación importado de Europa con el *ius commune*. El modelo de la creación fue transmitido y floreció en la teología moral de los teólogos

novohispanos. Así, tanto el modelo de la revelación como el de la creación deben ser considerados en la genealogía del pensamiento jurídico mexicano y latinoamericano. Segundo, la metodología de los teólogos morales determinaba la forma en que ponderaban y argumentaban los problemas más de lo que determinaba los resultados. Las conclusiones sustantivas a las que llegaban aparentan mayor sensibilidad al contexto que al método.

Juristas y teólogos

Esta cultura jurídica naciente orbitaba en, por lo menos, dos tradiciones distinguibles, aunque relacionadas. Una tradición la protagonizaban abogados civilistas y canonistas que se habían formado en las facultades de derecho (Cánones y Leyes) de la universidad, y estaba compuesta por burócratas dependientes de la Corona, tanto eclesiásticos como civiles. Estos burócratas se ocupaban por lo general de descifrar la aplicación adecuada (o conveniente) de un texto autoritativo —fuese regio, canónico o romano— a casos particulares que se suponía se regían por ellos. Su interés radicaba en los problemas ordinarios del derecho. La metodología dominante en la que se habían formado y las doctrinas establecidas en las que se basaban para desempeñar sus funciones no eran otras sino las del *ius commune*.

La segunda tradición la protagonizaban los teólogos morales de la escuela salmantina, por lo general miembros de las órdenes religiosas encargadas de la evangelización en América. Estos teólogos tomistas se ocupaban en los problemas jurídicos y sociales centrales y extraordinarios. Esto es, abordaban los temas fundamentales para la definición de la sociedad naciente. Se basaban en su propia teología y en el derecho natural para ofrecer las respuestas que derivaban de la naturaleza misma de los problemas. En el proceso, desarrollaban nuevas doctrinas o transformaban las ya existentes; elaboraban conceptos y definiciones, y los relacionaban con los supuestos teológicos y metafísicos de su tiempo. La metodología que empleaban era la aristotélico-tomista y, más específicamente, el modelo teleológico-conceptual construido sobre la plataforma de la teoría de las cuatro causas.

Las relaciones entre estas dos tradiciones debieron haber sido muchas, aunque no necesariamente directas. Ambas encontraron suelo fértil en la universidad, donde compartían un mismo ambiente intelectual, asistiendo a los mismos *relectio* anuales y a las mismas facultades menores. Ambas se basaban en principios comunes, reglas, terminología y clasificaciones que provenían del derecho romano, del derecho canónico y de la tradición jurídica medieval. Este

capítulo presenta ejemplos de teólogos morales que citaban textos autoritativos y principios de la tradición del *ius commune*. Por otra parte, todos los abogados habían estudiado en las facultades menores de la universidad, y por ende seguramente estaban familiarizados con el trabajo de los teólogos morales.⁹³

Las intersecciones entre las dos tradiciones pudieron haber propiciado que una afectara directamente a la otra por otras vías. Los teólogos influían en los legisladores, quienes a su vez alimentaban la creciente reserva de textos autoritativos en que los juristas se apoyaban para el trabajo cotidiano. Por ejemplo, existe un decreto real de 1620 que establece que los prelados de la Iglesia deben asignar los oficios eclesiásticos “sin ningún respeto humano” y que, si se ven presionados por las autoridades civiles a nombrar a miembros de su familia o a sirvientes, deben reportarlo en secreto al Consejo de Indias.⁹⁴ Sustantivamente, esta disposición coincide con las premisas de Zapata sobre la propia distribución de los puestos públicos. Las fechas nos permitirían conjeturar que la legislación fue una respuesta directa a los argumentos de Zapata (sabemos que era influyente; y su nombramiento como obispo nos hace pensar que sus súplicas fueron escuchadas en la Corte Real). Sin embargo, también hay legislación más específica —anterior a la publicación de la obra de Zapata, al menos varios años—⁹⁵ que coincide aún más cercanamente con estas conclusiones. Una ordenanza real de Felipe II (sin fecha) coincide con las conclusiones de Zapata, no sólo con las premisas (en cuanto a que los cargos eclesiásticos fuesen otorgados primero a quienes habían sido personalmente responsables de convertir a los indios): *a los que en vida y ejemplo se hubieren ocupado en la conberción de los indios y en los dotrinar y administrar los sacramentos* — y que hablen su idioma—; y, segundo, a los “hijos de españoles”.⁹⁶ Nótese que los dos grupos preferidos son: *a)* aquellos que contribuyeron directamente al aumento de la dignidad de la república convirtiendo a los indios, y *b)* los descendientes de los conquistadores, quienes, al traer estas tierras bajo control real, también habían aumentado la dignidad de la república.

En el fondo, resulta imposible medir el grado de esta influencia entre la discusión teórica y el cumplimiento de la ley. Además, aun si la legislación en cuestión fue una respuesta a las súplicas de Zapata o de sus cofrades, todo lo que encontramos en la legislación es una regla muy simple y sin referencia doctrinal. Es muy probable que los debates sustantivos fueran igualmente conocidos tanto por teólogos como por abogados, pues todos participaban del gobierno. Sin embargo, dada la orientación textual de los abogados formados en el derecho canónico y civil, y dado el texto de la legislación que conocemos, pareciera más

creíble pensar que se trataba de un diálogo pragmático entre oficiales y burócratas, y no de un debate teórico entre disciplinas. La conclusión del teólogo moral puede haber sido convertida en ley, pero su concepto teórico y su aparato doctrinal no permean el texto de manera significativa. Si es que estaban relacionadas, la teoría detrás de la ley no se incorpora al texto de la misma. El abogado que la aplica y el teólogo que la defiende eran perfectamente capaces de ignorarse mutuamente.

En resumen, los modelos de revelación y creación coexistían como elementos constitutivos torales en los cimientos del pensamiento jurídico novohispano, pero eran independientes tanto funcional como metodológicamente, y eran ejercidos por dos grupos distintos de profesionales. A pesar de estas relaciones e intersecciones, no pareciera que las dos tradiciones se hayan enganchado en un diálogo fluido, sino que operaron en paralelo, sin tomar en cuenta las doctrinas, actividades o discusiones de la una ni de la otra.

Método vs. contexto

Ambas tradiciones de pensamiento jurídico implicaban a grupos de hombres profundamente involucrados en su contexto social. Un análisis de cerca de la obra de los teólogos morales indica que ésta fue altamente influenciada por el contexto, así como por los intereses políticos y económicos a los que correspondía cada grupo. El lenguaje altamente técnico que utilizaban y el marco en el que presentaban sus argumentos respondían a lo que consideraban requisitos para que un argumento fuera tomado en serio. Del mismo modo que el economista, el abogado o el político de hoy defienden un argumento, presentándolo de la mejor manera posible, maximizando los beneficios y minimizando los costos, los teólogos coloniales presentaban sus proposiciones en términos de fines propios y naturalezas verdaderas.

Por ejemplo, Zapata y Sandoval enmarca el argumento de que los no peninsulares deben ser preferidos sobre los peninsulares en los nombramientos de la Iglesia dentro de una amplia teoría sobre la justicia. Mercado hace referencia a las bases del derecho natural antes de llegar a la conclusión de que los mercaderes deben dar limosnas generosas. Vera Cruz enfrenta temas fundamentales como el *dominium* para llegar a la determinación del estipendio que los encomenderos deben pagar por el vino, la cera y las campanas que los párrocos necesitan para guiar propiamente a los indios en el culto. Sospecho que la propuesta de Zapata de que los no peninsulares debían ser favorecidos en la distribución de beneficios, la conclusión de Mercado de que los mercaderes

debían dar grandes limosnas, o el argumento de Vera Cruz de que los encomenderos debían pagar por vino, cera y campanas requeridos por los sacerdotes para oficiar tienen más que ver con sus intereses y los intereses de su clase que con las consecuencias lógicas de los principios que consideran sujetos a la metodología que emplean tan magistralmente. El contexto le da forma a las conclusiones sustantivas de sus cuestionamientos, pero el método ofrece una forma respetable y autoritativa en la cual presentar dichos argumentos.

El método legitima la sustancia mucho más de lo que la determina la forma.

III. FUSIONES Y CONFUSIONES EN LA DOGMÁTICA MODERNA

INTRODUCCIÓN

El derecho positivo en la Nueva España entró en una fase prolongada de secularización y modernización en el siglo XVIII, que culminó a finales del siglo XIX. En consecuencia, las ciencias jurídicas cambiaron. Las ciencias jurídicas medievales —derecho civil y derecho canónico— y la teología moral salmantina presuntamente fueron sustituidas por una ciencia positiva moderna que hoy llamamos dogmática jurídica. Las interpretaciones convencionales de la historia jurídica mexicana sostienen que las personas que desarrollaron la ciencia jurídica moderna (es decir, los dogmáticos) en México, hicieron lo posible por erradicar las ciencias medievales y las leyes romanas y españolas, para sustituirlas con la codificación y las doctrinas importadas de Europa (Mendieta, 1997: 95-163, y S. Zamora, 2004: 26-27). La nueva ciencia jurídica —que domina el pensamiento jurídico en México hasta la fecha— se presenta simultáneamente como la culminación de una larga evolución, que se remonta a estudios medievales del derecho romano, y a la vez pretende distinguirse como una ciencia realmente moderna. La dogmática jurídica se pretende inmune a lo que usualmente se descalifica como supersticiones o preocupaciones metafísicas de sus predecesoras. Reconoce el derecho canónico como parte de la genealogía, pero lo margina imaginándolo como claramente separable del derecho romano. En esta narrativa canónica de la dogmática jurídica, la influencia de la teología moral ha sido erradicada de la ciencia jurídica moderna como resultado de la secularización. Sus intereses son “metafísicos” y por lo tanto extraños en una ciencia del derecho moderna y positiva. Esta transformación puede haber sido real de alguna manera, pero mi interpretación de lo que aconteció en el siglo XIX, y de lo que es la dogmática jurídica hasta la fecha, es que hay mucha más continuidad con las ciencias jurídicas premodernas de lo que los abogados y juristas contemporáneos, en México, América Latina y buena parte del mundo que abreva de la tradición romano-canónica europea, quisieran aceptar. La ciencia jurídica moderna que desde entonces ha sido dominante, la dogmática jurídica, debe mucho más a sus antecedentes medievales de lo que habitualmente reconocemos. Lo que es más, si queremos entender la dogmática jurídica y la cultura jurídica que se ha conformado en torno a ella —lo que

llamaré formalismo jurídico— es indispensable visibilizar las profundas continuidades que aún mantiene con sus antecedentes medievales.

La dogmática jurídica se concibe usualmente como si estuviera delimitada por dogmas fundamentales de la filosofía política moderna. Éstos incluyen la soberanía popular, la naturaleza democrática y secular del derecho, la doctrina de separación de poderes y el monopolio de la normatividad positiva como fuente del derecho. Se piensa que el trabajo de los juristas refleja estos dogmas y opera a partir de ellos: los juristas aceptan como suprema la autoridad de la soberanía popular; el derecho es una empresa secular alejada de cuestiones metafísicas, preocupaciones teológicas y, dentro de lo posible, un sistema moral exógeno; los jueces han de aplicar la ley, no crearla, y la ley se encuentra en la normatividad positiva, no en la especulación académica. No obstante, si observamos la obra de los juristas modernos (particular, más no exclusivamente, en el periodo formativo de la ciencia jurídica moderna) encontraremos un mosaico de supuestos, métodos y actitudes que siguen enraizados en los supuestos, métodos y actitudes del *ius commune* y de la teología moral salmantina. Mi objetivo en este capítulo es desvelar algunas de estas continuidades fundamentales. La ciencia jurídica moderna (*i. e.*, la dogmática jurídica) construye sobre un conglomerado de supuestos, actitudes, tópicos, despliegues retóricos y métodos que a menudo se yuxtaponen, con frecuencia se contradicen, y en ocasiones antagonizan con los preceptos fundamentales de la filosofía política moderna.

La dogmática jurídica heredó simultáneamente los métodos y los supuestos de los dos modelos de inquisición normativa. También asumió las funciones de ambos. En el capítulo II afirmo que, a lo largo de los dos primeros siglos de vida colonial, dos grupos diferentes —los teólogos y los juristas— se encargaron de las distintas tareas de: *a)* resolver temas legales, morales y políticos en disputa, y desarrollar los conceptos y las categorías para lograrlo, y *b)* administrar el funcionamiento cotidiano de las instituciones jurídicas. Para finales del siglo XIX, un grupo único de profesionistas jurídicos se encargaba tanto de resolver los temas pendientes de solución como de la operación del día a día del sistema jurídico. Al llevar a cabo estas funciones, utilizaron indistintamente los métodos tomados de dos tradiciones que, hasta entonces, habían permanecido diferenciadas.

El colapso de la distinción entre estas dos funciones fue resultado de dos transformaciones relevantes: la separación de la Iglesia y el Estado, y la codificación. En el ámbito institucional, la separación de la Iglesia y el Estado significó la exclusión de la teología y el derecho canónico de la educación superior y la marginación de teólogos y abogados canónicos tanto del gobierno

como de las instituciones académicas oficiales. Esto dejó a un solo grupo de profesionistas (abogados laicos, sucesores de los civilistas) a cargo del control del gobierno y la burocracia. El segundo factor, que detallaré más adelante, fue la codificación, que significó la incorporación de doctrinas del modelo de la creación en los textos jurídicos autoritativos: se volvió necesario conocer y usar las doctrinas provenientes del modelo de creación para poder explicar los nuevos textos autoritativos a estudiar bajo el modelo de la revelación. Esta concentración de funciones la ilustra el caso de Jacinto Pallares, otrora juez y eminente abogado de finales del siglo XIX y principios del XX, quien fuera uno de los prominentes profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Pallares escribió tratados y libros de texto para capacitar a estudiantes de derecho. Como explicaré al final de este capítulo, Pallares también se ocupó de cuestiones fundamentalmente disputadas y utilizó el método teleológico conceptual para encontrarles una solución.

Al estudiar la literatura jurídica mexicana de finales del siglo XIX y principios del XX, encontramos rastros de ambos modelos de inquisición normativa, aunque los supuestos de cada uno en ocasiones se encuentran en conflicto y, a veces, hasta resultan mutuamente excluyentes. Un mismo autor puede describir una ley siguiendo de cerca el texto legislativo y, enseguida, aventurarse a explicaciones doctrinales abstractas significativamente alejadas de las palabras literales del texto. O bien, el autor puede asegurar en un momento que las palabras literales de un texto son la última palabra con respecto a cierta cuestión específica y, después, al tratar un punto similar, asegurar que el texto legislativo está incompleto o equivocado o que es meramente indicativo de lo que la verdadera *naturaleza* de una institución jurídica es en realidad. Ambos modelos de inquisición normativa se utilizan de manera simultánea, y aparentemente se despliegan sin empacho en los mismos textos y por los mismos autores, aunque los presupuestos fundamentales de uno y otro entren en conflicto. Sobre todo, los modelos de inquisición normativa suelen estar presentes aun estando en conflicto con los supuestos y los dogmas que la ciencia jurídica moderna dice sostener.

Esta confusión de modelos de inquisición normativa, anteriormente distintos, está relacionada con las fusiones que se llevaron a cabo durante el proceso de codificación. Como el profesor James Gordley (1991) ha demostrado, la codificación europea dependió en gran medida de la doctrina: las obras de eminentes juristas fueron utilizadas sistemáticamente para redactar el primer y paradigmático Código Civil francés de 1804.¹ Esas doctrinas las rastrea Gordley en la obra de los teólogos salmantinos, y sus doctrinas y conceptos se encuentran

todavía en los códigos. Asimismo, los supuestos y la estructura del método salmantino teleológico-conceptual, aunque suprimidos en el texto, no se erradicaron por completo, y permanecen implícitos en los conceptos y las doctrinas a las que dieron forma y que los códigos recogieron. Cuando los reformistas mexicanos exiliaron a la Iglesia y la teología del derecho, importando de Europa la codificación ilustrada, también reintrodujeron inadvertidamente en los textos autoritativos el método teleológico conceptual de los teólogos y sus supuestos. En otras palabras, la codificación fue, en un sentido muy literal, la promulgación como derecho positivo de las doctrinas de los juristas. La fusión entre el texto y la doctrina también trajo consigo la confusión de los dos modelos de inquisición, los cuales se entremezclaron tensamente. Estas fusiones y confusiones se volverán evidentes en la sección que analiza la legislación positiva y la literatura académica producida a lo largo de este proceso de modernización, basándose en el esquema de las cuatro causas aristotélicas.

Por supuesto, existe un segundo factor que contribuyó a la confusión de los dos modelos de cuestionamiento jurídico: la continuidad institucional. Con la separación de la Iglesia y el Estado también llegó la transformación de la institución en que habían anidado las castas profesionales que se ocupaban del derecho y la teología. La reforma de la educación superior a lo largo el siglo XIX tuvo como resultado la expulsión de la teología y del derecho canónico de ese sector. Sin embargo, las personas que construyeron este nuevo contexto institucional se habían formado en el contexto preexistente. Inevitablemente, trasplantaron sus herramientas, entendimientos y supuestos al escenario académico transformado que ellos mismos construyeron. La larga existencia de una cultura profesional jurídica jugó un papel importante en la continuidad entre los modelos medievales de inquisición normativa, orientados hacia la metafísica, y la ciencia jurídica moderna, presuntamente positiva.

Iniciaré este capítulo rastreando la trayectoria histórica del proceso de secularización y modernización de la ciencia jurídica, para luego abordar la obra de los juristas modernos en un intento por reconstruir sus supuestos y métodos subyacentes.² Al examinar más de cerca la dogmática jurídica en su periodo inicial, existen tres temas principales que quiero explorar. Primero, la manera en que los juristas entendían su obra y a sí mismos; segundo, los legados que recibieron, preservaron y adaptaron del modelo de la revelación de las ciencias jurídicas medievales, y tercero, los legados que recibieron, preservaron y adaptaron del modelo de la creación de la teología moral medieval. Cada uno de estos temas se explora en su sección correspondiente.

¿Cómo se percibían a sí mismos los juristas del siglo XIX y cómo entendían su obra? La forma en que se entendían a sí mismos estaba dominada por la idea de que se dedicaban a la empresa genérica de la ciencia moderna. Imbuidos de liberalismo y positivismo, se concebían como liberadores del entendimiento jurídico de un pasado dominado por la religión, y abordando el derecho a través de la ciencia (moderna). Simultáneamente, se aferraban al prestigio de la tradición del trabajo académico de muchos siglos, y a la legitimidad que, ante sus ojos, representaba esta continuidad. La teología moral fue completamente negada como parte de su herencia. Aspiraban a llevar a cabo una función que imaginaban moderna y científica, la cual, no obstante, era similar a la función que ellos mismos negaban que los teólogos hubiesen llevado a cabo anteriormente: descubrir la verdad y disipar el error.

Los legados tanto del *ius commune* como de la teología moral salmantina pueden encontrarse en abundancia en la obra de los juristas modernos. Algunos de estos legados, como la dependencia de las definiciones y los conceptos para derivar conclusiones normativas, en algún sentido eran incipientes en la época medieval pero han sido plenamente desarrollados por la ciencia jurídica moderna. Otros, como la primacía de la doctrina sobre el texto jurídico, la presunción de que las instituciones jurídicas tienen vida propia independiente de las normas que las regulan (lo que llamaré “esencialismo”) o el uso de la filosofía y la metafísica aristotélicas, a menudo se negaban explícitamente, pero de todas maneras dieron y dan forma a lo que los juristas hacen.

MODERNIZANDO EL DERECHO

La llegada de la modernidad a México

El empuje hacia la secularización y modernización del derecho y de las instituciones jurídicas en México fue bastante largo, extendiéndose más de dos siglos. Inició con la llegada de la dinastía de los borbones al trono español, en 1700³ —quienes instrumentaron profundas reformas inspiradas en la Ilustración—, y culminó con la adopción del positivismo, como la filosofía oficial de Estado, por los gobiernos liberales del siglo XIX. Desde un principio, la Iglesia se fijó como uno de los principales blancos de los reformistas, y se tomaron medidas para disminuir su poder y controlar la acumulación de su riqueza.⁴ Estas determinaciones contribuyeron a la emergente separación entre la Iglesia y el Estado: “Todas estas medidas, vistas en conjunto, debilitaron a la Iglesia, uno de

los baluartes del imperio ibérico. Además, la distancia conceptual entre la Iglesia y el Estado aumentó, de manera que estas medidas, sin saberlo, debilitaron la creencia de que el Estado era el enviado de Dios a la tierra” (Graham, 1994: 26).⁵

En el derecho, el movimiento hacia la modernidad implicó alejarse del *ius commune* y acercarse más hacia el burocrático derecho real. Las autoridades regias presionaban para que se utilizara el derecho real, y no el derecho romano, en los tribunales.⁶ Al mismo tiempo, la Corona buscó modernizar la academia. Introduciendo nuevas materias en la currícula académica e intentando remplazar textos jurídicos romanos por textos jurídicos reales, la Corona trató de alejar los estudios jurídicos formales de los textos tradicionales del *ius commune*.⁷ La modernización fue, en el mejor de los casos, un éxito parcial. En disciplinas como filosofía y teología, los antiguos paradigmas seguirían dominando en el derecho hasta las últimas décadas del siglo XVIII y las primeras del XIX.⁸ La propuesta de incluir cursos nuevos y, en general, de reformar la educación jurídica fue formalmente rechazada por la Universidad de México (Ramírez e Hidalgo, 2001: 57). Como respuesta, las autoridades reales decretaron que el derecho romano y el real debían estudiarse simultáneamente en clase.⁹ Así, el derecho real se introdujo en la educación jurídica, pero “tímidamente”, a través de los comentarios orales de los profesores que obedecían la orden real y, sobre todo, mediante el uso de ejemplos del derecho real para ilustrar el derecho romano (González G., 2004: 31). Estos cambios, aunque fallidos en ese momento, hallarían mejor destino en el siglo siguiente con el amplio uso de comentarios sobre el derecho real —extrañamente— después de la Independencia.¹⁰

Las instituciones académicas alternativas a la universidad aparecieron y proliferaron en las décadas finales del dominio español y aún más después de la Independencia. Hasta 1821, la resistencia de la Universidad de México a la sustitución del derecho romano por el derecho real había traído como consecuencia la creación de alternativas institucionales para los estudios jurídicos, tales como colegios, seminarios¹¹ y la Universidad de Guadalajara.¹² Los seminarios se volvieron cada vez más importantes después de la Independencia, cuando la Iglesia mexicana se liberó del Regio Patronato y Roma empezó a nombrar directamente a prelados eclesiásticos (Staples, 2001: t. 2, 158, y González, G., 2004: 49). Luego de la independencia política, el Congreso Constitucional de 1823, antes de la promulgación de la Constitución, decretó que todas las instituciones educativas del país tenían la posibilidad de establecer cursos en derecho natural, derecho civil y derecho canónico. También podrían otorgar títulos menores, de bachillerato y licenciatura (Mendieta, 1997: 96).¹³ Los asaltos republicanos, a la postre, empujaron a los márgenes de la educación

jurídica a la educación tradicional de derecho canónico y romano (Alvarado, 2001: 88, y González G., 2004: 57). Para la segunda mitad del siglo XIX, los seminarios también perderían importancia conforme la secularización avanzaba.

Los gobiernos republicanos continuaron su intento por transformar el sistema educativo. Lo hicieron también mediante la creación de instituciones nuevas y a través de la reglamentación legislativa de la educación superior, incluyendo la educación jurídica. El derecho natural fue introducido por decreto del Congreso Constituyente. El derecho canónico y el civil seguían siendo estudiados, pero con cambios significativos, especialmente en el derecho canónico, que para entonces se reorientó hacia la nueva Iglesia mexicana, que ya no dependía del Patronato Real (Mendieta, 1997: 314). El Partido Liberal —encabezado por profesionistas mestizos de clase media afanados en la rápida modernización del país— emprendió un ataque directo contra la universidad, a la que consideraba baluarte ideológico del viejo régimen. Insistieron en cerrar la universidad y en la creación de instituciones especializadas y modernas para que la sustituyeran. La universidad cerró bajo distintos gobiernos liberales en 1833, 1857 y 1861.¹⁴ Su cierre definitivo sucedió en 1865, paradójicamente bajo el Imperio de Maximiliano de Habsburgo, que a pesar de ser sostenido por las tropas invasoras francesas y por el partido conservador, era bastante liberal. Para mediados del siglo XIX, la Universidad de México había dejado de existir por completo.

La secularización y modernización del derecho y de los estudios jurídicos se completaron en la segunda mitad del siglo XIX. La educación jurídica tradicional basada en el *ius commune* y en la instrucción casi exclusiva del derecho romano y canónico fue dejada de lado. Las ciencias jurídicas medievales jugaron un papel cada vez menor en los programas oficiales de educación jurídica, y para cuando los liberales consolidaron el gobierno republicano, en la década de 1860, fueron marginadas por completo. Las décadas siguientes presenciarían un intento por construir tanto el sistema jurídico como la educación jurídica casi desde los cimientos. Esta iniciativa se encontraba estrechamente relacionada con el proyecto liberal de un Estado moderno y secular.

La modernización legislativa del derecho tomó forma en los códigos, y la institucional, en una nueva Escuela de Jurisprudencia, que sustituía a las facultades de Leyes y Cánones de la universidad. Mientras que, durante la época colonial, la cultura jurídica tuvo dos grupos profesionales distintos que trabajaban en educación y gobierno —teólogos morales, por un lado, y abogados civilistas y canónicos, por el otro—, en la República liberal quedaba sólo un grupo dominante: los abogados laicos. Institucionalmente, en contraste con las tres

facultades de la universidad colonial (Cánones, Leyes y Teología) existía sólo una Escuela de Jurisprudencia en la educación superior del Estado liberal.

La consolidación del gobierno independiente: la República liberal

El primer medio siglo de vida independiente estuvo marcado por la confusión y la inestabilidad política. Generalmente caracterizada como una disputa entre los proyectos nacionales alternativos —el liberal y el conservador—, la vida política durante estas décadas configura un enredo de disputas económicas, ideológicas, geográficas, sociales y políticas que resulta muy complicado documentar, y todavía más difícil de desenredar. Conflictos políticos relativamente menores y golpes de Estado llevaron con el tiempo a una prolongada guerra civil —o a una sucesión de guerras civiles, e inclusive a una intervención extranjera—, con dos facciones políticas identificables, cada vez más cohesionadas, y con proyectos cada vez más definidos, liberales y conservadores.

La consolidación del Partido Liberal surgió de la radicalización de una naciente clase media de profesionistas, con frecuencia compuesta de mestizos. Inspirada en los ejemplos de la Revolución francesa y la República federal de los Estados Unidos, esta vanguardia revolucionaria buscó modernizar a México y desprenderse definitivamente del pasado español, dominado por la Iglesia. Su agenda se plasmó en la Constitución Federal de 1857 y en la serie de leyes posteriores conocidas como *Leyes de Reforma* que tenían como objetivo inmediato forzar la separación entre Iglesia y Estado. El proyecto liberal de un gobierno moderno y secular dependería, más que de cualquier otra cosa, precisamente de esta separación.

A diferencia del periodo colonial, cuando el rey ejercía amplios poderes sobre la Iglesia católica a través del Patronato Real, los gobiernos independientes no gozaron de los privilegios del patronato (Escalante, 1982: 141). Conforme el Partido Liberal se volvió cada vez más dominante y consolidó su hegemonía en la segunda mitad del siglo, la separación entre Iglesia y Estado significó que asuntos anteriormente gobernados bajo el derecho canónico —como matrimonios, herencias, relaciones domésticas y asuntos penales— estarían (en teoría) exclusivamente bajo la jurisdicción del Estado secular. Las *Leyes de Reforma* acabarían definitivamente con la ya menguada influencia de la Iglesia en la administración de asuntos públicos (Zamora, 2004: 23-25). En la medida en que se desarrollaron las instituciones republicanas durante el siglo XIX, las burocracias tanto locales como federales remplazarían a las eclesiásticas. Estas burocracias ya no estaban compuestas por abogados canónicos ni por teólogos,

ni por los antiguos abogados civiles formados en el derecho romano. Conforme la educación jurídica se alejó del *ius commune* tradicional, los abogados se fueron formando en un ambiente secular, ajeno a las profesiones de orientación eclesiástica que habían predominado en las instituciones jurídicas en siglos anteriores. Esta transformación de la clase jurídica fue quizá la diferencia más importante de la época de la Colonia, pero no sería perceptible hasta fines del siglo XIX.

La codificación

La Constitución Federal de 1824 reservaba la legislación en materia civil y penal a los estados. Por consiguiente, los primeros códigos serían redactados a nivel estatal.¹⁵ Los regímenes conservadores centralistas, desde 1835 hasta 1847, abolieron los códigos estatales y destruyeron, así, el proceso de codificación de estado por estado, pero no promulgaron un código nacional, por lo que la vieja legislación española continuó rigiendo la vida de los ciudadanos en muchos aspectos.

La codificación tendría éxito bajo el régimen federalista establecido por la Constitución de 1857, irónicamente por la iniciativa del gobierno federal, y no de las entidades. Un Código Civil para el Distrito Federal y los territorios se redactó hacia 1870 y entró en vigor el año siguiente. También en 1871, el gobierno federal promulgó el Código Penal, y el Código de Procedimientos Civiles un año después, en 1872. Luego de eso, un rápido proceso de promulgación legislativa se propagó por todo el país. La mayoría de los estados promulgó versiones de los códigos federales como propios, ya fuera palabra por palabra, o con modificaciones menores.¹⁶ Aunque formalmente se trataba de una multiplicidad de jurisdicciones, en la República existía legislación sorprendentemente uniforme después de la consolidación del gobierno federal bajo el Partido Liberal a finales de siglo XIX. Tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles, ambos federales, fueron sustituidos en 1884 y 1896, respectivamente; pero, fundamentalmente, la consolidación de la codificación se estableció con la serie de promulgaciones de la década de 1870.

Los nuevos códigos tenían como modelo los códigos europeos, entre ellos los de Portugal, España, Prusia y Francia. Incorporaban algunas reglas del derecho español, así como leyes más recientes posteriores a la Independencia, pero sobre todo se basaban en los ejemplos europeos. El paradigmático del Código Civil francés de 1804 ocupaba un lugar preponderante. Como ya se mencionó en la

introducción a este capítulo, la codificación en México fue en gran parte una imitación de los códigos europeos, particularmente del código francés de 1804. Este hecho es de suma importancia, pues resultó en la conflación de los modelos de la revelación y de la creación.

De acuerdo con Gordley, las doctrinas desarrolladas bajo el modelo de creación por los escolásticos salmantinos habían seguido un derrotero de lo más interesante: fueron adoptadas y adaptadas a través de una cadena doctrinal que iba desde la España del siglo XVI hasta la Francia del siglo XIX. En palabras del autor:

En el siglo diecisiete, las doctrinas de los escolásticos tardíos fueron tomadas intactas y popularizadas por el fundador de la Escuela de Derecho Natural del Norte, Hugo Grocio (1583-1645). De hecho, las doctrinas prácticamente no sufrieron cambios en la obra de sus sucesores, Samuel Pufendorf (1632-1694) y Jean Barbeyrac (1674-1744), y en la del jurista francés Jean Domat (1625-1695) y Robert Pothier (1699-1772), quienes habrían de tener gran influencia tanto en los autores del *Código Civil* francés como en los abogados comunes del siglo diecinueve [Gordley, 1991: 71] [trad. del autor].

Por supuesto, algo se perdió en el camino: la Ilustración erradicó la metafísica aristotélica; así, el aparato filosófico y metodológico, con el cual habían sido construidas las doctrinas de los escolásticos salmantinos, fue suprimido.¹⁷ Los juristas continuaron utilizando las doctrinas de los escolásticos salmantinos, pero ya no consideraban válido el soporte filosófico, metafísico y metodológico sobre el que estaban construidas; tampoco lo manejaban. En consecuencia, redujeron estas doctrinas a un agregado de reglas específicas, y las pasaron a sus sucesores hasta llegar al *Código Civil* francés. Gordley continúa:

Aunque estos juristas [de los siglos XVII y XVIII] preservaron las doctrinas escolásticas tardías, sin embargo ya no las explicaban con principios aristotélicos o tomistas. Tampoco les encuentran una explicación filosófica nueva. Por consiguiente, el significado de las doctrinas se volvió incierto. Los juristas a menudo mantenían la terminología aristotélica con la que se habían formulado estas doctrinas, pero no es posible estar seguros del significado que le daban. En la obra de algunos juristas del siglo dieciocho, como Christian Wolff (1679-1754), las formulaciones doctrinales escolásticas tardías comenzaron a desaparecer [Gordley, 1991: 71] [trad. del autor].

La supresión de las bases aristotélicas tuvo como resultado una gran confusión en cuanto al significado específico de las definiciones y las doctrinas.¹⁸ Gordley sostiene que una de las consecuencias de esta genealogía de doctrinas es que los abogados modernos están familiarizados solamente con los problemas que los escolásticos tardíos postulaban, y con algunas de las soluciones concretas

que suministraron.¹⁹ Yo propongo que el legado es mucho más rico: al utilizar los conceptos y las doctrinas elaboradas por los escolásticos salmantinos, los abogados modernos —incluyendo a los contemporáneos— han mantenido vivos muchos de sus planteamientos metodológicos y metafísicos subyacentes. Así parece ser, por lo menos en México. Al desprenderse de su aparato filosófico, las doctrinas a veces perdían o alteraban su significado técnico, como tendré oportunidad de demostrar en este capítulo y en las conclusiones. Sin embargo, como las doctrinas y las definiciones venían impregnadas de los métodos y supuestos aristotélicos y tomistas, no era posible separarlas completamente; permanecen inmersos en los códigos y en las doctrinas que se han desarrollado desde entonces. La arquitectura básica y los supuestos subyacentes todavía se pueden vislumbrar en la legislación y la doctrina. Esto es así particularmente en el caso de México,²⁰ ya que el asalto al aristotelismo fue tardío (a finales del siglo XVIII, pero sobre todo en el XIX) e importado de Europa: la ex colonia española, altamente católica —y, por ende, tomista—, había visto un florecimiento en la academia aristotélico-tomista hasta al final de sus días. Fue la reforma política, y no una revisión intelectual, lo que desterró al tomismo de la cultura docta.

Cuando los reformistas de finales del siglo XIX en México consiguieron el objetivo de construir un sistema jurídico moderno y un gobierno moderno mediante la importación de códigos modernos y una ciencia jurídica moderna, pensaron que habían dejado atrás el pasado teológico del derecho. Concebían la nueva ciencia jurídica como una versión moderna de la tradición de antaño del *ius commune*, sin las impurezas de su rama canónica. Era una versión secularizada del modelo de la revelación. Sin embargo, el modelo de la creación sería reintroducido en los ejercicios de inquisición normativa a través de los textos consagrados en los códigos. Las reglas jurídicas contenidas en los códigos de ayer y hoy difícilmente se pueden entender sin voltear hacia la rica tradición doctrinal que surge de los escolásticos salmantinos.

El proyecto liberal para la educación jurídica

Cuando en 1867 la República liberal impuso su hegemonía, luego de un largo periodo de guerras civiles, los reformistas fueron al fin capaces de implementar una profunda transformación en el sistema educativo. En derecho, el proyecto liberal sería institucionalizado a través de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que habría de ser la cuna de una nueva clase de juristas. Durante el resto del siglo XIX la continuidad institucional permitió el desarrollo profesional de los estudios

jurídicos y la adaptación periódica de los planes de estudios de manera consistente. Fue allí donde la dogmática jurídica mexicana moderna, la literatura jurídica y la clase de abogados se asentaron en lo sucesivo.²¹

Para finales del siglo XIX, el entorno institucional y los planes de estudio de la enseñanza jurídica habían sido transformados radicalmente.²² No obstante, el método de enseñanza no parece haberse desviado mucho del método escolástico del *ius commune*.²³ Una cosa que exacerbó aún más el enfoque en los textos legales autoritativos fue que la mayoría de los cursos carecía de libros de texto. Los programas de estudios a menudo reflejaban los índices de los códigos (Mendieta, 1997: 113-114).

En un principio, la Escuela de Jurisprudencia se basaba en doctrinas extranjeras, en especial de la Escuela de la Exégesis francesa (Mendieta, 1997: 317). Libros viejos adaptados de comentarios españoles sobre derecho real, que habían florecido a finales del siglo XVIII y principios del XIX, fueron remplazados por autores franceses modernos.²⁴ Esta adopción de literatura jurídica extranjera reflejaba el trasplante legislativo de códigos europeos modernos que emulaban el Código Civil francés de 1804. En las décadas siguientes, la adopción sin adaptación de textos extranjeros cedería paso a la producción de literatura jurídica moderna que comentaba la nueva legislación nacional, la cual giraba en torno a los diversos códigos. Estos textos, aunque plagados de citas de autores franceses y otros extranjeros, fueron los inicios de una producción estable de literatura jurídica nacional. Es precisamente en esos años cuando podemos estudiar los cimientos del pensamiento jurídico mexicano moderno.²⁵

Los positivistas

Hay un paso más que señalar antes de abordar el pensamiento jurídico moderno, según se consolidó a finales del siglo XIX, y es el movimiento intelectual dominante de final de siglo en México: el positivismo. Las aspiraciones científicas de la ciencia jurídica moderna, analizadas en la siguiente sección, se pueden entender mejor en el contexto del discurso intelectual hegemónico. El positivismo se convirtió en la filosofía oficial del régimen liberal en 1867²⁶ y entró al currículum jurídico en los últimos años del siglo XIX y los primeros del XX.

Políticamente, el positivismo representaba una filosofía que podía contraponerse al catolicismo conservador, y a la vez servir como un contrapeso al liberalismo radical de principios y mediados del siglo XIX. Surgidos originalmente

como una variante del movimiento liberal, los positivistas se interesaban más en el orden social que en la transformación social, más en el progreso material que en las libertades políticas.²⁷ Ideológicamente, pretendían que el positivismo, la filosofía oficial, sustituyera a la fe católica y proporcionara orientación espiritual y cohesión social a la nación.²⁸ Dado que las razones para intentar dicha sustitución eran primordialmente políticas —es decir, como el objetivo central de los liberales era separar a la Iglesia del Estado—, la adopción retórica de la nueva filosofía resultó mucho más importante que seguirla en lo que a métodos y sustancias se refiere. Positivismo significaba, antes que nada, “no clerical” y “no católico”. Con objetivos tan específicos, los positivistas acabaron siendo mucho más similares a los escolásticos de lo que habrían deseado.

Metodológicamente, el positivismo se concebía como lo opuesto al escolasticismo católico. Según los positivistas, el método positivo consistía en “la observación de hechos, [y] la anotación de sus relaciones constantes” (Zea, 1968: 446). Por otra parte, “la lógica aristotélica, la lógica de los escolásticos, debe ser rechazada” (*ibid.*, 355).²⁹ No obstante, había muchas más similitudes que lo que la retórica revela. Los principios de la ciencia —al igual que los principios que les precedían, divinamente inspirados— se pensaban infalibles (*ibid.*, 267-268). La ciencia moderna, al igual que la teología medieval que pretendía erradicar y sustituir, trataba de verdades incontrovertibles y demostrables.

Los positivistas atribuyen a la ciencia una cualidad sobrehumana; creen que, a través de ésta, es posible obtener el acuerdo de todos los hombres; que a través de ella es posible obtener un acuerdo universal, lo cual no era posible con la religión o la metafísica. Por eso, la ciencia era el mejor instrumento mediante el cual era posible formar una ideología para llevar a todos los mexicanos a un acuerdo. Todos los hombres pueden estar de acuerdo con las verdades de la ciencia, porque sus verdades son demostrables [*ibid.*, 197].

El papel de la verdad en el positivismo, al igual que en las filosofías escolásticas teológicamente imbuidas, es el de legitimar un orden o una moralidad. Para el positivista, al igual que para los escolásticos (segundos y primeros), la moralidad es una cuestión de verdad, aunque la fuente de esa verdad proviniera de fuentes distintas: “[...] la moralidad es un *hecho* independiente de toda idea religiosa o metafísica [sin embargo, al igual que en la teología salmantina, para poder saber cómo actuar] es suficiente consultar con la naturaleza” (*ibid.*, 111). Dado que las verdades científicas son los únicos puntos de partida sólidos para la especulación racional, y como la sociedad misma está sujeta a la evolución de acuerdo con la naturaleza y por ende sujeta a la verdad científica (*ibid.*, 242), los positivistas también creían que

el orden público debe estar basado ideológicamente en la ciencia positiva, porque no hay en sus principios cabida para disputas o discordia y porque sus principios son demostrables, a diferencia de aquellos de la metafísica o teología, los cuales son indemostrables; por ende la utilidad de la ciencia positiva como doctrina es establecer el acuerdo mental de los mexicanos [*ibid.*, 198].

La ciencia había de sustituir a la divinidad como la fuente de la verdad. La ciencia había de dictar el orden de la sociedad. La moralidad y la organización social dependen de la verdad, y las verdades (científicas o no) son incuestionables. La autoridad de aquellos con el poder de ofrecer a los demás dichas verdades es, por consiguiente, legítima.

Esto se puede decir tanto de católicos como de positivistas. Ambos pretenden poseer la verdad; en otras palabras, ambos pretenden tener verdades válidas para toda la sociedad, ambos pretenden, por sus verdades, tener derecho a ocupar el poder espiritual de la sociedad. Las verdades teológicas al igual que las científicas son presentadas e incuestionables; solamente una verdad revelada no puede ser discutida; tampoco una verdad demostrada. Ambas ideologías pretenden el dominio o el poder sobre la sociedad; sus verdades son incuestionables de una u otra manera [...] Ambos, católicos y positivistas, piensan que sus verdades son válidas para todos, que las verdades de otros sólo tienen el valor que ellos quieran darles [*ibid.*, 219].

Tanto los tomistas como los positivistas volteaban hacia la naturaleza buscando verdad; también volteaban hacia la verdad buscando autoridad moral y política. Para ambos, la naturaleza se entendía como un orden constante y para ambos el desarrollo de los asuntos humanos era direccional.

Para los positivistas, la educación era el centro del cambio espiritual (*ibid.*, 142). Su intervención en la academia jurídica era guiada por su fe incondicional en la ciencia, la cual informaba su entendimiento de todas las áreas de conocimiento. Leopoldo Zea, la autoridad más respetada sobre los positivistas mexicanos, nos dice, en relación con su trato de la moralidad, que “[...] el vocabulario de la ciencia estaba de moda y era usado sin entender su significado auténtico” (*ibid.*, 155). Lo mismo se puede decir del derecho.

Los positivistas abogaban por ir más allá del estudio de los códigos para ofrecer al estudiante una mejor comprensión de la economía y la sociedad mexicanas (Mendieta, 1997: 115). Bajo la influencia de Miguel Macedo, uno de los positivistas más influyentes tanto en el gobierno como en la educación, se estableció un nuevo plan de estudios para la Escuela de Jurisprudencia en 1897. La estructura fundamental consistía en dos clases de cursos: unos específicos para la profesión jurídica,³⁰ y otros suplementarios para dar al estudiante destrezas técnicas.³¹ Este modelo intentaba ofrecer una formación

multidisciplinaria a los abogados y ampliar sus perspectivas más allá de las de la educación jurídica tradicional.³²

Los positivistas eran ávidos críticos de la dogmática jurídica. Sin embargo, la forma de entender el derecho que la dogmática jurídica implicaba demostró ser difícil de transformar.³³ El modelo de Miguel Macedo de dos conjuntos paralelos de cursos, uno jurídico y uno técnico, tuvo como consecuencia la de aislar los cursos “jurídicos” de la influencia multidisciplinaria que el modelo intentaba promover. Al contar con esferas claramente delimitadas, en las cuales la doctrina legal y otras disciplinas serían impartidas en cursos separados, la dogmática jurídica y las ciencias sociales avanzarían en paralelo a lo largo de la enseñanza jurídica, pero sin mucha interacción. La estructura dual del plan de estudios permitiría a los abogados mantener su terreno intacto, sin que las otras ciencias sociales los afectaran. Los abogados, sin embargo, no sólo retuvieron su terreno, sino que también se apropiaron de los cursos extradisciplinarios introducidos por los positivistas. Por décadas, las ciencias sociales carecieron de espacios institucionales propios en la academia.³⁴ Esto tuvo como resultado una escasez de científicos sociales, lo que conllevó a que fueran los abogados mismos quienes impartieran cursos en disciplinas ajenas a la dogmática jurídica, como sociología y economía política.³⁵

La academia jurídica, la ciencia jurídica (esto es, la dogmática jurídica) y, en general, la cultura jurídica profesional durante todo el siglo xx e inicios del xxi han sufrido importantes transformaciones, sin lugar a dudas. La academia jurídica y la práctica han participado en un proceso expansivo, en el que periódicamente se introducen materias jurídicas nuevas, y se ha producido considerablemente más literatura jurídica nacional.³⁶ Entre los cambios sustantivos de la educación jurídica destacan las instituciones de masas y la explosión en el número de instituciones que ofrecen educación jurídica. No obstante, a través de estos cambios, el modelo de entendimiento jurídico, la dogmática jurídica y la academia jurídica han permanecido básicamente constantes.

Para entender mejor la dogmática jurídica, de ayer y de hoy, analicemos más de cerca la literatura jurídica de principios del periodo moderno del derecho mexicano.

La ciencia jurídica que se consolidó a finales del siglo XIX —la dogmática jurídica— se define en oposición a las ciencias jurídicas medievales. Estas últimas se consideraban atadas a la religión y a la superstición.³⁷ La ciencia jurídica moderna, en contraste, abreva de la ciencia moderna, suele pensarse.³⁸ “Sigue con perseverancia incansable el curso de la revolución humana, como el astrónomo sigue el curso de los astros” (Pallares, 1897b: CXI).³⁹ La ciencia jurídica moderna, habiendo “dejado de ser una ciencia misteriosa [es el patrimonio común de] legisladores, jueces y maestros [...] sus ‘depositarios’ ” (Verdugo, 1897: 7).

La ciencia jurídica moderna se pretende así de utilidad práctica. La legislación ha de ser la culminación de la aplicación de la dogmática jurídica.⁴⁰ Esta proximidad entre la legislación y la ciencia jurídica, lejos de tildar a la segunda de política, purifica a la primera de ser resultado de las disputas políticas.⁴¹ El autor Manuel Mateos Alarcón, por ejemplo, se preocupaba constantemente por la utilidad práctica de las doctrinas. A menudo enfatizaba cuáles doctrinas tenían utilidad práctica y cuáles no.⁴² Por contraste, al escolasticismo —i. e., las doctrinas denominadas como escolásticas— lo descarta por ser “de utilidad práctica nula”.⁴³

La dogmática jurídica, para los abogados, se imagina así como una ciencia social empírica. Agustín Verdugo, por ejemplo, le dice al lector que, en su búsqueda de “la ciencia del derecho [ha reunido] un gran número de datos jurídicos en todos y cada uno de los artículos del Código Civil” (Verdugo, 1885: v y VII). Jacinto Pallares descarta los debates premodernos por considerarlos “puramente literarios, de compromiso gramático [mientras que en la ciencia moderna] sabios eminentes [...] han interrogado a la historia, han registrado los aspectos más secretos del organismo social; [y lo han hecho] distanciándose ellos mismos del seno de los concepcionales [*sic*] jurídicos anticuados y de las ruinas arqueológicas sociales” (Pallares, 1897b: xcix).⁴⁴

Sin embargo, en contraste con la ruptura radical que, en el imaginario de algunos, representa la ciencia jurídica moderna, el trabajo de los juristas de fin del siglo XIX es fundamentalmente una representación de viejas doctrinas, o de viejas reglas sustantivas, como si fuesen el producto de una novel y moderna ciencia jurídica. Por ejemplo, Mateos Alarcón presenta la definición de la igualdad, y acto seguido extrae de ésta “tres axiomas” que, en realidad, son antiguas reglas de origen cristiano y romano: “No hagáis para con otros lo que no queréis que os hagan./Las cosas que queráis que los hombres hagan con vosotros, así también haced vosotros con ellos./A nadie le está permitido

enriquecerse en perjuicio de otro” (Mateos, 1885: v3, 8). Lo que anteriormente eran mandamientos religiosos se presentan ahora como axiomas científicos.⁴⁵

En pocas palabras, la inquisición normativa se concibe como una ciencia, de la misma forma que sus antecesores medievales. Los juristas modernos, sin embargo, se definen explícitamente diferenciándose de sus predecesores escolásticos y sus preocupaciones metafísicas. Para fines del siglo XIX, derivan su retórica de la filosofía positivista que predominaba en las instituciones académicas y que reivindicaba una orientación pragmática y empírica. Su doctrina sustantiva, sin embargo, es simplemente la representación de las doctrinas de sus predecesores, de orientación metafísica, en jerga moderna. En las secciones siguientes analizaré las continuidades entre la dogmática jurídica moderna y sus antecesores, las ciencias jurídicas medievales del *ius commune* y la teología moral salmantina. Por ahora, basta señalar el contraste entre la retórica de ruptura y una enorme continuidad en la práctica.

Antes de discutir más a fondo el trabajo de los abogados de finales del siglo XIX y principios del XX, así como los legados de los modelos de revelación y de creación que allí se encuentran, quisiera aclarar algunos aspectos acerca de las obras mismas. La literatura jurídica más influyente, producida durante ese periodo —y desde entonces—, es el “tratado” o “libro de texto”. Los tratados se utilizan como libros de texto, y los libros de texto a menudo se presentan como tratados. No existe una distinción clara entre los dos tipos de literatura.⁴⁶ Es de estos tratados de donde obtengo la mayoría de mis ejemplos.

Los tratados consultados para esta investigación sirven de ejemplos tanto para el modelo de la revelación como para el de la creación. Características de ambos modelos se pueden encontrar simultáneamente en estos textos, ya sea como discusiones o temas separados, o bien entrelazados en la discusión de un mismo tema. Como mencioné anteriormente, en parte esto se explica por el hecho de que la legislación había incorporado directamente la doctrina y difícilmente se podía comprender sin referirse a ésta. Si un autor, con un enfoque textualista de acuerdo con el modelo de revelación, se encuentra con una definición o una regla que surge de la doctrina desarrollada bajo el modelo de creación, es muy probable que tenga que ir fuera del texto en busca de las doctrinas para poder abordar debidamente la regla en cuestión.

Por último, hay muchos aspectos de la dogmática jurídica que aparentemente trascienden el modelo de la revelación, así como el de la creación: la dependencia misma de autoridades, incluyendo las extensas citas de autoridades extranjeras y hasta de legislación extranjera es uno de ellos. El volumen de dichas referencias es inmenso en la dogmática jurídica. Este aspecto pareciera trascender ambos

modelos de inquisición normativa. Por una parte, es claramente una continuación de la tradición medieval de la *communis opinio*; por la otra, representa una dependencia seria en las discusiones doctrinales ricas, que tienen lugar fuera del texto, y que a menudo explican doctrinas y definiciones heredadas del modelo de creación. No analizaré estos aspectos en detalle porque son más bien un subproducto, y no un ejemplo central, de la persistencia de ambos modelos de inquisición normativa y de su conflación.

Ubicando la ciencia jurídica moderna: la culminación de una tradición

Si bien rechaza el escolasticismo (en ambas vertientes) en su metodología, la dogmática jurídica se pretende construida sobre una tradición milenaria de derecho romano.⁴⁷ La dogmática moderna se concibe como la culminación de una tradición milenaria. Para la dogmática moderna, la historia del derecho es una historia común de la civilización occidental, y data desde sus inicios en la antigua Roma. Es una historia progresista que relata un acercamiento cada vez mayor a la perfección mediante dos manifestaciones paralelas: la académica y la legislativa. “El derecho civil de los pueblos modernos, basado en los institutos justinianeos, ha ido determinando y especializando el sentido de lo que se conoce como derechos civiles, y delimitando la esfera de sus enseñanzas teóricas y de la codificación jurídica” (Pallares, 1897a: 1).⁴⁸ La continuidad en la tradición del derecho romano consiste en algo más que un hecho histórico; es un desarrollo natural y una empresa trascendental. Pallares nos habla de la “lógica inmortal del derecho romano” (*ibid.*, CII).

Así, la innovación no es tan bienvenida como la retórica de la modernización parecía sugerir. Verdugo nos advierte acerca del “peligro de introducir innovaciones en la tradición de la jurisprudencia, aumentando las disputas y los errores” (Verdugo, 1885: vi). Mateos Alarcón asegura que “en el derecho es difícil, si no es que imposible, inventar” (Mateos, 1885: 3).

Al final, el derecho contemporáneo está considerado como íntimamente relacionado con la tradición de antaño, al grado de que se vuelve fungible. La legislación moderna se compara directamente con el derecho romano antiguo y con el derecho hispánico antiguo, y si existen diferencias, es necesario explicar cómo la divergencia está “perfectamente justificada” (Mateos, 1885: 4). Las definiciones jurídicas modernas se explican en referencia a las definiciones doctrinales de la antigua Roma. Mateos Alarcón no titubea al utilizar las reglas interpretativas “establecidas” por “la jurisprudencia fundada en los principios del

derecho romano” (*ibid.*, 71) para interpretar el derecho contractual moderno. Explícitamente elige su propia lista de reglas interpretativas refiriéndose al último título del *Digesto*, D.50.17, cuyas reglas “se pueden aplicar hoy, en tanto no discrepen de las establecidas en el Código Civil” (*ibid.*, 73).

El alcance de la ciencia jurídica moderna: ciencia universal y doctrina extranjera

El movimiento secular nacionalista en la cultura jurídica coexiste con pretensiones universalistas de la doctrina jurídica. La construcción de un conjunto de leyes propiamente nacionales para la joven república depende en gran medida de la importación de legislación y doctrinas extranjeras, y de la validez universal de la ciencia jurídica. La ciencia jurídica occidental se considera una práctica común o un conjunto de conocimientos aplicable comúnmente. El carácter trascendental y universal del derecho, que en las tradiciones medievales dependía de la relación entre el derecho y lo divino, sigue siendo parte de la ciencia jurídica moderna, pero con la premisa de la empresa científica universal y trascendente. Como la verdad y la acumulación progresiva de conocimientos son, respectivamente, el fin y los medios de la ciencia, los científicos jurídicos deben voltear hacia donde (se piensa que) la ciencia esté más desarrollada. Agustín Verdugo señala que, ante la falta de doctrina nacional, abogados y juristas se han visto obligados a recurrir a autores doctrinales extranjeros, particularmente españoles y franceses (Verdugo, 1885: VI). La importancia de los autores extranjeros de doctrina jurídica difícilmente se puede exagerar.⁴⁹ Pero, de nuevo, existe una disparidad entre lo que los juristas afirman hacer y lo que en realidad hacen. Los autores mexicanos tienen cuidado de no prometer una aplicación exacta de la doctrina extranjera. Verdugo dice que “tribunales y abogados siempre han recurrido [...] a los textos de comentaristas extranjeros, especialmente franceses y españoles” aunque, advierte, “sus explicaciones, si bien indudablemente se refieren a leyes similares a las nuestras, no son exactamente aplicables a nuestros códigos [...]” (*ibid.*, VI). Lo más común, sin embargo, es que él haga precisamente eso: aplica explicaciones extranjeras, de derecho extranjero, directamente al derecho nacional. Mateos Alarcón describe su tratado como “una comparación [...] de las doctrinas y teorías [de los autores más notables] a nuestra ley” (Mateos, 1885: 3). Su obra, no obstante, se puede caracterizar mejor como una interpretación del derecho nacional a la luz de las doctrinas extranjeras.

Las tensiones inherentes a esta situación de nacionalismo jurídico construido sobre el derecho y autores extranjeros explican el ímpetu por el desarrollo de doctrina nacional que pudiera explicar el derecho nacional: Verdugo explícitamente dice que su objetivo al escribir su libro era ofrecer un texto de doctrina “tan nacional como fue posible para mí” (Verdugo, 1885: VI). Para la tarea de nacionalización, presenta la doctrina “en vista de la historia y de la filosofía de nuestro Código Civil, y citando en cada comentario los fallos de las cortes publicados hasta hoy en los distintos tribunales de la República”.⁵⁰ No queda claro cuán nacional es en realidad la nueva doctrina. La acumulación de opiniones de autores reconocidos es una función clave de la literatura doctrinal. Verdugo afirma haberse “esforzado por incluir en mi trabajo las doctrinas más autorizadas de juristas distinguidos tanto nacionales como extranjeros, para que exista en éste un registro de lo que originalmente se puede encontrar solamente en tratados extendidos o raros, o en colecciones de revistas que están perdidas, o de las cuales es difícil localizar una cita exacta” (Verdugo, 1985: VII). En realidad, la doctrina nacional es un vehículo importante para la difusión de la doctrina extranjera.

Todavía a principios del siglo xx, Jacinto Pallares afirmaba que la doctrina extranjera es el mecanismo para el avance de la ciencia jurídica. Y “podemos decir con toda seguridad que la luz que debe iluminar las sombras de nuestro código está allí, en los comentaristas de códigos extranjeros, especialmente el francés; porque esos comentarios, esas doctrinas, esos trabajos de filosofía y coordinación son los que deberían darnos la clave para explicar y aplicar nuestro derecho civil” (Pallares, 1979: 539).

La encarnación de la ciencia jurídica moderna: el código

Las piedras angulares de la modernización y la nacionalización del derecho fueron los códigos. El deseo de tener un código (“para el que existe tal necesidad”) siempre es evidente y nunca se justifica a fondo (Sierra, 1860: II). El código es a la vez la encarnación de los ideales científicos y de modernización que los juristas modernos buscaban, y la culminación de una tradición jurídica que se extiende a través de los siglos. El Código Civil, en particular, es el corazón del sistema jurídico. Se considera el centro de un sistema legal: las secciones introductorias del Código Civil son aplicables a toda la legislación. Verdugo coloca el Código Civil como el pivote sobre el cual gira todo el sistema legal. “[...] Los principios del derecho general” por ser “las reglas principales que han de

observarse en la aplicación de las leyes [...] indispensables para un mejor entendimiento y aplicación del derecho civil [se colocaban] al frente del código más importante de la República” (Verdugo, 1885: 11-12).⁵¹

De manera muy similar a los textos autoritativos de las ciencias jurídicas medievales, el código se considera un conjunto de leyes estable, casi permanente, armonioso, consistente y racional. Pallares dice que “todos los pueblos tratan siempre de preservar su Código Civil intacto [...]” (Pallares, 1897a: III). Pero a diferencia de los textos autoritativos medievales, el carácter racional, consistente y coherente del código no es resultado de voluntad o inspiración divina, sino producto de la ciencia (Méndez, 1894: 11-14). Pallares relaciona la estabilidad con el carácter racional y consistente del texto: “porque regularmente es un trabajo de lógica, de armonía, de método, de larga y ponderada preparación, de consistencia muy necesaria [...]” (Pallares, 1897a: III). Además, advierte que el cambio debe mantenerse en los márgenes del código, es decir, en legislación específica fuera del código, “para no enredar con reformas frecuentes las múltiples relaciones que sistematiza y ordena; por esta razón, las leyes que modifican un Código Civil lo hacen sólo indirectamente, y en vista de las reformas de un orden diferente del civil, o bien por leyes aisladas que la necesidad impone” (*ibid.*, III). Para lograr la estabilidad requerida, se necesita un nivel de desprendimiento de las pasiones.⁵² Y es la razón la que lo ofrecerá.

Un código moderno difiere de las recopilaciones jurídicas del pasado en que el primero es producto de la ciencia; las recopilaciones jurídicas carecen de sistema y de ciencia. “Las producciones de diversos siglos y diversos gobiernos pueden ser mencionadas a través de la historia, pero nunca descritas por un jurista como un código sistémico” (Munguía, 1844: 18). Lo que “hoy conocemos como código” es “un conjunto de doctrinas, o un sistema ordenado de legislación” (Salvá, 1844: 3). Por el contrario, las recopilaciones jurídicas coloniales eran “simplemente una recopilación” de decisiones legales, “las cuales son por naturaleza fallos en casos especiales, reglas adoptadas para que el dominio sea sólido y duradero, reglas que a final de cuentas van dirigidas concretamente a un objetivo determinado, y que deben de seguirse en circunstancias singulares” (*ibid.*, 3-4).

El código es, simultáneamente, un vehículo de trasplante extensa de legislación y doctrinas extranjeras y la piedra angular del nuevo sistema jurídico nacional que, por fin, independizará jurídicamente a México de España. Como producto de la ciencia, puede ser, y es, trasplantado de Europa. Los códigos modernos, paradigmáticamente el Código Civil francés de 1804, ofrecen método, estructura, principios, doctrinas y, a menudo, reglas específicas. Son, bastante textualmente, un paradigma: un ejemplo ostensivo a ser reproducido.

Verdad y realidad en la ciencia jurídica moderna

La doctrina jurídica habla en verdades, como corresponde a una ciencia.⁵³ La idea de la verdad en la imaginación jurídica es todavía la de un cuerpo de conocimientos preexistente, estático, relativamente desprendido del contexto. La realidad y la transformación del mundo juegan un papel muy pequeño o nulo en el núcleo de la doctrina jurídica. La historia no se toma en cuenta, excepto como el escenario del desarrollo natural de los acontecimientos. Subyace una narrativa en la cual el derecho se desenvuelve en un mundo ideal que se encuentra en oposición al mundo material, lo que recuerda los orígenes medievales de los entendimientos jurídicos. En la narrativa de Verdugo sobre la evolución jurídica, la historia y lo material se encuentran en oposición al desarrollo del derecho y de los ideales jurídicos.

Todas las verdades del orden moral no han ascendido a la cima de principios vinculantes y aceptados universalmente, pero luego de haber arrastrado una marcha laboriosa en las corrientes de los siglos, ya sea luchando contra instituciones antiguas, que intentaban ir en su contra y evitar su aplicación, o bien presentándose sólo como un ideal luminoso en la inteligencia de unos pocos hombres preeminentes, quienes las proclamaron primero a la indiferencia y luego a la irritación de sus contemporáneos [Verdugo, 1885: 3].

La retórica corresponde a la de la lucha espiritual contra lo material, del bien contra el mal, y de lo elevado contra lo mundano. Trata de cómo lo que es en un principio sólo potencia se vuelve realidad. El derecho (en su sentido más amplio) sigue siendo universal y verdadero, a pesar de hechos mundanos y concretos:

No cabe duda que todo precepto fundado en la justicia, aun cuando no sea tan claro o evidente como el que se comenta, aún si puede olvidarse en la práctica a causa de circunstancias pasajeras, reaparece siempre en la esfera de las ideas y obliga a los pueblos, por lo menos, a pagarle tributo, aún si el homenaje es sólo teórico [*ibid.*, 4].

La historia explica las excepciones, los errores y la adulteración de los principios generales; pero los principios mismos se explican por la verdad moral y la naturaleza. Los hechos concretos, cuando influyen en el derecho, lo hacen de manera inapropiada. Verdugo cuenta “las frecuentes influencias de los hechos sobre el derecho [entre las] lamentables imperfecciones que en el nombre de los maestros de la ciencia y de la judicatura misma [los juristas] esperan denunciar” (Verdugo, 1897: 7).

En este contexto, no es sorprendente que encontremos que la historia del derecho sea meramente la historia legislativa. Los hechos, aún los hipotéticos,

están ausentes. Mateos Alarcón ejemplifica cada clase de contrato con una lista de los tipos abstractos de contratos que pertenecen a esa clase. Nos dice: “Pocos ejemplos harán más comprensible la teoría sobre la cual se funda la subdivisión de los contratos bilaterales./En contratos de venta y renta, por ejemplo, los cuales son perfectamente bilaterales, simultáneamente vienen a ser, como efecto del consentimiento, dos obligaciones y dos acciones a favor de las partes contratantes [...]” (Mateos, 1885: 9). Le sigue una repetición de las definiciones abstractas de ambos contratos, que habían sido presentadas al lector en los párrafos anteriores.

EL LEGADO DE LA REVELACIÓN

La manera en que la ciencia jurídica moderna se imagina a sí misma y al derecho que estudia y al que da forma mantiene características clave de la tradición medieval del *ius commune*. En el capítulo I argumenté que la ciencia jurídica medieval de los glosadores, la cual se encuentra en el centro de la tradición del *ius commune*, se puede considerar construida sobre el paradigma de la ciencia medieval: la teología. Las ciencias jurídicas medievales, como la teología que emulaban, fincaban sus premisas en el carácter revelado del conocimiento y, por consiguiente, se enfocaban en las instancias en las que el conocimiento se revelaba: textos divinos que descubrían la voluntad divina en la teología; textos jurídicos autoritativos que descubrían la voluntad divina (indirectamente) en el derecho canónico, y *ratio scripta* en el derecho civil.

Los legados de la tradición del *ius commune* que sobreviven en la ciencia jurídica moderna giran en torno de los textos jurídicos autoritativos. Incluyen la centralidad de los textos autoritativos, el recurso de la lógica como herramienta metodológica con la cual interpretar los textos, y la idea del derecho como un todo sistémico que, cuando se aborda con una mente sutil, puede ofrecer respuestas a todas las preguntas jurídicas. También de la tradición del *ius commune*, ciertas prácticas concretas han sido legadas a la ciencia jurídica moderna. El uso de la *communis opinio* y la dependencia de autoridades establecidas son dos de ellas.

Reverencia al texto

La fuerza del texto autoritativo, hegemónico a finales de la Edad Media en Europa, persiste en la ciencia jurídica moderna. Los textos autoritativos de las

ciencias jurídicas medievales, el *Corpus iuris canonici* o el *Corpus iuris civilis*, se consideraban, respectivamente, revelación de la voluntad divina mediante inspiración divina o bien indirectamente como manifestaciones literales de la razón. En la ciencia jurídica moderna, en cambio, son textos legislativos elaborados por el órgano político, representante del pueblo soberano. En ambos casos, los textos jurídicos autoritativos son la manifestación de una autoridad que trasciende el derecho positivo que se encuentra en los textos mismos. En las ciencias jurídicas medievales, la autoridad del texto tenía un significado religioso; en la ciencia jurídica moderna se trata de su significado político. Tanto la religión como la política están más allá del derecho, y ambas son la fuente de su autoridad.

En el caso de los textos legislativos modernos, puesto que el soberano está presente —o más bien representado—, el texto legal ya no es permanente o fijo.⁵⁴ El texto sigue siendo, no obstante, estático para todos excepto para el soberano, y así se mantiene estático hasta que la autoridad soberana se manifiesta (revela) de nuevo en versiones nuevas del texto. Tanto el juez como el jurista deben prestar atención a la voluntad manifiesta (revelada) del soberano.⁵⁵ El trabajo de jueces y juristas empieza *después* de que el texto propuesto se manifiesta. Políticamente, esto tenía que ser así, ya que la legislación era la manifestación primordial de la voluntad del soberano popular. Para la ciencia moderna del derecho, la autoridad de la legislación, del texto legal, es un dogma fundamental. Así se explica a sí mismo el gremio jurídico el carácter dogmático de la ciencia jurídica y su denominación de *dogmática jurídica*.

Este entendimiento a veces se traduce en reduccionismo textualista. La ley se describe a partir de la legislación como modelo más puro del derecho. El derecho es una “colección de leyes” y una ley es “una regla de conducta establecida por la autoridad” (Mateos, 1885: 5). El hecho de que la legislación sea primordial a menudo se enfatiza. Retóricamente, Mateos Alarcón afirma estar “siguiendo estrictamente el orden establecido por el Código Civil” (Mateos, 1885: 14) en su trabajo doctrinal. Su tratado, publicado en 1885, se titula *Lecciones de derecho civil: estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*; esto es, las lecciones de derecho civil no son otra cosa que estudios del Código Civil.

Sin embargo, en la práctica de la ciencia jurídica moderna, el homenaje al texto es más formal que sustantivo. Por ejemplo, el interés de Verdugo en el texto es manifiesto, ya que todas sus discusiones de doctrina empiezan con una cita directa de cada artículo por comentar. El tratado comenta artículo por artículo, generalmente dándole seguimiento al código. Sin embargo, el contenido sustantivo de su tratado da un lugar más central a la doctrina que al texto.

Después de la cita, cada artículo recibe una explicación en relación con su importancia doctrinal —digamos como un principio de derecho aceptado universalmente, a diferencia de una regla particular de derecho; luego en relación a su genealogía, o, digamos, el producto de una larga tradición que alcanza hasta la Antigüedad—; después en relación con su lugar en importancia en el universo jurídico —es decir, cuán amplia o estrecha es su aplicabilidad en relación a las distintas áreas del derecho—, y, por último, y sólo brevemente, como una regla jurídica dentro de un texto jurídico autoritativo para ser interpretado analíticamente.⁵⁶ Su tratado es doctrinal, pero no deja de fundamentar cada discusión en un texto jurídico específico. La doctrina debe rendir pleitesía al texto jurídico (véase Verdugo, 1885). Cuando el orden del tratado diverge del orden exacto del texto, Verdugo siente la necesidad de aclarar el porqué; y nos dice, en una nota, que el “sistema de comentarios” así lo requiere (Verdugo, 1885: 14).⁵⁷

La reverencia al texto requiere que la interpretación y la doctrina no depongan la idea de que la legislación es la piedra angular de la ley. Por ende, la interpretación no modifica la legislación, aun cuando el que interpreta es el legislador:

El acto incorrectamente conocido como ley interpretativa no es ley; es simplemente una interpretación de una ley anterior, cuya inteligibilidad presentaba dificultades. Pero, siendo ésta la interpretación de una ley, cualquiera que sea la autoridad que interpreta, no es más que la misma ley interpretada, se infiere que la incorrectamente denominada ley interpretativa, es decir, la interpretación, se puede aplicar a acciones previas, sin infringir el principio de la no retroactividad; ya que no es la interpretación la que se aplica, sino la ley interpretada [Mateos, 1885: 14].

Cuando se reconoce explícitamente que los textos legales, las leyes (o estatutos), no agotan la inquisición normativa, esto se explica por razones externas a la legislación, y no internas. En la sección “Sobre la aplicación de la ley”, Mateos Alarcón asume que el silencio de la ley no es un defecto esencial del sistema, sino resultado de accidentes en los hechos, “porque las leyes no pueden prever todo caso *contingente*” (Mateos, 1885: 21).⁵⁸ Estas lagunas, por suerte, se cubren con los recursos auxiliares del sistema jurídico, previstos y contenidos en las leyes mismas: “Cuando una controversia judicial no se pueda decidir ni con el texto, ni con el *sentido o espíritu natural de la ley*, ha de decidirse de acuerdo a los *principios generales de derecho*, tomando en consideración todas las circunstancias del caso (Código Civil, artículo 20)” (Mateos, 1885: t. 1, 21).⁵⁹ Toda aplicación válida de la ley es por ende interna al sistema legal, aun si va más allá del texto explícito, como respuesta excepcional a un accidente.

La interpretación se minimiza. Los intereses personales y las pasiones de los individuos son el problema, no las lagunas en el texto: “La interpretación de la ley es una necesidad, porque, aun cuando la tan difícil cualidad de precisión y claridad en la ley se logra, ésta se modifica, si no es que se destruye, por los constantes intereses de los litigantes, y los argumentos utilizados por ellos en su defensa” (*ibid.*, 21). Esta afirmación no tiene sentido, por supuesto, pero demuestra cómo la necesidad de interpretar el texto legal se atribuye a fuentes externas a éste; en este caso, intereses particulares y retórica. Mateos Alarcón tranquiliza todavía más al lector indicando que la interpretación es una práctica aceptada por la tradición, aclarando que, “desde los tiempos más remotos, el principio de requerir la interpretación ha gobernado”, y para *probarlo* cita dos fragmentos del *Digesto* de Justiniano (*ibid.*, 21). Continúa y le resta importancia a la interpretación: “[a] decir verdad, la interpretación se puede dar solamente en dos casos: [en la falta de claridad o precisión en la redacción del texto, o bien] cuando la redacción del precepto jurídico, aunque clara y precisa, no expresa con exactitud la mente del legislador” (*ibid.*, 22). Los dos casos reducen el asunto a error humano, y se consideran excepcionales, no regulares.

A final de cuentas, de alguna manera todo debe volver a los textos.

Lógica y sistema

La doctrina jurídica preservó la dependencia del *ius commune* en la lógica para construir la idea de un sistema jurídico completo. Es aquí donde se pone en evidencia la autoridad de la ley como producto de la razón (trascendental), y no como producto de la voluntad (política) manifiesta. El carácter de verdad requerido para suponer que un texto específico era un todo completo, coherente y consistente no resultaba problemático para las ciencias jurídicas medievales, ya que sus textos jurídicos autoritativos eran la obra de patriarcas de la Iglesia divinamente inspirados, la *ratio scripta* de un emperador romano devoto, o bien la revelación divina misma. Sin embargo, se vuelve mucho más problemático cuando los textos autoritativos son producto de la voluntad política, expresados a través de una asamblea representativa. Así, con su fe en la lógica y en el sistema, la ciencia jurídica moderna mantiene otra característica de su ascendencia medieval que poco o nada tiene que ver con los referentes de autoridad de la modernidad.

El papel de la ciencia jurídica es precisamente el de trabajar hacia “la gran patriótica y bienhechora idea de la unidad de todas nuestras leyes, hoy destruida

por un verdadero laberinto de zonas jurídicas” (Verdugo, 1897: 8).⁶⁰ La idea del sistema está relacionada con la estructura deductiva que se supone que tome el razonamiento jurídico. Esta dependencia de la lógica y la abstracción, que fue una característica central de la actividad de los juristas medievales, es aún más importante en el imaginario de la doctrina jurídica moderna.⁶¹ Los juristas “deducen” (Mateos, 1885: t. 1, 49) de “axiomas” (*ibid.*, 23) o “principios” y llegan a “conclusiones” (*ibid.*, 49). Cuando su autoridad es aceptada universalmente, un “principio ha alcanzado el rango de axioma” (Mateos, 1885: t. 1, 32). La técnica de Justiniano de usar reglas generales abstractas para cerrar el sistema jurídico mediante la interpretación también es utilizado por Mateos Alarcón (véase Mateos, 1885: 71).

Las virtudes centrales del derecho están relacionadas con su carácter sistémico y lógico.⁶² Los casos específicos también deben caer dentro del todo deductivo y exhaustivo que se supone que es el derecho. El jurista recurre a “los principios generales del derecho” porque “la solución que se busca en un caso particular y concreto, por necesidad, tiene que llevar a cuestionamientos más vastos y más radicales y conclusiones exhaustivas” (Pallares, 1897b: xcvi). El sistema se presupone: cualquier caso que se investigue ha de llevar a la solución correcta dentro del sistema.

La herramienta lógica principal en el imaginario de la ciencia jurídica moderna es la deducción.⁶³ La arquitectura deductiva del sistema jurídico se concibe como el mecanismo sistematizante.⁶⁴ A decir verdad, sin embargo, la estructura deductiva era imitada más de lo que era (o es) en realidad utilizada en la dogmática jurídica. Mateos Alarcón procede proponiendo definiciones, “derivando” axiomas de esas definiciones, y luego “derivando” “consecuencias” de esos axiomas. Las consecuencias incluyen “obligaciones” específicas, las cuales luego “exigen” ciertas “condiciones” (Mateos, 1885: t. 1, 8). No es claro que las “consecuencias” específicas se deriven de los axiomas específicos, o que las “obligaciones” específicas requieran las “condiciones” específicas que se mencionan. Un ejemplo: la igualdad se define como el “derecho a exigir a otros que no disturben el ejercicio de nuestros derechos”.

De este derecho se *derivan* los tres siguientes *axiomas*:

- No haced a otros lo que no queréis que os hagan.
- Haced a otros lo que quisierais que os hagan.
- Nadie tiene permitido enriquecerse en perjuicio de alguien más.

De estos *axiomas* las siguientes consecuencias se *derivan* [...]

Primero. La obligación de reparar el daño que se ha causado.

Esta obligación *exige* las siguientes condiciones.

1º Que la acción que ha causado el daño se prohíba.

2º Que el acto sea imputable directa o indirectamente a su autor; es decir, que no venga de un evento fortuito o *vis maior*.

3º Que la persona que sufre el daño no dé su consentimiento [Mateos, 1855: t. 1, 8].

Existen otras “obligaciones” con sus “condiciones” correspondientes. Incluyen “reparar el daño hecho a otros cuando ganamos de éste aun si el daño no es imputable a nosotros” y “la obligación de contribuir, todo lo que sea posible, a la felicidad de otros hombres”, cada una con sus “condiciones”. Es difícil entender cómo las definiciones pueden generar axiomas, o por qué esta definición genera estos axiomas en particular y no otros. Pero al aceptar estos axiomas todavía quedan algunas preguntas sin resolver. Podemos entender que el “axioma” de no enriquecerse en perjuicio de alguien más podría requerir que el daño se repare, pero no existe en el texto ninguna relación entre un “axioma” y una “obligación” particular: todas las “obligaciones” surgen de todos los axiomas. En cualquier caso, derivar “condiciones” de “obligaciones” es lo más problemático: ¿Por qué tiene que prohibirse la acción que causa el daño? ¿Cualquier ganancia en perjuicio de alguien más no debería garantizar la restitución del daño? ¿Por qué tiene que ser imputable la acción a la persona que se beneficia? No hay nada en el “axioma” que lo justifique. ¿Por qué no puede la persona que sufre el daño dar su consentimiento? No hay nada en el “axioma” que especifique que el daño debe venir involuntariamente.

De hecho, estas “condiciones” son reglas específicas de las doctrinas tradicionales sobre la responsabilidad extracontractual. El autor simplemente las incluye para especificar las condiciones bajo las cuales la regla general de restitución se aplica. Lo hace, sin embargo, presentándolo como un sistema deductivo que fluye naturalmente de pocas premisas evidentes. Las derivaciones de esta cadena no están unidas en forma de silogismo, pero la organización del argumento y el uso de términos como “axiomas” y “derivar” crean la ilusión de que las doctrinas presentadas constituyen un sistema deductivo. Lo que en realidad sucede es la presentación, por parte del autor, de un resumen de información sobre una materia específica de manera más o menos ordenada. Necesita justificar la información que presenta con estándares “científicos”, así que recurre a la jerga científica con la que está familiarizado: la lógica deductiva. El autor ofrece información al lector proponiendo una definición, y luego afirmando que realiza una derivación deductiva a partir de esa definición. Este ejercicio pasa por investigación científica.

Lo ilógico y lo absurdo se equiparan a fin de calificar lo que es jurídicamente permitido y lo que no. Al tratar la posibilidad de las leyes retroactivas, Mateos

Alarcón dice que “la ley al ser una regla de conducta [...] no puede tener otro objeto que no sea comandar, prohibir o permitir algo; y *nada sería más ilógico o absurdo* que comandar, prohibir o permitir lo que ya fue ejecutado” (Mateos, 1885: t. 1, 14). Descalifica lo ilógico como absurdo, aun cuando reconoce que los principios de derecho que son suficientemente claros en abstracto pueden ser problemáticos al ser aplicados en concreto: el principio de la no retroactividad de la ley, “tan simple, presenta serias dificultades al aplicarse, dando pie a complicadas controversias entre juristas [...]” (*idem*).

La lógica es central en la autocomprensión del conocimiento jurídico. Hasta se apropia y separa en una peculiar “lógica jurídica” (Pallares, 1897b: xcviij). Esta lógica jurídica nunca termina por ser enunciada como un tipo específico de lógica. Más bien parece una adopción extensa de la jerga de la lógica sin necesidad alguna de adherirse estrictamente a sus reglas.

LOS LEGADOS DE LA CREACIÓN

La teología moral de los escolásticos salmantinos dependía de la idea de que la voluntad divina estaba manifiesta en la creación divina. Aunque no negaba la autoridad de la revelación, desplazaba la atención hacia la creación como la manifestación de la voluntad divina, alejándose de los textos. Por consiguiente, las repuestas a preguntas difíciles habían de buscarse en la creación divina, en la naturaleza. Esto, al traducirse en derecho, da como resultado el análisis de la *naturaleza* de las relaciones e instituciones jurídicas. La idea de que las relaciones jurídicas, como contratos o matrimonios, tienen una naturaleza fija, estable y objetivamente descriptible requiere que la naturaleza se comprenda correctamente, y que las soluciones normativas de difíciles cuestiones jurídicas (o morales) se resuelvan con referencia a ésta. Este modelo de teología moral tuvo como resultado, en su aplicación a asuntos legales, un entendimiento del derecho que se centraba en los conceptos. Difería —pero no al grado de discrepar— del entendimiento de la tradición del *ius commune*, que se centraba en las reglas y se ocupaba de los textos. Esta forma de entender la naturaleza, más específicamente las naturalezas, informó un esencialismo que, al reificar los conceptos, los separaba de las reglas. Este esencialismo es, a la fecha, uno de los rasgos centrales del pensamiento jurídico dominante.

En la siguiente sección quisiera explorar los legados heredados a la ciencia jurídica moderna por parte de este entendimiento del derecho orientado hacia la naturaleza y centrado en los conceptos. Antes que nada, entre estos legados se encuentra la centralidad de la naturaleza (de las naturalezas) en el pensamiento

jurídico moderno. La secularización venció la noción de que la naturaleza debe ser el lugar donde se lea la voluntad divina. No obstante, la idea de que las relaciones e instituciones jurídicas tenían *naturalezas* o esencias que determinan sus consecuencias normativas persistió. A final de cuentas, esta idea estaba basada en la noción de que las relaciones e instituciones jurídicas se derivaban de las relaciones naturales, si bien éstas eran también sociales.

La importancia de la naturaleza (esto es, de las “naturalezas” de las relaciones e instituciones jurídicas) en el pensamiento jurídico tuvo como consecuencia la supervivencia de otros aspectos de la teología moral salmantina en el pensamiento jurídico moderno. La importancia de las definiciones y conceptos, la relación de la doctrina *vis à vis* el texto legislativo y la manera en que los conceptos se construyen (a saber, la plataforma de las cuatro causas aristotélicas según las entendían los neotomistas de Salamanca) surgen de la centralidad de la naturaleza en el entendimiento jurídico. Exploraré cómo estos temas representaron la continuidad entre la teología moral salmantina y la dogmática jurídica.

Antes de entrar en materia, es importante resaltar el marco analítico. Tanto la conciencia sobre los fundamentos metafísicos como el entendimiento ontológico de la tradición tomista están ausentes en gran parte de la literatura jurídica de este periodo. La metafísica y la ontología de la tradición tomista permanecen, no obstante, en la jerga⁶⁵ utilizada por los autores, o bien siguen siendo visibles en la arquitectura de doctrinas específicas en la dogmática jurídica. Sin el aparato analítico que les permitiera trabajar con las definiciones y doctrinas o elaborar nuevas, las definiciones y doctrinas ya consagradas se volvieron mucho más importantes. Esto explica por qué podría decirse que la objetivación y esencialización de los conceptos jurídicos —es decir, el trato de conceptos como entes discretos y observables que tienen una esencia que se puede abstraer del contexto y permanece fija a través del tiempo y el espacio— son más robustas en la ciencia jurídica moderna que en el auge del pensamiento jurídico tomista de los siglos XVI y XVII. Como carecían de un entendimiento técnico de fines, causas, accidentes y esencias, los juristas tuvieron que trabajar casi exclusivamente con las definiciones. Se apoyan en los conceptos existentes y en sus definiciones para obtener soluciones normativas a sus problemas, con mayor peso de lo que lo habían hecho los teólogos morales.

Rara vez se remite a los escolásticos salmantinos en la doctrina jurídica moderna. Por el contrario, pareciera que se hace un intento por evitar cualquier asociación con la tradición escolástica.⁶⁶ Sin embargo, las doctrinas de origen escolástico, las cuales se basan en supuestos escolásticos, se utilizan por doquier.

Por ejemplo, inmediatamente después de desdeñar las distinciones escolásticas, Mateos Alarcón presenta siete clasificaciones diversas de contratos, y en segundo lugar en la lista encontramos “onerosos y gratuitos [...]”, dupla propuesta originalmente por juristas medievales, pero desarrollada de manera importante por los escolásticos salmantinos para clasificar los contratos en función de las virtudes que se ejercen en la promesa: liberalidad o justicia conmutativa (Mateos, 1885: t. 3, 6-7). No parece darse cuenta de que las doctrinas que presenta son de origen precisamente escolástico. Lo que es más, Mateos Alarcón nos dice que “el Código Civil establece sólo la distinción de las dos primeras especies, aunque en realidad, y *por la naturaleza misma* de los contratos, existen las demás” (*ibid.*, 7). Los autores modernos reniegan del escolasticismo aun cuando ellos mismos utilizan sus productos y supuestos.

La importancia de la naturaleza: derecho, ley y ciencia jurídica

En la ciencia jurídica moderna, la naturaleza, el derecho, la ley y la ciencia jurídica son cosas distintas pero relacionadas. La naturaleza ya no es producto de la voluntad divina intencionada. Sigue siendo, sin embargo, una fuente normativa y autoritativa de derecho. La naturaleza, sin embargo, ya no siempre es considerada un todo normativo. Existe, sin lugar a dudas, la idea subyacente de que hay un orden natural de las cosas. Sin embargo, la manera prevalente de pensar acerca de la naturaleza en su relación con el derecho en el pensamiento jurídico moderno ya no es la de la relación de la naturaleza en su totalidad con el derecho en su totalidad. Más bien, la manera fundamental de pensar sobre la naturaleza y su relación con el derecho tiene que ver con *las naturalezas* de las cosas, las cuales son constantes y se pueden describir objetivamente. Las relaciones jurídicas, los derechos y hasta los principios de derecho son una función de sus naturalezas.

La ley es la reglamentación mediante la promulgación de reglas que —idealmente— reflejan o hacen explícita la ley que se deriva de la naturaleza de las cosas. La ciencia jurídica, manifiesta en la doctrina, no depende de la ley: no indaga en la legislación positiva para exponer la ley.⁶⁷ Es libre de cuestionar la verdadera naturaleza de las cosas y, así, la verdadera ley que los gobierna. Está situada aparte de la ley y por ende es capaz de valorarla críticamente. Idealmente, la ley sigue las enseñanzas de la ciencia jurídica (en los códigos) y por eso a menudo coinciden. Pero si la ley se desvía, la ciencia jurídica debe estar ahí para corregirla.

Porque nuestros códigos, sin importar con cuanta ponderación se supone que fueron redactados o a cuantas revisiones estuvieron sujetos, no pueden agotar a una ciencia de orígenes históricos y racionales como lo es el Derecho, ni hacer que los Jueces sean más que las voces vivientes de los textos legales [Verdugo, 1897: 6].

Esta forma de entender la ciencia jurídica es posible por la distinción entre el derecho y la ley, y la autoridad de la naturaleza en la determinación de lo que es el derecho. Estos supuestos se derivan de los orígenes aristotélico-tomistas de la doctrina jurídica. Esta sección explora estos elementos y sus interconexiones.

La ley no crea realidades jurídicas; las reconoce: “Todas las relaciones jurídicas regidas por preceptos codificados en el Derecho Positivo tienen el mismo grado de consistencia, de perpetuidad, de *naturalidad*” (Pallares, 1897a: II). En el imaginario de la ciencia jurídica moderna, la ley está sujeta a prueba.⁶⁸ Las relaciones jurídicas, los derechos legales y los principios de derecho son resultado de la naturaleza (sus naturalezas), no producto de la voluntad política, como lo es la ley. Por ejemplo, Pallares deja suficientemente claro que los contratos existen antes que la ley que los rige: son resultado de las relaciones naturales entre las personas.

La ley, por ende, no ha venido a crear, no ha sido el creador de los contratos; su origen está en las necesidades sociales, en el impulso mismo, en el sentimiento mismo, en la fuerza irresistible que obliga a los hombres a asociarse y a buscar en el intercambio recíproco de servicios las condiciones esenciales de vida, desarrollo y bienestar humano [Pallares, 1979: 533].

Los derechos también existen en la naturaleza.⁶⁹ Pallares sostiene “que las relaciones jurídicas que constituyen este derecho [civil] son permanentes, casi naturales, ya que están fundadas a partir de las necesidades naturales y del desarrollo natural y uniforme del hombre y de la sociedad” (Pallares, 1897a: II). Los principios de derecho también son consecuencia de la naturaleza de las cosas, de la naturaleza humana. Agustín Verdugo afirma que la ley no puede ser diferente para diferentes personas, para “los hombres, cuya naturaleza, derechos y obligaciones deben ser iguales y los mismos en la sociedad” (Verdugo, 1885: 4). La igualdad es “un principio muy justo y fundado en la misma naturaleza del hombre” (*ibid.*, 5).

No todas las reglas legales se derivan de la naturaleza; el albedrío también es fuente de reglas legales vinculantes. Pero estas reglas son subordinadas y deben respetar la ley que se deriva de la naturaleza de las cosas. En los contratos, por ejemplo, la distinción salmantina entre lo que es esencial y lo que es accidental en un contrato, y las consecuencias que esto tiene en la alterabilidad de cada

uno, continúan intactas en la doctrina jurídica moderna. Las “condiciones esenciales” de los contratos no están sujetas a la primacía de la voluntad de las partes: no pueden contratar en contra de la esencia del contrato.⁷⁰ Por el contrario, las condiciones que normalmente son parte de un contrato, sin ser esenciales, están sujetas a la voluntad humana: las cláusulas “que son consecuencia de la naturaleza ordinaria [del contrato] se supondrán incluidas aun si no son expresadas, excepto [...] si se renuncian [...]” (Mateos, 1885: t. 3, 53). Fuera de eso, las partes tienen la libertad de agregar cualquier cláusula que deseen. El esquema refleja la distinción entre los términos esenciales, naturales y accidentales de un contrato, según se encuentran en la doctrina de contratos de los escolásticos segundos. Este ejemplo se explorará más a fondo cuando se analice el legado de las cuatro causas aristotélicas.

El derecho existe antes que la ley. La ley sólo sanciona el derecho. Mateos Alarcón se refiere constantemente a los principios del derecho que están establecidos fuera de la ley y que luego son sancionados por reglas específicas de la ley.⁷¹ Para él, es muy explícito por momentos que la ley sigue el derecho preexistente: “La violencia o intimidación es también [...] un vicio que nulifica e invalida los contratos cuando interviene, a diferencia del consentimiento. / *Es por esto* que el artículo 1 415 del Código Civil declara nulo un contrato celebrado bajo intimidación [...]” (*ibid.*, 40). La ley establece reglas específicas *como consecuencia* del derecho según lo expresan las doctrinas presentadas por Mateos Alarcón. Para Jacinto Pallares, también, la ley avala el derecho previamente existente: “el derecho civil [...] ha sido codificado por todos los pueblos en ley que se denomina Código Civil” [...] (Pallares, 1897a: II).

La ciencia jurídica moderna reduce el texto a un simple recordatorio, una guía de lo que es el derecho. El derecho se encuentra en otra parte, y es el dominio adecuado de los científicos jurídicos. Porque, nos dice Pallares, “ni el gobierno [...] ni la nación que lo acepta tácitamente, han creído alguna vez que el conocimiento gramático y jurídico de los recopiladores del código, o de cualquier otro, forma el *Silabus* del derecho mexicano, y que [...] éste termine ahí, que haya agotado toda la ciencia jurídica, toda la filosofía del derecho, todo criterio histórico”. Para él, “la voluntad del legislador no ha sido otra cosa, no puede haber sido otra cosa, al aprobar el *Código Civil*: aprobar lo que real y positivamente es un *Código Civil*: un breve compendio de derecho, pero no derecho en sí: un breve compendio de los principios, las doctrinas, el progreso práctico alcanzado por la ciencia y aceptado por el legislador” (Pallares, 1979: 524).⁷²

Por lo tanto, los científicos del derecho pueden criticar la ley que está errada. La ley puede errar al “confundir”⁷³ cosas que *en verdad* son diferentes, según “los datos de la ciencia” (Pallares, 1897a: CLIII). El trabajo de la ciencia jurídica es señalar los errores en la ley. Mateos Alarcón nos dice que, “aunque el Código Civil sitúa en la misma categoría a los vicios [de la voluntad de las partes contratantes: error, fraude y violencia], esta asimilación no perfectamente exacta [*sic*]; porque aunque el fraude y la violencia corrompen al consentimiento, no impiden la existencia del hecho [de que el consentimiento existe], mientras que el error puede ser tal que lo excluye [al consentimiento] por completo” (Mateos, 1885: t. 3, 32). La ley simplemente está equivocada. Para Pallares la ley también puede decir una cosa, “[...] pero el rigor de la lógica y los principios nos muestran, con su inflexibilidad jurídica, lo contrario” (Pallares, 1897a: CLVIII). El que la ley esté equivocada en ocasiones lo “enseña la filosofía e historia del derecho; y la doctrina y la jurisprudencia práctica” (*ibid.*, CLXIII). Además, “la ley no puede cambiar la esencia de las cosas”, y, por ende, a pesar de lo explícito en la ley, las mejores apreciaciones del derecho, como la ciencia jurídica, tienen la última palabra.⁷⁴

Mateos Alarcón nos dice que “[...] nuestro código ha adoptado esta justa teoría”; si la ley adopta una teoría, pareciera sensato conocer la ley mediante la teoría (Mateos, 1885: 6). Esto lleva a una forma específica de entender la relación entre la ciencia jurídica y la ley: la ley se ha de interpretar teniendo en cuenta la doctrina, producto de la ciencia jurídica. Cuando el derecho no avala una doctrina, nos encontramos con que nuestros autores les imputan la doctrina a los textos jurídicos de todas formas.⁷⁵ La ley se debe interpretar *teniendo en cuenta* la doctrina, aun si esto significa hacerlo *a pesar* de lo explícito en el texto legislativo. Mateos Alarcón afirma que la clasificación doctrinal entre los contratos consensuales y reales⁷⁶ “no ha sido adoptada por el Código Civil, según la cual todos los contratos se perfeccionan meramente con el consentimiento, y la transferencia de propiedad se verifica entre las partes meramente en virtud del contrato, independientemente de la transferencia (artículos 1392 y 1552, Cód. Civ.)” (Pallares, 1897a: CLXXI). No obstante, un par de líneas más adelante, nos dice que algunos contratos son reales *en virtud de su naturaleza*, y que, precisamente por esta naturaleza, el reconocimiento legislativo de la clase de contratos reales no es necesario.⁷⁷ A pesar de una regla legislativa explícita que plantea que todos los contratos son consensuales, la clase de contratos reales “reconocida” en la doctrina se le imputa a la ley.

La ciencia jurídica está autorizada para disipar el error aun de los interpretadores autorizados de la ley: los jueces. “La Corte Suprema de Justicia

federal [con] tantas aberraciones que el alto tribunal autoriza [...] no se puede justificar ni excusar ante la ciencia” (Mateos, 1885: t. 3, 16). El fallo judicial también está sujeto a criterios de verdad. “Las doctrinas que se pueden deducir de los fallos judiciales no son dogmas absolutos que estén exentos de ser examinados; su autoridad se debate, el raciocinio señala los peligros que de ellas surgen, analizando su parte de verdad de la que es sólo imaginaria, ni más ni menos de cómo nos comportamos ante la ley sobre la que [los fallos judiciales] son, [...] en la mayoría de los casos, sólo su obediente y respetuosa expresión” (Verdugo, 1897: 7). Mediante el estudio de los fallos de las cortes en vista de la doctrina, la ciencia jurídica buscaba “denunciar el error públicamente”:

[Y brindar] el gran servicio que se brinda a la vasta y progresista ciencia del Derecho ilustrando [...] con casos prácticos y concretos, mediante una exposición clara y metódica, la aplicación inmediata a [casos concretos] de la doctrina correspondiente y la extracción [...] mediante dicho sistema [...] de la parte fundamental, abstracta y científica contenida en cada fallo de la corte [Verdugo, 1897: 7].

El fallo judicial, cuando no está siendo criticado, queda reducido a un papel pedagógico.

Lo que Aquino y los escolásticos segundos posibilitaron lo consiguieron los científico-juristas del siglo XIX: el ascenso de la doctrina. La ciencia jurídica, es decir, la doctrina, desplaza al texto en el imaginario jurídico. Porque “[...] el defensor más autorizado de la obediencia servil al texto de la Ley, se ve obligado más de una vez a elevar los principios de la razón, de la lógica y de la ciencia por encima del texto de la ley, es con certeza porque su texto, no importa cuán estudiado o meditado haya sido, no puede informar, es imposible que condense, que describa en toda su universalidad y pureza, el conjunto de relaciones jurídicas que intenta regir” (Pallares, 1979: 522). A diferencia del texto, la ley — descubierta por la ciencia jurídica y expresada en la doctrina— mantiene las características sistémicas y trascendentes originalmente atribuidas al texto, su “pureza” y “universalidad” permanecen irrestrictas, es meramente desplazada. Claro que la doctrina aún no ha sido expresada al punto de la perfección, pero podría serlo.⁷⁸

La plataforma de las cuatro causas

La naturaleza, como fuente autoritativa para conocer la voluntad divina —y por ende la ley— en la teología moral tomista, se traduce, en la ciencia jurídica

moderna, en la idea de que las cosas tienen naturalezas y que de esas naturalezas se derivan consecuencias normativas. Mi argumento es que las naturalezas de las cosas, en la dogmática jurídica moderna, se conciben de forma que corresponden con los supuestos metafísicos aristotélico-tomistas de la teología moral salmantina. Es decir, las naturalezas se conciben en relación con las cuatro causas, y, por consiguiente, los conceptos jurídicos se construyen sobre esa plataforma. En otras palabras, las cuatro causas de Aristóteles aún informan los conceptos jurídicos y las doctrinas de los juristas del periodo moderno. Esto, sin embargo, no significa que los juristas modernos invoquen a Aristóteles o a Tomás de Aquino al construir conceptos jurídicos. La imagen propia de la dogmática jurídica rehúye cualquier identificación con la tradición escolástica y sus preocupaciones metafísicas. En consecuencia, la teoría de las cuatro causas —tan instrumental en las doctrinas jurídicas de los escolásticos segundos— rara vez se utiliza explícitamente. No obstante, la jerga de los escolásticos salmantinos reaparece una y otra vez.

La afirmación de James Gordley en el sentido de que la codificación incorporó la tradición doctrinal que surgió de los escolásticos segundos es claramente visible en el caso de la codificación mexicana. Los conceptos del Código Civil de 1884 trazan la plataforma de la teoría de las cuatro causas que subyace en la metodología teleológico-conceptual. El vocabulario mismo hace recordar el vocabulario aristotélico-tomista. He planteado anteriormente que la confusión del modelo de creación y el modelo de revelación fue resultado de la fusión del texto y la doctrina en los códigos modernos. Esta fusión también permitió a los juristas modernos utilizar los conceptos y las doctrinas del modelo de creación y simultáneamente negar el pasado aristotélico-tomista de la ciencia jurídica moderna. Sin embargo, al igual que en los códigos, la doctrina también usa la plataforma de las cuatro causas.

Al analizar la doctrina del siglo XIX y tratar de desenterrar sus cimientos aristotélicos, el vocabulario técnico doctrinal puede ser engañoso. A menudo el mismo nombre se utiliza para referirse a cosas distintas, o bien se utilizan diferentes nombres para referirse a la misma cosa, a veces por el mismo autor. Detrás de esta transformación semántica aún se puede identificar la plataforma de las cuatro causas en las doctrinas de los juristas del siglo XIX y los códigos sobre los que exponían.⁷⁹ Tanto la importancia y perseverancia del plano de las cuatro causas en los textos legislativos y académicos como el uso múltiple de términos diferentes se vuelven claros al explorar la obra de los juristas.

Las cuatro causas quedaron incrustadas en la ley misma. El Código Civil de 1884, en su artículo 1279, establece que “[...] para que un contrato sea válido,

debe tener las siguientes condiciones: I. Capacidad de las partes; / II. Consentimiento mutuo; / III. Que el objeto del contrato sea legal; / IV. Que se celebre con las formalidades externas requeridas por la ley” (Código Civil, 1884: 192).⁸⁰ Las “condiciones” de validez de un contrato se corresponden con la noción aristotélico-tomista de “esencia.” Los requisitos corresponden a las cuatro causas: la “capacidad” de las partes corresponde a la causa eficiente (las partes capaces son la causa eficiente de un contrato); el “consentimiento mutuo” corresponde a la causa material (un contrato consiste fundamentalmente en un acuerdo); el “objeto lícito” corresponde a la causa final o fin de un contrato (el propósito de las partes al celebrar un contrato debe ser legal); por último, las “formalidades externas”, que corresponderían a la “causa formal” dentro de las cuatro causas, han sido traducidas literalmente, y son ahora los requisitos formales que debe cumplir un contrato (*i. e.*, que sea escrito, firmado por testigos, etc.). El artículo 1276 del mismo estipula que “los contratos celebrados legalmente implican (obligan) no sólo el cumplimiento de lo que se acuerda expresamente, sino también todas las consecuencias que de acuerdo a su *naturaleza* están en conformidad con la buena fe, la costumbre (usos), o con la ley” (*Civil Code*, 1904: 181).

La doctrina también reproduce el plano de las cuatro causas. En cuanto al entendimiento más amplio de esencias y naturalezas, podemos encontrar frases tales como “el consentimiento en un contrato es esencial” (Mateos, 1885: t. 3, 18), “las condiciones esenciales de los contratos” (*ibid.*, 19), “los autores distinguen entre tres circunstancias de contratos [...] *esenciales, naturales y accidentales*” (*ibid.*, 21). Más específicamente, sin embargo, también encontramos formas de entender detalles que reflejan las causas aristotélicas. Manuel Mateos Alarcón,⁸¹ por ejemplo, habla de doctrina —es decir, del derecho independiente del (*i. e.*, sin hacer referencia al) texto legislativo— cuando se refiere a algunas distinciones que corresponden a las cuatro causas. Su forma de entender los contratos, tanto en su estructura como en sus doctrinas sustantivas, corresponde a la perfección con los tipos de términos utilizados por los escolásticos segundos en los contratos.⁸² La similitud habla por sí sola.

Todos los autores distinguen entre tres circunstancias de contratos, los que designan con los nombres de *esencial, natural y accidental*.

Esenciales son aquellas circunstancias sin las cuales un contrato no podría existir, o el defecto de las cuales cambia la naturaleza del contrato que las partes intentaron celebrar. Por ejemplo: una venta no puede existir si no hay consentimiento o capacidad de las partes contratantes, como en todos los contratos, pero también, por su propia naturaleza es indispensable que exista una cosa vendible y un precio fijado en dinero...

Naturales son aquellas circunstancias que forman la naturaleza ordinaria del contrato, de acuerdo a la ley se entienden como incluidas implícitamente en el contrato, aun cuando las partes contratantes no las han aceptado, y las cuales pueden excluirse a discreción, sin que éste invalide o transforme el contrato. Tal es, por ejemplo, el desalojo, el cual constituye una circunstancia natural de venta, contra el vendedor, pero que no puede excluirse expresamente sin que el contrato se vuelva en realidad inexistente.

Accidentales son aquellas circunstancias que, al no estar en el contrato, y al no estar incluidas en él en virtud de su naturaleza ordinaria, dependen exclusivamente de la voluntad de las partes. Por ejemplo, que el precio de venta sea pagado en oro o plata, efectivo o a plazos [Mateos, 1885: t. 3, 21-22].

Al comentar sobre el Código Civil de 1870,⁸³ Mateos Alarcón inicia su sección sobre contratos con la definición de un contrato, “un convenio mediante el cual dos o más personas transfieren entre sí un derecho o adquieren una obligación”. A continuación define “convenio,” apoyándose en el jurista romano Ulpiano: “La concurrencia de las voluntades de dos o más personas en un mismo objeto” (Mateos, 1885: t. 3, 3-4). Esta definición ya trae consigo tres causas aristotélicas: “dos o más personas” son la causa eficiente; “concurrencia de voluntades” es la causa material, y “un mismo objeto” es la causa final. La definición doctrinal de un contrato que ofrece corresponde a las “circunstancias esenciales” requeridas por la ley para la validez de un contrato.⁸⁴ Mateos Alarcón ahonda en detalle sobre cada una de estas “circunstancias esenciales” en secciones separadas.⁸⁵

Otro vestigio de la metafísica aristotélica es la dicotomía entre esencia y accidente, crucial para el trato que Mateos Alarcón le da a la doctrina del error (uno de los “vicios” que puede corromper el acuerdo de voluntades). “[...] No todo el error malogra un contrato, sino sólo aquel que afecta la causa o el objeto del contrato; es decir la causa, objeto, persona, o *naturaleza* de la obligación, y no aquel que afecta las circunstancias *accidentales*” (*ibid.*, 34).⁸⁶ “El [error] que afecta la *naturaleza* de la obligación produce su nulidad [...]” (*ibid.*, 37).⁸⁷

Las reglas de interpretación de contratos también reflejan la plataforma aristotélica: “Cuando la voluntad de las partes contratantes en cuanto al objeto principal del contrato es perfectamente conocida, pero existe duda en cuanto a las circunstancias accidentales que no pueden resolverse en sus propios términos, la nulidad no puede ser declarada [mientras que] un contrato es nulo si bajo sus propios términos es imposible saber cuál era la voluntad o la intención de las partes contratantes en cuanto al objeto principal [...]” (*ibid.*, 70). En otras palabras, el contrato es nulo si hay duda en cuanto a su esencia, pero no es nulo si hay duda en cuanto a sus accidentes.⁸⁸

La supresión de la referencia explícita al, o el conocimiento del, aparato aristotélico-tomista que le dio forma al modelo de creación tuvo como resultado

alteraciones en el entendimiento de las doctrinas y los conceptos salmantinos.⁸⁹ Para empezar, la supresión trajo consigo en ocasiones la eliminación de la terminología salmantina de la doctrina jurídica moderna. Por ejemplo, Mateos Alarcón sustituye en ocasiones el concepto de “esencia” por “constitución primitiva y original”. Al hablar del derecho natural nos dice: “los tres principios que constituyen lo que se puede llamar derecho natural primitivo, es decir, el derecho que se deriva de la constitución primitiva y original del hombre, independientemente de todo acto humano” (Mateos, 1885: t. 1, 6). En otras ocasiones le dice al lector que la propiedad “no proviene de la constitución primitiva del hombre”, sino del acto de posesión (*ibid.*, 7).

Sin embargo, las alteraciones que resultan de esta supresión a veces eran más que cosméticas, perdiendo así el significado técnico de los términos, y trayendo confusión de las doctrinas. En la sección IV del libro III, Mateos Alarcón habla del “objeto” de los contratos. El trato que le da a esta “circunstancia esencial” demuestra cómo la supresión del marco aristotélico de referencia trae como resultado que los términos, que de otra manera se entenderían claramente en su sentido técnico, se tomen literalmente. El término “objeto” corresponde a la causa final en la teoría de contratos del siglo XIX. Mateos Alarcón, siguiendo la definición legislativa del código, nos dice que el objeto de un contrato es “una cosa sobre la cual un derecho se transfiere, o un hecho o servicio que debe realizarse” (Mateos, 1885: t. 3, 45). El hecho de que el propósito del convenio sea el desempeño de una acción por las partes contratantes no resulta problemático: el propósito del convenio es la realización de una acción. Las definiciones, sin embargo, también incluyen como objeto de contrato “una cosa”, lo que difícilmente puede ser el propósito de un convenio. Aquí, creo yo, la doctrina toma el significado literal de la palabra “objeto”, una “cosa” en lugar de su significado de “objetivo”, que sería más cercano a su significado técnico aristotélico original. Si las bases aristotélicas de las doctrinas sobre el “objeto” como “circunstancia esencial” del contrato estaban presentes conscientemente en los juristas del siglo XIX, el “objeto” no sería la “cosa sobre la cual un derecho se transfiere”, sino la transferencia de un derecho, es decir, una acción.

Este entendimiento literal de lo que históricamente ha sido terminología técnica y específica es más evidente en la última de las “circunstancias esenciales” de los contratos. En la terminología aristotélica, la “causa formal” en ocasiones era “la declaración de la esencia general a la que pertenece” (Aristóteles, 1995, II.3). Aquí la causa formal se traduce literalmente en la “parte externa” (Mateos, 1885: t. 3, 66)⁹⁰ de los contratos, “forma o solemnidad externa”, “solemnidades especiales” (*ibid.*, 67), como el hecho de que sea escrito

en “escritura pública o privada” (*i. e.*, un documento elaborado por un notario público o simplemente por las partes) o simplemente no escrito o “sin forma externa” (*i. e.*, un contrato verbal) (*ibid.*, 68). Es la manifestación física del contrato.

En síntesis, la plataforma de las cuatro causas está presente tanto en la legislación como en la doctrina moderna. Sin embargo, la supresión de su marco filosófico ha resultado en la alteración de las doctrinas y los conceptos salmantinos, ya sea por la pérdida del significado técnico de ciertas palabras, o bien por la confusión y sustitución de otras.

La importancia de los conceptos y las definiciones

Las definiciones son un elemento clave de la doctrina jurídica moderna; se podría decir que más aún de lo que lo eran en la versión original de la metodología teleológico-conceptual de los teólogos salmantinos. Los contratos y otras instituciones jurídicas ya no se explican en términos del ejercicio de virtudes cristianas (como en la teología moral salmantina). Reglas que anteriormente eran resultado del requisito de la búsqueda exitosa de la causa final (*i. e.*, una virtud) se insertan ahora en los conceptos mismos, previamente a que se extraigan consecuencias normativas de éstos (Gordley, 1991: 177). Con las virtudes fuera del panorama, las definiciones se vuelven más importantes como fuente de consecuencias normativas. Esto aumenta la necesidad de que las definiciones sean fijas, estables, y que reflejen una “verdad objetiva”. Sin un método o marco filosófico con el cual trabajar y desarrollar doctrinas y soluciones normativas, todo lo que no se establece explícitamente en una regla debe implicarse en una definición. Para que la definición sea autoritativa, debe considerarse verdadera y objetiva. La esencialización y objetivación de los conceptos son tanto más importantes sin el entendimiento explícito y el uso legítimo de las bases aristotélico-tomistas de esos conceptos.

Con la supresión de Aristóteles y Aquino, el aspecto teleológico de lo teleológico-conceptual mermó (aunque no desapareció), si bien la dimensión conceptual se volvió mucho más importante. Los autores modernos abordan un tema, proponiendo en principio una definición, casi siempre una comúnmente aceptada o que ha estado presente por mucho tiempo en la tradición doctrinal. Mateos Alarcón inicia su tratado con una discusión sobre “el derecho y sus efectos” en la sección titulada “I. Definición”. Ahí define el derecho como “la colección de leyes de un mismo tipo”, lo que lleva a esclarecer qué es la ley: “La ley, en general, es una regla de conducta establecida por una autoridad a la que

se le tiene una obligación de obediencia” (Mateos, 1885: t. 1, 5). Jacinto Pallares abre su introducción sobre la legislación civil no codificada con un pronunciamiento sobre la importancia del derecho civil en su definición (Pallares, 1897a: II).

Mateos Alarcón siempre inicia sus discusiones sobre conceptos jurídicos — libertad, propiedad, igualdad, derecho natural, persona, violencia— con una definición (Mateos, 1885: t. 1, 7, 8, 9, 28 y 41). En cuanto a la interpretación, por ejemplo, rápidamente propone una definición general de interpretación, y luego una para cada tipo de interpretación (*ibid.*, 22-24). Continúa extrayendo consecuencias normativas de las definiciones. Por ejemplo, define la igualdad como “el derecho que tenemos a exigir de otros hombres que no fastidien el ejercicio de nuestros derechos”, y continúa: “De este derecho derivamos los tres siguientes axiomas [y a su vez] de estos axiomas las siguientes consecuencias, que son la base de las obligaciones del hombre en sociedad, y que han sido avaladas por los preceptos del derecho civil [...] El jurista [Antoine Marie] Demante deduce del carácter esencial de las leyes naturales las siguientes consecuencias” (*ibid.*, 9). Las definiciones y los conceptos juegan el mismo papel que en el uso salmantino de la metodología teleológico-conceptual: proporcionar consecuencias normativas al jurista. No hay virtudes en las cuales apoyarse; las definiciones deben ser independientes.

Otra característica que subraya la importancia de las definiciones y los conceptos en la doctrina jurídica moderna está relacionada con la manera en que se exponen las clasificaciones. Algunas clasificaciones son solamente enunciadas, y luego el autor expone consecutivamente las definiciones de cada clase. Más detalles sobre la distinción entre las clases agregan poco o nada de información a lo que las definiciones ya habían ofrecido, y tampoco se contrasta y analiza cada elemento de una definición en referencia al elemento correspondiente de otra definición. Simplemente se yuxtaponen. Esta manera de clasificar convierte la definición, la clasificación y el análisis en tres ejercicios redundantes, difíciles de distinguir uno del otro.⁹¹

El papel creativo del método teleológico conceptual

A diferencia del periodo colonial, el pensamiento jurídico del siglo XIX no consistía de dos tradiciones distintas, que jugaban papeles diferentes y se llevaban a cabo por dos grupos distinguibles de personas. Como he insistido, la cultura jurídica moderna que surgió durante el siglo XIX tomó extensamente

tanto del *ius commune* como de las tradiciones salmantinas, entretejiendo —o mejor dicho, enredando— sus supuestos y sus técnicas, sin sintetizarlas. Este enredo es notorio en la mayoría de sus obras: ambos modelos de cuestionamiento jurídico se pueden encontrar en el mismo texto, a menudo explicando el mismo tema o hasta defendiendo el mismo argumento.

Falta por explorar un asunto interesante: el tema de la función social que los juristas modernos realizaban en la sociedad poscolonial. Los juristas poscoloniales tomaban de ambas tradiciones, pero ¿tomaron también las funciones de las dos tradiciones en las que se basaban? Es decir, ¿reemplazaron tanto a los juristas como a los teólogos morales en sus correspondientes funciones, los primeros administrando las operaciones cotidianas de la ley, y los segundos resolviendo asuntos polémicos del derecho?

No cabe duda de que los juristas estaban a cargo de las operaciones cotidianas de las instituciones jurídicas. Sin importar qué tan deficientemente lo hicieran, cuando se trataba de dirigir tribunales y de resolver disputas legales, eran los juristas quienes se encargaban. Los litigantes, jueces o burócratas, todos formaban parte de la misma clase de juristas formados en las mismas instituciones educativas y utilizando las mismas disciplinas. La cuestión es mucho más interesante en cuanto al papel de los teólogos morales durante el periodo colonial: resolver cuestiones fundamentales. ¿Participaban los juristas del siglo XIX, en su trabajo jurídico teórico, en la resolución de cuestiones de importancia fundamental? Yo creo que sí, al menos algunas veces. Es más, creo que lo hacían de manera muy similar a la forma en que lo habrían hecho los teólogos morales coloniales: redefiniendo los conceptos fundamentales de los cuales se ocupaban. Lo hacían mirando hacia los propósitos y la naturaleza de las personas, instituciones o actividades implicadas, y de estas definiciones sacaban consecuencias normativas con miras a la resolución de disputas. En otras palabras, trabajaban con un tipo de metodología teleológico-conceptual en sus discusiones normativas.

Hace falta más investigación para determinar cómo fue esto, ya que la mayoría de las obras de ese periodo fácilmente accesibles son tratados de derecho diseñados para ser utilizados como fuentes de consulta por jueces y abogados, o bien como libros de texto por los estudiantes. No obstante, a continuación presento un ejemplo que demuestra la forma en que la estructura de la metodología conceptual-teleológica seguía cumpliendo una función similar a la que había cumplido durante el periodo colonial. En su ensayo “Personas morales” Jacinto Pallares se ocupa de una cuestión jurídica complicada relacionada con un difícil contexto social, político y económico: ¿pueden las

entidades jurídicas acceder al recurso de amparo (diseñado para proteger los derechos constitucionales de los individuos) cuando sus derechos de propiedad se ven afectados?

Pallares quiere argumentar que los derechos fundamentales son sólo de los individuos, y que las sociedades “naturalmente ocurrentes”, como las sociedades de interés público, no son individuos, no tienen derechos constitucionales y, por ende, no pueden acceder al derecho de amparo. También quiere argumentar que las sociedades de interés privado (*i. e.*, las corporaciones mercantiles) no son sociedades que ocurren naturalmente, sino ficciones legales, y que, en realidad, bajo la ficción legal de la entidad legal están los individuos que han formado la corporación. Por lo tanto, las sociedades de interés privado sí tienen acceso al recurso de amparo para proteger el subyacente derecho a la propiedad privada de los individuos.

El asunto era particularmente relevante porque, a finales del siglo XIX, existían varias entidades jurídicas que representaban intereses antagónicos en las esferas políticas y económicas. La ley liberal había prohibido que la Iglesia y las poblaciones indígenas poseyeran tierra. La Iglesia era el mayor terrateniente en México, y las poblaciones indígenas a menudo tenían acceso a la mejor y más accesible tierra cultivable. La venta forzada de estas propiedades representó una inmensa transferencia de riqueza de las “manos muertas” (la tierra que no pertenecía a individuos era conocida como *bienes de manos muertas*) de las poblaciones indígenas y de la Iglesia, a aquellos que tenían el capital para comprarlas: la naciente burguesía y el capital extranjero. La protección judicial más importante de la propiedad era el recurso de amparo. Para los liberales era importante que las corporaciones y empresas tuvieran acceso a dicha protección, sin que ésta se extendiera principalmente a la Iglesia, ni a las poblaciones indígenas.

Para llegar a sus conclusiones doctrinales, Pallares se ve forzado a elaborar una serie de distinciones entre “sociedades de interés civil” y “personas morales de interés público”. Tal distinción no existía en la ley, ya que ambas eran “personas morales” según la Suprema Corte. Pallares afirma, en contra del fallo de la Suprema Corte, que la *naturaleza* de éstas es distinta, sin importar lo que la autoridad judicial de la ley diga: “la distinción es capital, radical, natural y verdadera” (Pallares, 1897a: CLXIX), y por ende la ciencia, y por implicación el derecho, distingue entre ellas (a pesar de la ley o de la opinión judicial). En una larga discusión desarrolla definiciones de “personas morales” y de “sociedades civiles” de tal manera que la primera excluya a la segunda. Al final,

la ciencia, la ley y el lenguaje jurídico designan con el nombre de persona moral el hecho de que un conjunto de bienes que, por disposición de la ley o de su autorización, pueden ser destinados perpetua o indefinidamente a un trabajo de interés público, sin que su dominio pertenezca a ningún individuo o individuos físicos, que tienen una administración especial por virtud de la cual constituyen un ser legal capaz de contratar, litigar, y ejercer otros derechos civiles [*ibid.*, CLXXVI].

Por otra parte, las “sociedades civiles” son “todas aquéllas con fines de lucro, todas aquéllas en que los socios se *obligan* mutuamente en privado y en privado adquieren derechos, ya sean de minería, de agricultura, industriales, o mercantiles [...]” (*ibid.*, CLXXVII).

Al ver el producto final del ejercicio de Pallares, encontramos que los elementos —al menos de parte del esquema— están presentes. En ambas, un cierto número de bienes (causa material) se administran conjuntamente.⁹² Hasta ahora, los dos conceptos son idénticos en cuanto a sus causas materiales. Las causas eficientes, sin embargo, difieren. Mientras que en el concepto de “persona moral” la causa eficiente se puede alternar y ser la ley o las partes particulares (“por disposición de la ley o de su autorización”), en las “sociedades civiles” la causa eficiente pueden ser sólo las partes particulares. La distinción clave, sin embargo, es en cuanto a la causa final: el *propósito* de una sociedad de interés civil es lucrar; el *propósito* de una persona moral de interés público es el interés público, y así la afectación de los bienes de una u otra es de diferente naturaleza.

La diferencia radical [...] entre personas morales de interés público [...] y la personalidad atribuida a las sociedades de interés civil, es que las primeras, al no interesarse en el lucro de los miembros, sino sólo con el trabajo de interés público o el así considerado, *los socios abdican absolutamente [...] el dominio de los bienes* que dedican a este trabajo y abdican a favor de ésta y no a favor de los socios, ni de otra persona física determinada; mientras [...] que en las sociedades de orden civil, de lucro e interés pecuniario, *los socios ni abdican absolutamente el dominio de esos bienes, ya que lo transmiten por un propósito determinado de lucro*, ni menos abdican a favor de un ser ficticio, o a favor del interés público, ni dispensan el derecho de propiedad, el interés pecuniario, la participación jurídica y lucrativa en los bienes que poseen en común, los cuales, por esto, siempre pertenecen a personas físicas, a individuos designados [Pallares, 1897a: CLXIX].⁹³

Sus fines son diferentes, y por lo tanto también son cosas distintas que, legalmente, tienen consecuencias muy diferentes.

Las conclusiones normativas que se derivan de estas definiciones son que “ni las personas morales oficiales ni las extra-oficiales [...] pueden invocar el recurso de amparo por la violación de derechos de propiedad [y que] las asociaciones sin el propósito de lucro, pero que están formadas con el propósito de consagrar ciertos bienes para beneficiar a sus mismos socios [...] pueden recurrir al recurso

de amparo para hacer válido el derecho fundamental del artículo 27 constitucional” (*ibid.*, CLXXVII), es decir, el derecho a la propiedad. Asimismo, las sociedades civiles, todas ellas, “están protegidas en su propiedad por el derecho fundamental del artículo 27 constitucional” (*ibid.*, CLXXVIII). La segunda conclusión normativa es clave si el propósito o causa final es la diferencia central (esencial) entre las dos entidades legales: aunque formalmente sea una “persona moral”, si el beneficio de la asociación es exclusivamente para los socios privados, y no el bien público, sus derechos de propiedad son fundamentales para la empresa y están sujetos a la protección del recurso de amparo. En el segundo y tercer casos, los de asociación de interés privado con y sin fines de lucro, el “carácter *esencial* de los bienes es el de *propiedad privada*” (*ibid.*, CLXXI). En el caso de asociaciones de interés público, no lo es.

En suma, pareciera que, al menos en algunas ocasiones, la función de resolver cuestiones jurídicas fundamentales aún sin determinar, que en el periodo colonial era llevada a cabo por los teólogos morales, en el siglo XIX fue llevada a cabo por abogados, con la consolidación de la ciencia jurídica moderna. Además, la función del teólogo colonial era llevada a cabo por abogados modernos de manera similar a la de sus predecesores. Las distinciones doctrinales y las definiciones que encontramos en la discusión de Pallares sobre las personas morales —y su protección constitucional— reflejan la plataforma de las cuatro causas y el modelo de creación.

CONCLUSIONES: CONTRADICCIONES Y EL DOMINIO DE LA DOCTRINA

La ciencia jurídica moderna es una colección de contradicciones fundamentales. El texto es lo primordial, pero debe ser corregido por la doctrina. La ciencia jurídica es moderna y desconoce la metafísica, pero a la vez se apoya ampliamente en una tradición milenaria cargada de metafísica. Estas contradicciones son resultado de que, en medio de la retórica de modernización, los legados teleológicos y deductivos de los pensadores jurídicos medievales siguieron constituyendo las bases de la ciencia jurídica moderna que surgió a finales del siglo XIX y que continúa hasta hoy.

De la crítica de Jacinto Pallares a las deficiencias del Código Civil podemos discernir una noción de cómo era una empresa científica en derecho propiamente ejecutada en la mente de los juristas modernos. Pallares critica el Código Civil por ser “en su redacción nada más que empirismo anticientífico; [porque] no hay unidad de propósito, ni mucho menos claridad en la redacción

de sus preceptos; no hay principio filosófico dominante, no hay plan general y uniforme de sus preceptos en la materia que nos ocupa; esa conexión y ese vínculo lógico, esa unidad de estilo que reflejan la armonía y espíritu en la confección de una ley” (Pallares, 1979: 538-539). Si de esta crítica sacamos un diagrama positivo de lo que la ciencia debe ser, encontramos que la ciencia debe a) tener un carácter teleológico, “unidad de propósito”; b) ser clara, “claridad en la redacción”; c) tener una estructura deductiva, “un principio filosófico dominante”; d) tener una presentación unificada y exhaustiva, “plan general y uniforme”, “armonía y unidad de espíritu”, y e) tener consistencia lógica interna, “conexión y vínculo lógico”. Si éste es el ideal, no es muy distante de sus precursores medievales.

Las contradicciones en la ciencia jurídica moderna coexisten porque son ignoradas. Los fuertes compromisos positivistas con el texto legislativo van codo a codo con afirmaciones trascendentales sobre derechos naturales. La autoridad está simultáneamente en los textos legislativos que expresan la voluntad soberana y en la doctrina científica que describe la razón trascendental que resulta del orden de las cosas. Jacinto Pallares rinde homenaje tanto a la *Naturaleza* como al *Texto*, y logra presentar esta lealtad dual como una sola, subordinando el texto a la naturaleza. Afirma que la ciencia

[sigue] el paralelo lógico en la evolución social y en la evolución de las fórmulas jurídicas, buscando el significado de los textos legales; viendo en ellos la simple expresión de las transformaciones de la conciencia humana y no dogmas inevitables cuyas frases apocalípticas contienen la eterna fórmula del derecho [Pallares, 1897a: XCVII].

Porque “antes que el Estado y por encima del Estado, antes de la patria y por encima de la patria, están los eternos privilegios de la humanidad” (*ibid.*, XCIII). Y, como menciona al inicio de su texto, “el hombre” ha sido “creado por la *Naturaleza*” (*ibid.*, XCVIII). La verdad del hombre y del derecho se ha de buscar no en las “frases apocalípticas” de los textos legales, sino en la “marcha de la humanidad” y en la “evolución social” según se ha desarrollado naturalmente. La postura de la ciencia jurídica moderna refleja la postura de la filosofía tomista en su alejamiento del texto y su visión hacia la naturaleza para resolver cuestiones normativas. Lo que Pallares construye en sus cuestionamientos es la posibilidad de “tener de una vez los datos de la ciencia y los datos del derecho, iniciar el examen de la naturaleza de los derechos [...]” (*ibid.*, CLIII). Entender claramente una ley es “comprender perfectamente la voluntad del legislador [en vista de la naturaleza, porque] no reside en las palabras, los defectos, las inexactitudes de la

redacción, sino en los precedentes científicos e históricos del Código, en las doctrinas y las máximas que han inspirado a los redactores” (Pallares, 1979: 526).

La proximidad fáctica entre el código y la doctrina ayuda a explicar la lealtad dual al texto y a la doctrina. La doctrina se relaciona fácilmente con los textos porque las definiciones doctrinales y las doctrinas se incorporan en la ley. En el código, la ciencia jurídica ha creado (promulgado) literalmente su propio objeto de estudio. Mateos Alarcón inicia su discusión sobre contratos con una definición. Esta definición se toma directamente del Código Civil (Mateos, 1885: 3). Que una definición se incluya en el texto autoritativo, sin embargo, es un síntoma de la importancia que la doctrina ha tenido en la elaboración de la ley.

La lealtad dual —al texto y a la doctrina— de la ciencia jurídica moderna, aunque nunca se ha resuelto por completo, se inclina hacia la doctrina bajo presión. Las tensiones entre la autoridad textual y doctrinal se resuelven, si es que son inevitables, a favor de la doctrina. Jacinto Pallares describe sin pena los textos legales como el trabajo acumulativo de especialistas del derecho, y no como el producto de la voluntad popular. En lugar de cuestionar la legitimidad democrática del derecho, concluye que los juristas son correctamente los verdaderos depositarios del derecho.

En general, la serie de principios [del código] no hacen más que, o reproducir de forma lacónica las doctrinas y máximas del derecho acostumbrado y de los comentadores de los códigos antiguos, o bien aceptar también en la forma lacónica de un precepto, algunas de las opiniones encontradas impartidas o contenidas en la ciencia y en las leyes. Si a esto se ha reducido el papel de los redactores de un código, entonces la necesidad de consultar las fuentes de las cuales se toma y de seguir el desarrollo científico de estas fuentes en los autores y en la jurisprudencia es inevitable, para poder comprender el espíritu, el sentido, el alcance de los preceptos del código, y para tener abundancia de criterios suficientes para resolver los conflictos, las antítesis y hasta las inquietudes que resultan del texto literal.⁹⁴

La ciencia jurídica moderna, que se concibe como radicalmente distinta de las especulaciones “metafísicas” de la tradición “meramente escolástica”, cumple la función que la tradición tomista le había asignado a la doctrina para desplazar el texto legal. Jacinto Pallares, a principios del siglo XX, cree que la ciencia jurídica proporcionará

los criterios que, basándose no en aforismos tradicionales, ni en fórmulas puramente verbales, sino en la verdadera naturaleza, orígenes y fines sociales de las leyes positivas, nos den la clave para adaptar la inteligencia de los códigos no a las exigencias gramáticas o puramente ideológicas, sino a las exigencias de la vida social, a las exigencias del progreso efectivo de la vida humana, de las realidades de la cada vez mayor actividad de la civilización [Pallares, 1979: 523].⁹⁵

A Pallares le preocupan los fines *sociales*, y no —como a Tomás de Aquino— los espirituales. Pero la orientación teleológica de la empresa de Pallares refleja la de la teología moral tomista. Cree que los fines sociales corresponden al “progreso efectivo de la vida humana”, no al movimiento de lo potencial a lo real —como Aristóteles—, y sin embargo existe, en su caracterización, un entendimiento de que el orden del mundo es necesario y que avanza, lo cual es compatible con el entendimiento de los escolásticos segundos. Ambas empresas son teleológicas y forzadas por la naturaleza de las cosas.

Al final, la ciencia jurídica moderna representa la culminación del avenimiento de la doctrina. Al mismo tiempo, traduce sus doctrinas en una forma digerible para la modernidad.⁹⁶ Para encontrar el derecho hay que buscar fuera del texto y descubrir las *verdades* del derecho, guiados por la mano de especialistas.

El espíritu, la inteligencia de este compendio [*i. e.*, el código], se debe buscar en las doctrinas, en los principios, en los antecedentes históricos, en las fuentes científicas de donde se toma el compendio; *debe buscarse en los expositores de la ciencia* quienes, al consultar la historia, al analizar escrupulosamente las consecuencias de los principios jurídicos en la complejidad infinita de las leyes civiles, quienes al buscar la razón generativa o la causa verdadera del por qué tal o cual principio de justicia, tal fórmula de ley, quienes al corregir las imperfecciones del texto legal que llevan a contradicciones y conflictos, quienes al buscar armonía y unidad en los principios de justicia adoptados en este código, nos dan su objeto y propósito verdadero, nos llevan a compenetrar la tendencia verdadera y natural del pensamiento de justicia imperfectamente plasmado en los textos legales [Pallares, 1979: 524].⁹⁷

Al final, para la ciencia jurídica moderna, la ley no es dominio de Dios, ni del emperador, ni del rey, ni del pueblo. La ley es dominio de los juristas.

IV. LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO HOY EN DÍA

LA CIENCIA jurídica moderna —la dogmática jurídica— se consolidó en México a finales del siglo XIX y principios del XX. Desde entonces, las características básicas de esta práctica se han mantenido constantes: los textos legislativos siguen siendo la principal fuente del derecho, aunque en realidad a menudo se utilizan como auxiliares de la doctrina. La doctrina se concibe como una empresa científica moderna, pero se apoya en —y reproduce— el aparato metafísico que deriva autoridad de las esencias y naturalezas de las cosas; la lógica se considera la herramienta principal del razonamiento jurídico, pero es poco más que retórica; la extrapolación a partir de conceptos y definiciones compartidas juega el papel estelar en la resolución de cuestiones problemáticas.

En el capítulo III analicé el periodo formativo de la ciencia jurídica contemporánea para desenterrar sus supuestos, ya que éstos son más fáciles de identificar y de entender en ese periodo.¹ Creo que toda persona familiarizada con la dogmática jurídica contemporánea —es decir, con la ciencia jurídica moderna— en México verá sin duda las características principales de nuestra práctica contemporánea en la práctica de finales del siglo XIX. Como cierre de este trabajo, ilustro, con algunos ejemplos, la persistencia del modelo de creación en la doctrina y la práctica contemporáneas, antes de discutir las implicaciones de esa continuidad en la conclusión. Al igual que en capítulos anteriores, tomo el ejemplo de la doctrina de contratos² y señalo brevemente la evidencia de la presencia continua del legado salmantino. Después vuelvo a plantear la sentencia de la Suprema Corte en el Caso Electricidad, presentado en la introducción, para argumentar que el fallo de la Corte se entiende mejor a la luz del modelo de creación discutido a lo largo de este trabajo. Sumo, a ese ejemplo, otros más recientes y más evidentes del uso del modelo de la creación para articular argumentos jurídicos.

LA DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

Entre los libros de texto sobre contratos más utilizados en la última generación, se encuentra *Contratos civiles* de Miguel Ángel Zamora y Valencia (1997).³ El

capítulo 1 se titula “El concepto de contrato”.⁴ En él, la primera mención de “naturaleza” aparece muy temprano: Zamora advierte sobre no extender la doctrina de contratos más allá de los contratos porque ello “violentaría su naturaleza y función”. Luego define contrato como “el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones” (Zamora, 1997: 21). Su segundo capítulo, titulado “Los elementos del contrato”, despliega el concepto de contrato, y es allí donde podemos encontrar vestigios de la plataforma de las cuatro causas aristotélicas. “Los elementos del contrato son [...] el consentimiento [de las partes], el objeto y la forma, porque sin ellos esta figura no existiría”.⁵ Por “elemento,” aclara, hemos de entender “la parte integrante de una cosa que, si está ausente, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho pueda existir como otra cosa” (*ibid.*, 28). La definición de elemento que Zamora y Valencia plantea nos recuerda directamente la noción aristotélico-tomista de la forma sustancial, es decir, la esencia de algo (*idem*).⁶ El esencialismo que subyace a la noción de “elemento” se vuelve aparente cuando afirma que “no es necesario calificar [un elemento] como esencial, ya que todo elemento es indispensable para la existencia del todo”.

Los elementos específicos de los contratos establecidos por Zamora y Valencia se pueden correlacionar con las causas aristotélicas: el “consentimiento” (el “acuerdo” en la doctrina del siglo XIX) corresponde a la causa material;⁷ el objeto, a la causa final,⁸ y la forma, a la causa formal (sin su significado técnico, como se explica en el capítulo 3).⁹ El “elemento” que corresponde a la causa eficiente tiene que inferirse: el consentimiento es el “acuerdo de dos o más personas” al que se refiere en su definición; por lo tanto, las partes contratantes corresponden a la causa eficiente de los contratos.¹⁰

La doctrina de contratos supone que los contratos son entes discretos y objetivos, que tienen *naturalezas* (jurídicas) que se mantienen constantes y fijas independientemente del contexto. Esto es evidente en la obra de otro autor muy popular en la materia, Ernesto Gutiérrez y González. Al presentar la noción de “elementos de validez” (Zamora y Valencia los llama “prerrequisitos”) que complementan los “elementos” (elementos de existencia, según la nomenclatura de Gutiérrez) antes mencionados y completan el concepto de “contrato”, Gutiérrez y González también trabaja sobre el trazo de las cuatro causas. Aquí, Gutiérrez y González se refiere al contrato como un “acto jurídico”¹¹ y nos dice que, como tal, “refleja la naturaleza apropiada del ser humano, y también sufre un desarrollo, el cual parte de su concepción y nacimiento, hasta su extinción”. Al igual que el ser humano “necesita de algunos requisitos y características para desarrollarse y cumplir sus propósitos [...] así también [para] un contrato no es

suficiente que presente sus elementos de existencia: necesita además los requisitos para que alcance su validez y produzca sus efectos normales” (Gutiérrez, 1997: 298).¹²

El legado aristotélico-tomista se puede apreciar no sólo en la doctrina, sino también en la legislación. La antigua clasificación escolástica de los contratos como onerosos o gratuitos sigue siendo una de las dos únicas clasificaciones de contratos consagradas en el Código Civil Federal (artículo 1837). Sobre la interpretación de contratos, el artículo 1855 establece que “las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”. Sobre las cláusulas que pueden incluirse en los contratos, el artículo 1839 dispone que “los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes”, lo cual parecería un punto de vista un tanto antiesencialista sobre los contratos; pero —continúa el citado artículo— “las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”.¹³ En la mayoría de los casos, los contratantes no se toman la molestia de renunciar a las múltiples y altamente técnicas cláusulas “naturales” de un contrato, o sus renunciaciones están limitadas a “los casos y términos permitidos por la ley”; por lo tanto, la regla es que los contratos se interpreten de acuerdo a la “naturaleza ordinaria”.

Un ejemplo más explícito de cómo las nociones de la naturaleza y la esencia (jurídicas) subyacen a la doctrina moderna se presenta en asuntos más polémicos. Gutiérrez y González se expresa en contra de la clasificación de los contratos de adhesión como contratos. Propone, en cambio, que éstos son guiones administrativos, un concepto que él mismo ofrece. Considera que quienes clasifican los guiones administrativos como contratos o actos unilaterales “están equivocados” (el legislador, entre ellos, a quien Gutiérrez y González tacha de “bárbaro”), ya que “es [...] un acto jurídico con su propia *naturaleza* especial”. Atribuye la clasificación equívoca a que sus interlocutores “no realizaron un análisis *científico* de estas figuras, y no vieron cómo éstas cobraron vida jurídica, cuál fue su evolución, y cuál fue su contenido económico”. Según Gutiérrez y González, los guiones administrativos “surgieron [...] como contratos privados verdaderos, pero con las necesidades de la vida moderna sufrieron la transformación de su *esencia* jurídico-social” (Gutiérrez, 1997: 482-483).¹⁴ Lo central de este argumento sobre los guiones administrativos es que “su *esencia* jurídica es propia, y no es la de un contrato. Estamos ante un acto que requiere como elementos de existencia no sólo el

consentimiento y un objeto, sino también conlleva un elemento más: la voluntad del Estado [la cual] interviene como un elemento *esencial* y definitivo [...]” (*ibid.*, 485).¹⁵

Los contratos, los guiones administrativos, los actos jurídicos y otros conceptos legales se consideran *cosas* que tienen *vida*, que se *desarrollan* para cumplir sus *finalidades*. Tienen *esencias* que existen independientemente de la voluntad del legislador, y que han de comprenderse mediante el análisis científico, el cual, cuando es correcto, se mantiene a pesar de lo que diga el texto autoritativo.

La crítica de Gutiérrez y González a la clasificación errada de los guiones administrativos como contratos nos permite abordar el tema del papel que desempeña la idea de la ciencia en el pensamiento jurídico, y cómo determina la relación entre el texto legislativo y las doctrinas jurídicas. Como indiqué en el capítulo I, en la práctica de la dogmática jurídica moderna el derecho no se equipara con la legislación. El derecho es consecuencia de la naturaleza de las cosas; la ciencia jurídica como disciplina puede encontrar el verdadero derecho porque puede inquirir científicamente sobre la naturaleza de una cosa. La legislación, sobre todo cuando está informada por la ciencia jurídica, debería consagrar el derecho que se deriva de la naturaleza de una cosa. Cuando no es así, está sujeta a la crítica de la ciencia (dogmática) jurídica a través de la doctrina generada en sede académica. Esta descripción, aun cuando no se explicita a menudo, aplica a la dogmática jurídica contemporánea, como lo hacía la dogmática jurídica del siglo XIX.

Otro ejemplo. Gutiérrez y González también se opone a la doctrina tradicional de contratos que sostiene que el retener información relevante para un contrato, lo que llama *reticencia*,¹⁶ es un tipo de fraude (*dolo*).¹⁷ Considera que la reticencia es un vicio autónomo del consentimiento, diferente del fraude. Independientemente de los argumentos específicos de por qué sostiene esta tesis, lo más revelador es *cómo* sostiene su argumento. Dejaré que Gutiérrez y González hable por sí mismo sobre la empresa científica de la doctrina jurídica:

Esta sección que dedico a la reticencia la divido en dos partes:

A. Lo *científico*, lo cual busca y en el cual encuentro la *verdadera naturaleza jurídica* de esta figura, sin importar si la conclusión a la que arribo tiene o no utilidad práctica —ya que no hay que olvidar que *la ciencia busca la verdad*, no la utilidad— y

B. Lo *técnico*, donde intento darle utilidad práctica a los *principios científicos* que establezco [Gutiérrez, 1997: 381].

Para Gutiérrez y González, tener otra opinión es erróneo, sin importar quien la tenga: “Creo que el [renombrado jurista francés] Planiol, así como los precedentes judiciales franceses y el *Código* [del Estado] de Quintana Roo están *científicamente* equivocados, ya que [el] error [producto del fraude] y la *reticencia* son dos cosas muy distintas, aunque fácilmente se confunden si no se sigue un análisis riguroso de ambas figuras” (*ibid.*, 383). Al inicio de la “parte técnica” de su análisis nos dice que va a “presentar una aplicación práctica de la *verdad científica* alcanzada” (*ibid.*, 385). La doctrina jurídica, al ser científica y por ende tener acceso a la verdad sobre la naturaleza de las cosas, derrota inclusive a la legislación explícita y a la opinión judicial.

En las páginas anteriores he intentado ilustrar cómo la práctica de la ciencia jurídica moderna, hoy en día, no es sustantivamente distinta de la práctica de la ciencia jurídica a finales del siglo XIX. Específicamente, he tratado de subrayar la persistencia de la importancia de las nociones de las naturalezas, las esencias (jurídicas) y la plataforma residual de las cuatro causas en la arquitectura de los conceptos jurídicos. En la próxima sección regreso al fallo de la Suprema Corte que mencioné en la introducción, para ver —con el legado medieval de la ciencia jurídica a la mano— si puedo entender de mejor manera los votos de la Corte. Concretamente, argumentaré que la Corte, o al menos partes de ella, al batallar por desarrollar un concepto de “controversia constitucional”, imita la estructura de otros conceptos jurídicos, como los contratos. Al hacerlo, imitan el método teleológico-conceptual. Si lo hacen con éxito o no, es otra historia.

UN PAPEL CONTEMPORÁNEO PARA EL MÉTODO TELEOLÓGICO-CONCEPTUAL

He postulado en este trabajo que el modelo del concepto de los contratos se ha construido sobre la plataforma de las cuatro causas. James Gordley sostiene que lo mismo sucede en gran parte del derecho privado.¹⁸ Al igual que en los ejemplos del capítulo II (La encomienda, Mercaderes y Burócratas eclesiásticos), la plataforma de las cuatro causas da forma a la doctrina jurídica más allá del derecho privado. Hoy en día la plataforma se puede ver en áreas tales como el derecho administrativo.¹⁹ Ahora quiero presentar un ejemplo que sugiere que lo que los teólogos morales hicieron con la encomienda, y lo que los juristas del siglo XIX hicieron con las “personas morales”, es semejante a lo que la Suprema Corte ha hecho con la “controversia constitucional” y con otros conceptos jurídicos a inicios del siglo XXI. Ofrezco a continuación tres ejemplos.

El considerando sexto del Caso Electricidad es un ejemplo de cómo el método teleológico-conceptual todavía se despliega en el pensamiento jurídico mexicano cuando éste se ve orillado a cumplir una función creativa, ya sea forjando conceptos o abordando su redefinición. Al igual que la encomienda en el siglo XVI o las “personas morales” en el siglo XIX, el concepto de la “controversia constitucional” está en el centro de un tema fundamental del derecho mexicano y del debate público: el nuevo papel de la Suprema Corte como árbitro político. La controversia constitucional ha sido utilizada por los actores políticos para lograr sus metas sobre los demás actores políticos cuando otros mecanismos no satisfacen sus intereses.²⁰ Así, definir la controversia constitucional conlleva definir el papel de la Suprema Corte en el nuevo panorama político. Ese papel es una cuestión tan fundamental como debatida.

Los diversos votos de la Corte tratan la “controversia sobre la controversia” como un asunto a ser resuelto mediante la correcta identificación de *qué es* la controversia constitucional. Al hacerlo, los ministros trabajan con ciertos supuestos ontológicos que —sostengo— se derivan del modelo de la creación: que la controversia constitucional es una entidad objetiva, discreta y discernible; que existe en el mundo con una esencia estable, y por ende puede ser abstraída de su contexto; que al estudiarla y al estudiar su desarrollo se puede descubrir y describir su *naturaleza* y, habiéndolo logrado, extraer consecuencias normativas de lo que ha de hacer la Corte al actuar a través de la controversia constitucional. Además, sostengo que, en los votos mayoritario y concurrente, la manera en que la estructura de la controversia constitucional se imagina corresponde a la plataforma de las cuatro causas (en una versión un tanto desgastada). Creo que nuestros ministros actúan sin siquiera estar conscientes de la existencia del método, y esta falta de conciencia explica, en parte, por qué hacen tan mal trabajo en este caso.

LA “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL” DEL VOTO MAYORITARIO²¹

La mayoría abre su considerando sexto explicando que, antes de evaluar la constitucionalidad del reglamento impugnado, es necesario hacer ciertas precisiones: a) “las características de” la controversia constitucional; b) “la función que corresponde a la Suprema Corte al estudiar asuntos de esa *naturaleza*”, y c) “las reglas técnicas con las que debe cumplir al pronunciar la

sentencia correspondiente”. El orden de estas tres precisiones no es accidental; es el camino marcado por el método teleológico-conceptual (aunque su carácter *teleológico* todavía no se manifiesta): primero construir un concepto y después extraer consecuencias normativas de él.

En lo que se refiere al primer punto, es decir, a las características de la controversia constitucional, el voto en mayoría ofrece una panorámica general de la doctrina constitucional básica: la Constitución se divide en dos partes, una “orgánica”, la cual establece “el sistema de competencias al que deberán ceñirse la federación, los estados, los municipios y el Distrito Federal”, y otra “dogmática”, que “prevé las obligaciones que deben ser respetadas, sin distinción, por las autoridades de los órdenes jurídicos anteriores”, es decir, las garantías individuales. El voto continúa con otro pronunciamiento general sobre la Constitución: el “orden jurídico constitucional [tiende] a preservar la regularidad del ejercicio [del gobierno]”.²²

La mayoría prosigue con la cuestión concreta de la controversia constitucional en relación con la segunda observación relacionada con que el “orden constitucional” “tiende” a preservar su regularidad. La sentencia empieza mencionando que, a partir de la reforma constitucional de 1994 (con la cual se reconstruyó la controversia constitucional), la Corte “fue afinando el criterio para determinar lo que constituía la materia de las controversias constitucionales”. Le sigue una lista de precedentes (*tesis*)²³ previamente establecidos por la Corte en la materia y clasificados bajo cuatro criterios que —según la mayoría— resumen la afinación que la Corte ha alcanzado en el tema:²⁴

- 1) En una controversia constitucional sólo pueden plantearse problemas de invasión de esferas de competencia.
- 2) El segundo criterio, según el voto en mayoría, amplía el anterior, ya que “establece que a la Suprema Corte sólo le corresponde conocer, en controversias constitucionales, de violaciones a la Constitución general de la república, careciendo de competencia para conocer de planteamientos contra actos a los que sólo se les atribuyan violaciones a la constitución del Estado o a leyes locales [...]”
- 3) La Corte también puede conocer, en la controversia constitucional, de violaciones indirectas a la Constitución, con el único límite de que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o ley reclamados (cita una tesis de 1997).
- 4) Por último (en lo que la mayoría afirma es el criterio “reconocido mayoritariamente” por la Suprema Corte), la Corte puede, bajo la controversia constitucional, “examinar [...] todo tipo de violaciones a la

Constitución federal, entre ellas [...] el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder”.²⁵

Inmediatamente después de esta revisión de los criterios para determinar el ámbito de la controversia constitucional, la mayoría presenta una conclusión general sobre las finalidades del control constitucional: “En consecuencia, es de concluirse que la pretensión de los medios de control constitucional es la salvaguarda del orden primario o total, a través de la función interpretativa y de decisión sobre si un acto de autoridad está o no apegado a la norma fundamental...” Sin pausa, sigue y vuelve a hablar específicamente de las controversias constitucionales:

Ahora bien, el cometido de este Alto Tribunal al resolver controversias constitucionales, cuando exista interés jurídico, consiste en preservar los dos principios que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales señalados con anterioridad, a saber, salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional, lo cual se logra a través de la determinación, en cada caso que se somete a su conocimiento, de si existe o no invasión a la esfera de atribuciones que la *Carta Magna* otorga o reserva para la parte actora, así como del análisis sobre *cualquier tema que se vincule, de algún modo*, con una violación a la Constitución, sea en su parte orgánica como en la dogmática.²⁶

La primera de estas observaciones identifica la *finalidad* del control constitucional (preservar el orden constitucional primario o total). Basándose en esa finalidad, la mayoría establece el papel de la Corte en la controversia constitucional: determinar si existe una invasión de esferas *y* determinar si hay *cualquier* violación a la Constitución. El salto de los fines generales de la justicia constitucional al ámbito específico de la controversia constitucional difumina la distinción entre la justicia constitucional en general y la controversia constitucional en específico. Esto es, confunde el género de la justicia constitucional con la especie de la controversia constitucional. Por lo pronto, basta señalarla, pero esta confusión se volverá crucial más adelante al intentar entender las diferencias entre la mayoría y el voto concurrente.

La mayoría está lista para contestar la pregunta sobre qué puede hacer la Corte al actuar a través de las controversias constitucionales.

De los argumentos anteriores se desprenden los *elementos sustanciales* para abordar la segunda cuestión, o sea, la relativa a la función que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver controversias constitucionales. Se observa con claridad que consiste en salvaguardar el orden constitucional, infiriéndose de ello sus posibilidades y sus limitaciones. En cuanto a sus posibilidades puede examinar, con la mayor amplitud, si las normas o actos combatidos violan la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en cualquiera de sus disposiciones, lo que

permite, a través de los artículos 14 y 16 de esa *Carta Fundamental*, garantizar el respeto de todo el orden jurídico nacional, pues es factible que por violación de una norma jurídica federal o local y de cualquier rango, se vulneren las disposiciones constitucionales citadas.²⁷

Hasta ahora, la mayoría sigue un camino casi con método teleológico-conceptual (qué tan bien lo hace es otra cuestión). Primero, la mayoría observa la evolución del criterio para determinar el ámbito de la controversia constitucional. Segundo, basado en esta observación, identifica la *finalidad* de la justicia constitucional. De esa finalidad deriva el papel de la Corte ante una controversia constitucional, es decir, establece qué es la controversia constitucional, su “elemento sustancial”.²⁸

La mayoría luego respalda (refuerza), citando diversas autoridades, la conclusión a la que ha llegado mediante observación: la identificación de un fin y el establecimiento de los elementos sustanciales que necesita para responder a sus cuestionamientos. El hecho de citar legislación como *respaldo* para conclusiones alcanzadas mediante observación también concuerda con el modelo de la creación. Cita, para “reforzar” sus consideraciones, algunos fragmentos del preámbulo de la *iniciativa de reforma a la ley* original, de 1994.²⁹ También cita la Constitución (en su artículo 105) sobre las controversias constitucionales.

Una vez construida una noción (debido a sus carencias evito llamarla “concepto”) de la controversia constitucional, la mayoría prosigue a la etapa final del método teleológico-conceptual: derivar consecuencias normativas. La mayoría sostiene que ahora se pueden inferir con claridad los límites de lo que la Corte puede hacer y no hacer: no puede actuar como el “Poder Reformador de la Constitución”,³⁰ tampoco como el Poder Legislativo, los estados o los municipios. Sólo le toca juzgar los actos y las leyes combatidos, y debe especificar los efectos de su sentencia sin sustituir a las autoridades que deben cumplir con la sentencia.

EL VOTO CONCURRENTES

Vayamos ahora al voto concurrente. Éste también se desenvuelve de una manera que se asemeja al método teleológico-conceptual: construir el concepto (o una noción) de lo que es la controversia constitucional depende de la determinación de cuál es su finalidad; seguido de derivar consecuencias normativas de ese concepto. Las diferencias entre el voto de mayoría y el voto concurrente consisten no en que tengan formas distintas de abordar el tema, o en que sigan

métodos distintos, sino en *cómo* despliegan su método.³¹ Si estoy en lo correcto al considerar que los argumentos de ambos votos trazan el método teleológico-conceptual, parecería que el voto concurrente lo hace de mucho mejor manera que la mayoría.³²

El voto concurrente es explícito sobre la orientación teleológica de su cuestionamiento. Inicia su sexto considerando alternativo diciendo que, para determinar si la Corte puede conocer del caso, “es necesario precisar la *finalidad* de este medio de control constitucional”. Luego prosigue de manera similar a la del voto mayoritario: ubicando la controversia constitucional dentro de la teoría constitucional. La Constitución consta de dos partes: la orgánica y la dogmática. La Constitución establece reglas para asegurar la regularidad del ejercicio de autoridad de acuerdo con sus disposiciones, sin impugnar las atribuciones de otros órganos o violar las garantías individuales establecidas en su parte dogmática. Para hacerlo (y es aquí donde el voto concurrente y el minoritario empiezan a separarse)

los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos Federal, Estatal y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, cuya resolución se ha encomendado a esta Suprema Corte, en su carácter de tribunal constitucional...

Continúa el voto concurrente:

La razón de ser de esos medios de control radica en que en el sistema constitucional del Estado federal, donde coexisten los órdenes jurídicos federal, local o estatal y del Distrito Federal, el ordenamiento que debe darles unidad y cohesión es la propia Constitución. De este modo, el orden jurídico constitucional se erige como un orden total, al extender su validez y eficacia normativa de una manera absoluta sobre los órdenes jurídicos parciales.

En contraste con la mayoría, la minoría concurrente ya ha establecido claramente la controversia constitucional *como uno entre varios* mecanismos de control constitucional. De estas consideraciones, el voto concurrente se encuentra listo para identificar las finalidades que interesan para su inquisición. Primero, identifica el propósito de la justicia constitucional: “En consecuencia, es de concluirse que la pretensión de los medios de control constitucional es la salvaguarda del orden primario o total, a través de la función interpretativa y de decisión sobre si un acto de autoridad está o no apegado a la norma fundamental [...]” Segundo, identifica las finalidades específicas de la controversia constitucional:

Ahora bien, el cometido de este Alto Tribunal al resolver controversias constitucionales, consiste en preservar los dos principios que sustentan las relaciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales señalados con anterioridad, a saber, salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional, lo cual se logra a través de la determinación, en cada caso que se somete a su conocimiento, de si existe o no invasión a la esfera de atribuciones que la *Carta Magna* otorga o reserva para la parte actora.

En este punto, la minoría concurrente hace lo mismo que la mayoría: para “reforzar” sus argumentos, cita el preámbulo de la iniciativa de reforma que reconstruyó la controversia constitucional en 1994, el texto del artículo 105 constitucional, así como los precedentes judiciales relevantes.³³ Una vez respaldados sus argumentos, concluye el sexto considerando con una clara identificación de la finalidad específica de las controversias constitucionales:

Todo lo anterior permite concluir que la finalidad primordial de las controversias constitucionales consiste en que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación verifique si existe invasión a la esfera de competencia de la parte actora (poder, órgano o entidad), a través de la norma o acto impugnado, para de esa manera preservar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones que se otorgan en la Constitución a los poderes, órganos y entidades de los distintos órdenes jurídicos que coexisten en nuestro país.

En su sexto considerando, la minoría concurrente establece su entendimiento de la controversia constitucional ubicando su finalidad específica en el amplio dominio del control constitucional y de la teoría constitucional, y distinguiéndola de la finalidad genérica del control constitucional: salvaguardar el “orden primario y total”. El sexto considerando termina ahí, sin sacar consecuencias normativas. La única consecuencia relevante se puede encontrar en la introducción del voto concurrente:

[La Corte] no [...] debe hacer un análisis [del caso] como si se tratara de un medio de control abstracto de constitucionalidad, pues si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un Tribunal Constitucional y debe velar por la regularidad del orden constitucional, también lo es que debe hacerlo dentro de los cauces que la propia *Constitución* le señala y en este caso su actuación está limitada por el artículo 105, fracción I, inciso c), en que se basó el ejercicio de la acción, donde existe una *litis* muy concreta [...]

Es decir, la finalidad específica de la controversia constitucional es evitar que los poderes y las entidades gubernamentales invadan sus respectivas esferas de competencia.

He resumido la idea central del considerando sexto tanto de la mayoría como del voto concurrente. En estos ejemplos podemos ver líneas argumentativas similares. Ambos votos consideran el problema del alcance apropiado de la controversia constitucional de manera que nos recuerda al modelo de creación. Ambos recurren a una estructura de argumentación que se asemeja al método teleológico-conceptual de la segunda escolástica: realizan un análisis general del universo jurídico dentro del cual trabajan y ubican la controversia constitucional. Una vez ubicada ésta, pueden saber qué es la controversia constitucional: una especie del género “mecanismo de control constitucional”. Una vez ubicada la controversia constitucional, identifican su finalidad, y de ahí pueden derivar consecuencias normativas que respondan a las preguntas que requieren respuesta.

Ambos votos eligen una manera similar de abordar el tema, y sin embargo llegan a conclusiones distintas. Esto sucede porque difieren en las finalidades que le atribuyen a la controversia constitucional. Están de acuerdo en la finalidad genérica que busca: salvaguardar el federalismo y la supremacía constitucional; pero difieren en cómo entienden específicamente esa finalidad.

El voto mayoritario no distingue entre la finalidad del control constitucional y la finalidad de la controversia constitucional: las equipara. Así, la especie controversia constitucional se asienta sobre el género de mecanismo de control constitucional. Es por eso que la mayoría concluye que la controversia constitucional tiene un alcance tan amplio: salvaguardar la invasión de esferas *y cualquier tema relacionado de algún modo* con una violación a la Constitución. En contraste, la minoría concurrente es muy clara al señalar que la controversia constitucional es *uno entre varios* mecanismos de control constitucional. Por ende, logra distinguir la finalidad genérica del control constitucional (salvaguardar la supremacía constitucional) de la finalidad específica de la controversia constitucional: salvaguardar el principio constitucional de federalismo. La consecuencia es que, para la minoría concurrente, el alcance de la controversia constitucional es mucho más estrecho: la Corte puede decidir, bajo la controversia constitucional, asuntos relacionados con la invasión de esferas. No puede decidir *cualquier* cuestión de constitucionalidad.

Para la mayoría, el federalismo y la supremacía constitucional son dos principios coordinados que, juntos, abarcan la totalidad del orden constitucional. Salvaguardarlos es, simultáneamente, la finalidad del control constitucional y del mecanismo específico de control constitucional llamado “controversia

constitucional”. Para la minoría concurrente, federalismo y supremacía constitucional no son principios coordinados que abarquen todo el orden constitucional: la supremacía constitucional abarca todo el orden constitucional, pero el federalismo cubre sólo la parte orgánica de la Constitución. Así, el alcance de la controversia constitucional se extiende hasta donde llega el federalismo (evitar que los poderes y gobiernos invadan sus esferas respectivas), porque su finalidad específica de mantener la supremacía constitucional se refiere sólo al principio guiador en la parte orgánica de la Constitución: el federalismo. La parte dogmática de la Constitución (*i. e.*, las garantías individuales) ha de ser salvaguardada por otros mecanismos de control constitucional. Para la minoría, la mayoría trata la controversia constitucional como si se tratara de otro mecanismo “abstracto” de control constitucional. La mayoría confunde el género y la especie; es por eso que el voto concurrente la acusa de tratar la controversia constitucional *como si fuera otra cosa*. También es por eso que el voto minoritario la acusa de *desnaturalizar* la controversia constitucional.

Unas palabras finales sobre el método teleológico-conceptual según se presenta en los votos mayoritario y concurrente: el método que ambos siguen es mucho más teleológico que conceptual, por decirlo de alguna manera. Ambos le dedican muchísima energía a identificar una finalidad para la controversia constitucional, pero desarrollan, a lo sumo, conceptos muy débiles. Sin embargo, esta debilidad no quiere decir que los argumentos presentados sean meramente teleológicos. Es decir, su cuestionamiento no es simplemente una cuestión de medios/fin. Nunca formulan la pregunta de los mejores medios para alcanzar el fin que identifican como determinar el alcance de la controversia constitucional. Inquieren sobre las “características” y los “elementos sustanciales”, no sobre los medios. Inquieren sobre el amplio esquema de la teoría constitucional e identifican las controversias constitucionales como algo (un mecanismo de control constitucional). La mayoría habla del criterio para identificar los límites de una controversia constitucional, y de la evolución del mismo. El voto minoritario acusa a la mayoría de tratar la controversia constitucional como algo diferente de lo que es. Sus conceptos son débiles, pero el trato de la cuestión se ajusta al modelo de creación que —sostengo— informa su razonamiento. No es simplemente un cuestionamiento de medios y fin.

EL VOTO DISIDENTE

Como ya indiqué en la “Introducción”, el voto disidente critica a la mayoría por *desnaturalizar* la controversia constitucional atribuyéndole una finalidad que no

tiene; a saber, el análisis abstracto de la constitucionalidad de una norma. El fragmento citado revela que el voto disidente entiende y comparte los supuestos del modelo de la creación y sugiere que también comparte las nociones presupuestas en el método teleológico-conceptual. Otros fragmentos sugieren que los ministros de la minoría disidente entienden y comparten estos supuestos.³⁴ No obstante, la minoría disidente no considera más a fondo el alcance o la naturaleza propia de la controversia constitucional, así que no exploraré estos ejemplos.

En términos generales, el razonamiento de la minoría disidente sigue una ruta muy diferente de las de la mayoría y del voto concurrente. Su cadena de argumentos es mucho más compatible con el modelo de la revelación del pensamiento jurídico. No entraré en detalles en los argumentos de la minoría disidente, ya que no es necesario hacerlo para explicar la arquitectura de sus supuestos subyacentes, pero creo que es interesante repasar de manera breve ciertos aspectos para contrastar el voto disidente con los argumentos desplegados bajo el modelo de creación.

La minoría disidente asume un entendimiento estrictamente textualista de la pregunta a resolver. Para ellos, el “estudio [realizado por la Corte] debió realizarse conforme a la materia de la *litis*, mediante el análisis de los límites al ejercicio de la facultad reglamentaria [...]”. Sostienen, además, que “las disposiciones reglamentarias son por definición normas subordinadas y como tales deben ser estudiadas confrontándolas con el ordenamiento que les da origen y las justifica. Su constitucionalidad derivará de su adecuación, o no, con la ley que desarrollan o reglamentan, pero no directamente de los preceptos constitucionales [...]” Para ellos, la cuestión es evaluar apropiadamente las normas dentro de una jerarquía conocida. No se trata de una cuestión fundamental que requiera el despliegue del método teleológico-conceptual, sino de una de rutina que pueda ser resuelta con las herramientas del modelo de revelación. Se preocupan una y otra vez por la consistencia entre un texto y otro: “el texto de la ley, por sí mismo, no establece los límites [...]”; “la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, por sí misma, no establece límites a la administración pública [...]”. Sus críticas a los argumentos de la mayoría también surgen de un entendimiento textualista de la tarea de la Corte: “[...] Desde un punto de vista técnico este Alto Tribunal está haciendo decir a la ley lo que no dice expresamente [...]”; critica el cuestionamiento teleológico de la mayoría de la siguiente manera: “esa interpretación es prácticamente académica, puesto que la ley no establece esa finalidad de manera expresa y con claridad [...]”

En general, los argumentos del voto minoritario operan en un mundo poblado de normas, es decir, de reglas, y no de esencias, fines y naturalezas. El problema es evaluar apropiadamente la consistencia de una norma subordinada con su norma superior; si se determina que no hay consistencia, nos encontramos ante el incumplimiento de una tercera norma, final y superior a las otras dos (la Constitución); si las primeras dos normas son consistentes, la norma final no ha sido incumplida. Es una cuestión limitada al análisis lógico de las normas dentro de una jerarquía claramente definida, muy de acuerdo con el modelo de revelación.

EL DERECHO A LA PROCREACIÓN³⁵

El controvertido caso sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal ofrece un segundo ejemplo del despliegue del método teleológico-conceptual en los procesos creativos en que funcionarios y jueces se ven involucrados al tratar de dar solución a problemas noveles. En este caso, el despliegue versa sobre una posible interpretación del pasaje constitucional que habla sobre libertad reproductiva como un derecho fundamental. Se trata de un magnífico ejemplo de este esfuerzo creativo que refleja la teoría de las cuatro causas y el método teleológico-conceptual que heredamos de los salmantinos. Sobre todo, se trata de un claro ejemplo en que tres instancias que participan de la élite jurídica nacional articulan un concepto nuevo dejando trazos claros del modelo de la creación que subyace al esfuerzo. La propuesta de un “derecho a la procreación” involucró a ministros de la Suprema Corte, al procurador general de la República y al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal despenalizó el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo. Lo hizo redefiniendo el tipo penal de “aborto” con el fin de excluir ese periodo.³⁶ El procurador general de la República, Eduardo Medina Mora, y el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, José Luis Soberanes, interpusieron, cada uno, una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma. Ambas, como argumentos centrales, sostuvieron que la despenalización violaba el derecho a la vida del producto de la concepción³⁷ y, también, los derechos reproductivos de los hombres progenitores, al haberse omitido la exigencia de que las mujeres obtuvieran su autorización previamente a la interrupción del embarazo.

Con ocho de 11 votos, la Suprema Corte convalidó las reformas legislativas. Nuevamente, se trató de una compleja pluralidad de votos: siete de los ocho

ministros que avalaron la constitucionalidad de la reforma, emitieron un voto concurrente. La sentencia articuló la *litis* en torno a la pregunta sobre si el Poder Legislativo estaba obligado a penalizar una conducta específica o tenía libertad para penalizar —y en consecuencia, despenalizar— conductas. Evitó así abordar la cuestión desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las mujeres, reduciendo la *litis* a la pregunta sobre si existía, a cargo de la Asamblea Legislativa, una *obligación constitucional de penalizar el aborto*. La respuesta fue negativa: “la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte”.³⁸

Lo que para nuestros propósitos interesa —ilustrar el uso contemporáneo del modelo de la creación— no es el fallo de la Corte, sino las demandas iniciales y el voto disidente. Allí se articula un “derecho a la procreación”, de distintas pero convergentes formas. El “derecho a la procreación” se construye a partir de una interpretación específica de una porción del texto constitucional. En su artículo cuarto, la Constitución mexicana establece el derecho de toda persona a “decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos.”³⁹ La mayoría de la Corte no abundó, ni en la sentencia “de mayoría” ni en sus múltiples votos concurrentes, sobre su interpretación de la libertad reproductiva plasmada en el texto constitucional. Fueron la PGR, la CNDH y la minoría quienes lo hicieron. Por ser la más articulada, tomo como guía para explorar la construcción del “derecho a la procreación” la demanda interpuesta por la CNDH. Partiendo de allí exploraremos las interpretaciones de la PGR y la minoría disidente de ministros.

Para el presidente de la CNDH, el “derecho a la procreación” es, en primer lugar, un derecho individual oponible al Estado que consiste en impedir que el Estado *obligue* a alguien a la procreación:

Es oponible al Estado, toda vez que éste no puede intervenir [...] es libre, en cuanto que el Estado no puede ejercer coacción en su ejercicio [...] El derecho a la procreación es, ciertamente, un derecho individual sobre todo bajo la consideración que a nadie puede obligársele a procrear.⁴⁰

Pero ¿a qué se refiere el presidente de la CNDH con “procreación”? Aunque es equívoco en su uso del término “procreación” —pues nunca es suficientemente explícito como para determinar si por procreación se refiere a la consumación del acto sexual o a la fecundación exitosa del óvulo—, lo que queda claro es que se refiere a un momento específico, que se agota al ocurrir.⁴¹ En consecuencia:

Ahora bien, hay que reconocer que este derecho individual es de ejercicio conjunto o en pareja, pues uno solo, por más que se quiera, no puede procrear. En los casos tradicionales, se requiere de

la voluntad de dos personas, de la unión del ejercicio de su derecho de procreación.

Así, ejercido el derecho a la procreación [...] éste debe considerarse siempre en *sentido positivo*, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse, lo que es contradictorio. Al ejercerse el derecho de procreación se está tomando la decisión de procrear y ésta es una situación que debe privilegiarse constitucionalmente lo más posible. No se ejerce la libertad sexual —en su faceta de procreación— para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona. Ejercido el derecho, entonces, las normas actúan como consecuencia de la procreación, estableciendo derechos y obligaciones, tanto para los progenitores como para el Estado.⁴²

El derecho a la procreación, entonces, otorga una *libertad* a las personas que les permite optar entre tener relaciones sexuales o no tenerlas. Una vez ejercido este derecho “en sentido positivo” —esto es, una vez sostenidas las relaciones sexuales y/o, se entiende, resultando éstas en un embarazo—, el “derecho a la procreación” deja de ser una libertad y se bifurca: por una parte, otorga un derecho de *protección* —oponible al Estado— para que no se impida llevar el embarazo a término; por la otra, se transforma en un conjunto de *obligaciones* a cargo de los “progenitores”. ¿Cuáles son estas obligaciones? No está especificado en la demanda, pero sin lugar a dudas una de ellas —para la mujer— es llevar el embarazo a término. La libertad reproductiva queda así reducida a la libertad sexual en su sentido más estrecho: nadie puede ser obligado a tener coito⁴³ contra su voluntad.

En cuanto a la autonomía de la mujer en relación con su propio cuerpo, después del “ejercicio” del “derecho de procreación”, el presidente de la CNDH nos dice que “no vemos por ningún lado que el derecho de procreación implique el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su propio cuerpo, mucho menos una maternidad aislada, esto es, sin que se considere al padre progenitor”.⁴⁴ Sobre la autodeterminación de la mujer nos dice:

Esta autodeterminación, de querer ubicársele correctamente, la encontramos antes del ejercicio del derecho a la procreación. Alguien puede disponer de su cuerpo antes de haber ejercido el derecho a la procreación, lo cual es aceptable, pues hay que reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, puede aquélla fácilmente disponer sobre su propia sexualidad e integridad, en cuanto que esta conducta es un acto que la ley no prohíbe.

En cambio, la faceta de responsabilidad que comporta el ejercicio libre de la sexualidad implica que se evalúe, precisamente por la posibilidad misma de la procreación, la situación antes de ejercer el derecho, a fin de tomar las medidas conducentes a lo deseado, ya que después de ejercido encontrará limitaciones frente a la vida del producto de la concepción y frente al progenitor.⁴⁵

La construcción del “derecho a la procreación” que nos ofrece la CNDH puede entonces articularse, hasta el momento, de la siguiente forma: el “derecho a la procreación” se compone de dos *facetas*. La primera “faceta”, llamémosle la de la *libertad sexual*, puede ejercerse de dos formas: en “sentido positivo” y en “sentido negativo” (por oposición al primero). En “sentido positivo” resulta un derecho de “ejercicio conjunto”, específicamente “en pareja”. En “sentido negativo” constituye un derecho individual, oponible al Estado, consistente en que nadie pueda ser obligada(o) a “procrear”, esto es, al coito.

Una segunda “faceta”, denominada en la demanda de la CNDH “de responsabilidad”, inicia con la “procreación” (esto es, el coito); el *derecho* es reducido a una protección frente a terceros de que la gestación no sea interrumpida. Al lado de este derecho reducido, surgen *obligaciones* a cargo de los “progenitores”, notoriamente la obligación de la mujer de llevar a término su embarazo.

Llamemos a la primera faceta el derecho de “libertad sexual”, y a la segunda, el “derecho de procreación” en sentido estricto. Hay un último rasgo del “derecho a la procreación” (esto es, del conjunto que componen las dos facetas enunciadas) que articula la vinculación necesaria entre ambas facetas y que vale la pena subrayar: la concatenación entre la “libertad sexual” y el “derecho de procreación” *stricto sensu* no sólo es cronológica, sino también instrumental. La libertad sexual, ejercida “en sentido positivo”, tiene como finalidad activar la segunda faceta: la de procrear. En otras palabras, la libertad sexual puede ejercerse como *abstención* o como medio para el ejercicio del “derecho de procreación” en sentido estricto. La construcción que nos ofrece el *ombudsman* mexicano no contempla el ejercicio de la libertad sexual con fines distintos de la procreación. Recordemos que el presidente de la CNDH sostiene que el derecho que nos ocupa “debe considerarse siempre en sentido positivo, pues de lo contrario la procreación, que es lo que se pretende al ejercerse este derecho, puede llegar a no materializarse, lo que es contradictorio”.

Puesto que no es sostenible que, en la realidad, las personas cuentan con la información suficiente y los métodos anticonceptivos suficientemente eficaces como para estar en posibilidades de que *sólo* el coito que se realiza *con el fin* de resultar en fecundación desemboque en ella. En consecuencia, sus afirmaciones deben ser entendidas como un llamado a que el derecho *impute* la *finalidad de procrear* a quien “ejerce en sentido positivo” su libertad sexual. Volvamos sobre el texto citado:

No se ejerce la libertad sexual —en su faceta de procreación— para no lograr esta última. Si se decidió procrear no debe actuarse en contra de la procreación, pues entonces *se puede llegar al*

absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona.

Así, el “derecho a la procreación” que nos ofrece el *ombudsman* presume que la “libertad sexual” se ejerce “positivamente” con la *finalidad específica y determinada* de procrear. Esta atribución de intencionalidad es fundamental. La finalidad *ficta* que se le imputa a quienes participan del coito es la pieza que, como veremos, explica gran parte de la construcción del “derecho a la procreación”. En primer lugar, porque la teleología que se imputa al despliegue de la sexualidad explica la vinculación necesaria entre la “libertad sexual” y el “derecho de procreación”, *stricto sensu*, al grado que formen una unidad conceptual. Si la libertad sexual es un *medio* y un *requisito* para la aparición del “derecho de procreación”, ello explica por qué en realidad se conciba como una “faceta” inicial de un solo derecho, y no como un derecho en sí mismo. En segundo lugar, se explica también el carácter *binario* de la libertad sexual: o se ejerce “negativamente”, mediante la abstención, con el fin de *evitar* la procreación, o bien se ejerce “positivamente”, mediante el coito, para *procurar* la procreación. El concepto de “derecho de procreación” no admite que la “faceta de libertad sexual”, que lo constituye, se ejerza, por ejemplo, *lúdicamente*, o de cualquier otra forma sin la intención de concebir. En tercer lugar, el carácter binario de la libertad sexual explica, a su vez, por qué el *ombudsman* no “ve” “por ningún lado” el derecho de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo: la mujer no tiene más alternativa que la que se presenta entre el ejercicio “positivo” o el ejercicio “negativo” de la libertad sexual. Si el coito tiene una finalidad determinada, necesaria, entonces la libertad se limita a emprender la búsqueda de esa finalidad o a no emprenderla. El cuerpo se usa para procrear o no se usa para procrear: ésas son las alternativas.

Finalmente, la presunción explica por qué la libertad sexual se ejerce “en sentido positivo” de forma *conjunta* y, específicamente, *en pareja* (heterosexual, se entiende). Para procrear no se necesita ni más ni menos que una pareja, mujer y hombre. Más, menos o distintos tipos de participantes sobran, faltan o derrotan el propósito del ejercicio “positivo” de la libertad sexual. Se salen de lo normal y, en consecuencia, de la norma. Resulta obvio que el *ombudsman* mexicano parte de una concepción específica de lo que considera la reproducción “normal” que no incluye tecnología, ni la reproducción en números superiores a dos.⁴⁶ Aunque no lo haga explícito, al afirmar que el derecho se ejerce “en pareja”, el *ombudsman* parte de una concepción de la reproducción humana que estima *natural*.

El entonces procurador general de la República, Eduardo Medina Mora, fue mucho menos abundante en su interpretación del párrafo segundo del artículo 4º constitucional. A diferencia del presidente de la CNDH, no ofrece un perfil articulado del “derecho de procreación” (así lo denomina), pero sí aporta un elemento claro que es compatible con lo sostenido por su colega, y complementa la construcción del concepto de “derecho a la procreación”.

Al igual que el presidente de la CNDH, el procurador Medina Mora —tras invocar selectivamente pasajes del proceso legislativo que culminó con la inclusión del pasaje que nos interesa en el texto constitucional— nos da su opinión al respecto:

No queda lugar a dudas, que el Poder Reformador de la Constitución General de la República reconoció en el numeral constitucional en estudio el inherente derecho de las personas a decidir *de manera libre, responsable e informada* el número y espaciamiento de sus hijos.

No obstante, debe de destacarse que [...] la libertad de procreación, que es tanto del hombre como de la mujer según lo analizado, significa que el ejercicio de dicho derecho está sujeto a tres requisitos:

1. Que la decisión sea libre.
2. Que sea responsable.
3. Que sea informada.

Si se analiza cuidadosamente tanto el precepto constitucional como los motivos que le dieron origen, se arriba a la ineludible convicción de juicio de que el empleo de la medida abortiva no puede ser considerado como el ejercicio de la libertad de procreación, ya que entonces ello obviamente no sería producto de la responsabilidad y la información, *porque supone un embarazo no planeado en forma responsable*.⁴⁷

Con la aportación de la PGR, el “derecho de procreación” queda condicionado a que su ejercicio sea responsable e informado. Esto es, si el derecho no se ejerció con responsabilidad, entonces no se puede gozar de él. Se trata de un derecho condicionado a su debido uso. La pregunta obligada es: ¿el uso es debido conforme a qué parámetro? Pero me adelanto.

La PGR nos dice que, por necesidad lógica, el aborto no puede fundarse en el derecho de procreación (responsable), pues, por definición, el aborto implica necesariamente un embarazo como resultado de un acto irresponsable. La afirmación, tomada en sus propios términos, resulta insostenible en la medida en que puede haber razones supervenientes para tornar un embarazo deseado y debidamente planeado en uno no deseado. Sin embargo, no interesa aquí evidenciar las inconsistencias de las afirmaciones de la PGR, sino delinear el perfil del “derecho de procreación” que sostiene. Desafortunadamente, la PGR se da por

satisfecha con el argumento de la imposibilidad lógica de un aborto fundado en el derecho de procreación responsable y no abunda sobre cuál es el contenido del “derecho de procreación” del que nos habla. Habrá entonces que remitirnos a la demanda de la CNDH. Pero volvemos a ella con un nuevo elemento: ni siquiera estamos en presencia de un derecho si la persona no cumple con las condicionantes de tomar una decisión responsable e informada.

En su voto disidente, la minoría de ministros que votó por la inconstitucionalidad de la reforma rescató diversos elementos del “derecho de procreación” o “derecho a la procreación” que proponen la CNDH y la PGR. En primer lugar, el nombre del concepto —“derecho de procreación”— fue retomado tanto en el voto de minoría⁴⁸ como en el proyecto.⁴⁹ En segundo lugar, el voto de minoría identifica el ejercicio de la libertad reproductiva con la libertad de sostener o no sostener coito. Una vez que se decidió participar en el coito, la libertad se limita a proteger a la mujer de una interrupción del embarazo no deseado, pero impone la obligación de llevar el embarazo a término:

Si bien [a] nadie puede imponérsele un embarazo, cuando éste se deriva del ejercicio sexual libremente ejercido [*sic*] y decidido y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo.⁵⁰

Más aún, la minoría sostiene la *imposibilidad* de la imposición de un embarazo:

Hablar de embarazos impuestos es desconocer toda la protección que la Constitución y las leyes secundarias dan a la mujer para que ejerza su libertad sexual, de la cual, como lógica consecuencia, pueden resultar embarazos, por lo que no hay posibilidad constitucional ni legal de imposición de embarazos.⁵¹

En tercer lugar, la minoría retoma la aportación de la PGR sosteniendo que la libertad sexual es un derecho condicionado; un derecho que obliga más de lo que faculta:

Tal libertad sexual que nuestro orden constitucional y legal garantiza, se encuentra sujeta a la condición de su ejercicio responsable e informado, es decir que la decisión relativa se tome de manera responsable e informada, por lo que *no es posible hablar de embarazos impuestos a las mujeres que libremente mantienen y aceptan relaciones sexuales de las cuales pueda derivar un embarazo*.

[...]

... no se está ante supuestos de imposición de embarazos sino, en todo caso, ante *un ejercicio no responsable de la libertad sexual de la mujer*, y, por la otra, que la libertad sexual se sujeta constitucionalmente a las condiciones de información y responsabilidad.

[...]

el artículo 4º constitucional contempla obligaciones a cargo de la mujer para disfrutar de sus derechos...⁵²

En esta tesitura, los ministros de la minoría nos informan que, en su opinión, las “consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante”.⁵³

En cuarto lugar, la minoría (hipotética o contradictoriamente) sostiene también la necesidad de ejercer el “derecho a la procreación” en forma conjunta o “en pareja”, *cuando se lleva a cabo un aborto*:

La posibilidad de la madre de decidir unilateralmente sobre la muerte del producto en gestación, menoscaba ese derecho del padre, cuya voluntad no es tomada en cuenta al respecto.

Así como la concepción fue realizada por dos personas, resulta ilógico que el resultado de la misma no sea compartido entre las dos personas que la produjeron. Si el ejercicio fue irresponsable, ambos debieran cargar con las consecuencias, pero si se decide que es mejor matar a un ser humano a que dos personas carguen con las consecuencias de sus actos libres, por lo menos se debería escuchar a las dos partes que intervinieron en la creación del nuevo ser humano.⁵⁴

En quinto lugar, tenemos que, junto con el presidente de la CNDH, los ministros disidentes no ven en el párrafo segundo del artículo 4º constitucional derecho alguno de autodeterminación de la mujer: “El precepto en análisis no consagra expresamente los derechos a la autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida, que los Ministros de la mayoría derivan implícitamente”.⁵⁵

Las citas dignas de ser exhibidas contenidas en el voto de minoría y sus anexos darían para varias cuartillas más de transcripción. Sin embargo, aquí interesa sólo ilustrar cómo es que el modelo de la revelación se refleja en la construcción del “derecho a la procreación” que nos ofrecieron la CNDH, el procurador Medina Mora y la minoría disidente de la Corte. Enfoquémonos en dos aspectos únicamente: i) la teleología del derecho y ii) el esencialismo sobre el que descansa.

Como mencioné, la *causa final* fue privilegiada por el método teleológico-conceptual sobre las demás causas. En consecuencia, me enfocaré en analizar el papel preponderante que desempeña la *finalidad ficta* del “derecho a la procreación”. Recordemos que la *causa final* no constituía un *fin* en tanto que objetivo, sino una *tendencia natural* de la *sustancia* que se trataba. En este contexto, la *tendencia* o *causa final* era, con independencia de la *voluntad real*, el objetivo del sujeto que ejercía el derecho o participaba en una actividad. Consistente con la función de la *causa final*, la *finalidad ficta* que los proponentes del “derecho a la procreación” imputan al sujeto que ejerce el

derecho —la voluntad real— de las personas involucradas poco interesa, lo que interesa es la *tendencia natural* del coito.

En otras palabras, si entendemos que la *teleología* del “derecho a la reproducción” no corresponde a la voluntad de las partes sino a aquello para lo que el coito sirve *por su naturaleza*, deja de extrañarnos que los proponentes del “derecho a la procreación” no estén interesados en discutir posibilidades distintas de la procreación como *teleología* del coito. En su entender no cabe —o, más precisamente, no interesa— que las personas sostengan coito, por ejemplo, por motivos lúdicos, por curiosidad, por estatus, por dinero, por vergüenza, por venganza, por satisfacer sus necesidades de control, sus impulsos sádicos o masoquistas, sus fantasías, o simplemente por deporte. Todo ello es *accidental*, no *esencial* al coito (en su entender del coito, por supuesto) y, en consecuencia, al derecho que lo tutela.

Esto me lleva al siguiente punto: la imputación ficta de la voluntad de procrear presume que hay *una y sólo una* modalidad *natural* del coito. Esto es, el coito y, en consecuencia también su espejo jurídico —el “derecho a la procreación”—, tiene una naturaleza, una esencia. Esa *esencia* no depende de la voluntad (pasajera, *accidental*) de las personas que participan en él, o de la coyuntura *accidental* en la que acaece (quién participa, cuándo, cómo y dónde). Esa esencia perdura *a pesar* de voluntades pasajeras o de modalidades accidentales y en consecuencia es la *esencia* perdurable y no la *voluntad* pasajera lo que el derecho reconoce, tutela y consagra. Esto es, el derecho —a través del reconocimiento de un derecho fundamental— sólo tutela aquello que corresponde a la naturaleza, a la esencia de la reproducción/coito. Por eso se ejerce “en pareja” (más de dos es una tergiversación) y se presume que se ejerce conjuntamente *por un hombre y una mujer* (lo otro, es *contra natura*). Ello explica, también, que el “derecho de procreación” ni siquiera aborde, por ejemplo, modalidades que la tecnología o la sociedad “artificialmente” construyen. En el “derecho a la procreación” que se ejerce “en pareja” no se puede hablar sobre la maternidad subrogada, la donación de esperma o la adopción por un individuo.

Este esencialismo indiferente ante los objetivos reales del sujeto es evidenciado cuando el presidente de la CNDH nos dice que “no debe actuarse contra la procreación” (*i. e.*, abortar), “pues entonces *se puede llegar al absurdo de supeditar la procreación a la simple voluntad de una persona*”. ¿Acaso el texto constitucional, al decirnos que toda persona tiene “derecho a decidir” sobre su reproducción, no nos está diciendo *precisamente* que la procreación debe ser *voluntaria*? No. Para los proponentes del “derecho a la procreación” supeditar las

consecuencias normativas de un derecho fundamental *a la voluntad* de una persona implicaría negar su *esencia*, definirlo a partir de lo *accidental*. En el modelo de la revelación las cosas tienen su propia *naturaleza* y, si ésta es alterada, la cosa deja de ser lo que es. Por ello, la PGR y la minoría nos dicen que *querer abortar implica necesariamente que no se está en presencia de un derecho fundamental*, sino ante la apariencia de un derecho pues el coito no se realizó en forma responsable. El requisito de responsabilidad aquí funge como la exigencia de que se ejerza acorde con su naturaleza, respetando su esencia y procurando su tendencia natural.

¿Cuál es el punto al que quiero llegar? El esencialismo que empapa toda la construcción teórica en torno al “derecho a la procreación” es fácilmente acogido por la arquitectura conceptual propia del modelo de la creación. Identificado el *fin ficto* que los proponentes imputan al coito —la procreación—, las características y consecuencias normativas que éstos proponen, si bien no se desprenden lógicamente, sí se acomodan con naturalidad en el imaginario jurídico compartido del gremio jurídico. El “derecho a la procreación” es fácilmente acogido por la mente jurídica.

Aunque los proponentes del derecho a la procreación no lo hacen, podríamos con facilidad terminar de articular este derecho conforme al esquema de las cuatro causas. La causa eficiente del derecho sería la “pareja” que “en conjunto” participa en el coito (lo cual explica que sean dos y sólo dos los partícipes). La causa material correspondería al “producto de la concepción” y su proceso de gestación (o, si hacemos caso al presidente de la CNDH, sería más bien el coito, pues para él se agota allí el ejercicio del derecho).

Con independencia de que la despenalización del aborto haya sido declarada constitucional por una mayoría calificada de la Corte y el “derecho a la procreación” no haya pasado de un ejercicio argumentativo sin impacto normativo, lo cierto es que el caso ilustra la persistencia del modelo de la revelación en el pensamiento jurídico contemporáneo. Es más, ilustra la función específica que el modelo de la revelación cumplió en la historia del pensamiento jurídico: ante problemas no resueltos, permite articular conceptos nuevos que procuren soluciones normativas a los casos difíciles. En efecto, nunca como a partir del caso analizado ha habido necesidad de dotar de sentido al pasaje constitucional del artículo 4º que inspiró la construcción del “derecho a la procreación”. Veamos ahora el despliegue del modelo de la revelación en un caso en el que lo que estuvo a discusión no fue la elaboración de conceptos nuevos para problemas nuevos, sino la reformulación de viejos conceptos para hacer frente a nuevas preguntas. Para ello, acudiremos al concepto que fungió como

ejemplo paradigmático del modelo de la revelación en sus orígenes remotos: el matrimonio.

EL MATRIMONIO⁵⁶

En diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó la legislación civil, abriendo la posibilidad para el matrimonio entre personas del mismo sexo. El matrimonio pasó de ser definido como “la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida [...] con la posibilidad de procrear” a ser “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida” (artículo 146). En el Distrito Federal, la procreación había dejado de ser un fin *exigido* para conformar un matrimonio en el año 2000 al expedirse el primer Código Civil local.⁵⁷ Entonces, pasó a ser planteada como una “posibilidad”. Con la reforma de 2009, que aquí nos interesa, la procreación desapareció por completo de la definición del matrimonio. Pero lo más importante y controversial fue la supresión del requisito de que los contrayentes fueran de sexo opuesto. La modificación de la definición del matrimonio implicó, *ipso iure*, la posibilidad de que estas parejas (del mismo sexo) accedieran, como parejas, a la adopción como mecanismo para formar una familia.

La Procuraduría General de la República impugnó la reforma arguyendo la inconstitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de estas parejas. Los dos argumentos centrales fueron que con la redefinición del matrimonio se vulneraba el mandato constitucional de protección legal de la familia (artículo 4, párrafo primero de la Constitución).⁵⁸ Para la PGR, la protección que instruyó el Constituyente es la de la familia *heterosexual*, conformada por el padre, la madre y los hijos. La PGR también impugnó la posibilidad legal de que se permitiera la adopción por parte de parejas del mismo sexo, por considerar que violentaba el interés superior de los menores.

Una mayoría calificada de nueve (de once) ministros validaron las reformas de la Asamblea Legislativa. En relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte sostuvo que el artículo 4, párrafo 1 de la Constitución no protege un solo tipo de familia, sino todos los tipos de familias que lleguen a existir.⁵⁹ Por último, determinó que las reformas no sólo *no* violentaban la Constitución, sino que actualizaban el derecho al libre desarrollo de la personalidad de un sector de la población cuyas relaciones habían sido históricamente discriminadas. Este derecho, para la Corte, no sólo implica la

obligación del Estado de respetar las relaciones entre parejas del mismo sexo (no interfiriendo en ellas penalizando, por ejemplo, la sodomía), sino que debe *reconocerlas* a través de las distintas figuras familiares que ha creado para ello, como el matrimonio, la sociedad de convivencia⁶⁰ o el concubinato (SCJN, 2010: 103).⁶¹

La adopción por parte de parejas del mismo sexo, según la mayoría de la Corte, no violenta el principio del interés superior del menor. Al contrario, el principio obliga al legislador a diseñar un sistema en el que se garantice que, para cada caso en particular, la decisión sobre las adopciones se tome en función de cada niño en concreto. Y, en consecuencia, por virtud de la no discriminación, no puede excluirse *ex ante* y en abstracto a categorías de personas por su orientación o preferencia sexual.

Nuevamente, para efectos de ilustrar el despliegue del modelo de la creación en el pensamiento jurídico contemporáneo, interesa aquí, sobre todo, el voto disidente. El ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano defendió su postura partiendo de un concepto específico de matrimonio y desplegando argumentos que con toda claridad se inscriben en el esencialismo propio del modelo de la revelación.

Al explicar la obligación de que las normas inferiores se conformen con las normas constitucionales, el ministro Aguirre explica la inconstitucionalidad de una norma secundaria de la siguiente manera:

[Esto] podría entenderse a partir de un sencillo ejemplo geométrico: si a una figura cuadrangular se le quita uno de sus cuatro lados (*elemento esencial*), tal figura pierde su *ser* y *substancia*; se transforma en una distinta, a saber, un triángulo, con lo cual se transgrede el principio lógico de identidad, pues la condición de cuadrilátero depende necesariamente de que la figura posea cuatro lados [...]

Esto ocurre con el artículo 146 impugnado en la acción de inconstitucionalidad en tanto prevé la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo, en franco olvido del contenido y sentido de las normas constitucionales atinentes al tema, además de la interpretación equivocada de dos instituciones jurídicas y humanas fundamentales en el tema a estudio, a saber, el matrimonio y la familia.⁶²

El esencialismo es evidente y explícito: la reforma atenta contra la “esencia” del matrimonio. Para el ministro Aguirre, el matrimonio entre personas del mismo sexo es el triángulo, y el matrimonio implícitamente consagrado en el artículo 4º, párrafo primero constitucional es el cuadrado. Evidentemente, no embonan. Al primero le falta una característica esencial para poder ser el segundo.

Para el ministro Aguirre, la Constitución delega al legislador ordinario la regulación de la familia, pero dicha delegación conlleva (*naturalmente*, diríamos) un límite a su configuración: el “reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”. La *esencia* del matrimonio, nos dice, es ser una figura heterosexual y procreativa. Por esta razón, sostiene que este artículo contiene una *garantía institucional*:⁶³ el “derecho” —la garantía— de “la familia” —como institución— a que sus elementos esenciales sean respetados.

La rigidez de la definición constitucional del matrimonio, como es de esperar, se desprende de su finalidad:

La regulación jurídica del matrimonio obedece al interés del Estado en asegurar la procreación y la educación de las futuras generaciones en condiciones óptimas y esto exige la concepción de esa institución como unión naturalmente capaz de cumplir esos objetivos, lo que supone entonces a una mujer y un hombre.

Lo que tenemos es una calca del razonamiento de Tomás de Aquino reconfigurado en el lenguaje del Estado: de la misma forma que la Iglesia tenía interés en fomentar la reproducción biológica y cultural de la especie a través de la formación de la familia, el Estado ahora la sustituye.⁶⁴ Identificando los *fin*es de la institución —la procreación y educación de los hijos—, se identifica el *medio* para llegar a ello: “esto exige la concepción de esa institución como unión naturalmente capaz de cumplir esos objetivos, lo que supone entonces a una mujer y un hombre”.

Para Aguirre Anguiano, los conceptos de familia y matrimonio son unívocos y fijos, tienen esencias inmutables. Tan es así que no sólo los instrumentos jurídicos nacionales, sino también los internacionales, los consagran:

Los instrumentos internacionales también refieren la importancia de la protección de la familia como el elemento *natural* y fundamental de la sociedad y reconocen la institución del matrimonio formado por un hombre y una mujer. Así puede leerse en los artículos 16, puntos 1 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17, puntos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23, puntos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 10, punto 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [...]

Inclusive, en el artículo 16, punto 3, de la Declaración Universal de Derechos Humanos se alude expresamente al derecho de los hombres y mujeres a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, esto es, dentro de las restricciones previstas no se comprende la orientación sexual, precisamente porque se parte de que *la institución matrimonial es heterosexual*, lo que significa que en el caso del matrimonio *no puede operar la prohibición de discriminación por razón de tal orientación al conformar parte de su esencia la heterosexualidad*.

Los tratados, como la Constitución, *reflejan* el concepto de matrimonio —una institución— cuya existencia normativa no depende de unos u otros. Implícitamente, el ministro sostiene que la institución tiene una esencia que se *manifiesta* en las normas (constitucionales e internacionales) y, en consecuencia, las normas legales que lo regulan deben respetarla.

Aguirre Anguiano, como los salmantinos, parte de la idea de que a cada concepto jurídico le corresponde una *esencia* y que su definición debe reflejarla o bien ser inválida. El matrimonio tiene como fines la procreación y educación de los hijos, y la asistencia mutua. Si falta alguno de estos elementos, no estamos ante un matrimonio, sino ante algo más. La cosa es lo que es y nada más, y nada más puede ser eso que la cosa es.

El matrimonio, así, tiene que regularse de forma tal que tiendan a cumplirse esos *fines*. Si lo que se quiere es asegurar la procreación biológica de la especie, esta postura asume que la heterosexualidad de las partes es un elemento esencial. Así, lo que tenemos es una definición del matrimonio que refleja su esencia y de la cual se pueden desprender los requisitos para su constitución, así como las obligaciones que implica. Lo importante, aquí, tampoco es la *voluntad real* de las partes, sino su consentimiento a los fines del matrimonio (si las parejas heterosexuales se casan por amor, por aburrimiento, por interés económico o porque verdaderamente quieren constituir una familia, no importa; puesto que consintieron al matrimonio, consintieron a la obligación de fidelidad, de procrear, de asistirse mutuamente, de educar a sus hijos, etc.). La institución —su esencia— prevalece sobre los deseos de las personas siempre. Ésa es la lógica del método y de la ontología que a él subyace.

CONCLUSIONES: RESIDUOS E INERCIAS DEL MODELO DE LA CREACIÓN

El modelo de la creación está muy presente en la dogmática jurídica contemporánea. Encontramos sus rastros en la legislación y en la doctrina hoy vigentes y en uso. Más importante aún, encontramos que, en las disputas jurídicas del país, los protagonistas aún recurren a él para cumplir la función que antaño cumplía: construir definiciones y pensar redefiniciones básicas de los conceptos jurídicos que permitan encuadrar los problemas del mundo en un lenguaje jurídico.

Los casos ofrecidos en este capítulo ilustran tanto la persistencia del modelo en los rastros que ha dejado como su pervivencia y preeminencia entre las herramientas de las que los abogados echamos mano en nuestra práctica. Pero ¿qué ha cambiado? Los tres casos ofrecidos no permiten hacer generalizaciones

sobre los cambios en la función que cumple el modelo respecto de épocas anteriores. Sí permiten, sin embargo, plantearnos preguntas que una investigación futura pueda retomar para profundizar en la comprensión de la importancia y el papel del modelo de la creación hoy en día. ¿El que, en los dos últimos casos analizados, el modelo haya sido desplegado por las minorías de la Corte para enfrentar y contener la redefinición de una figura jurídica —sea el tipo penal del aborto o la institución del matrimonio— nos dice algo sobre la afinidad ideológica de quienes lo usan? No necesariamente. Los casos se seleccionaron en función de cuán visible resultaba en ellos el despliegue del modelo de la creación, no en función de su representatividad. Los sesgos en su selección no son menores: se trata de casos decididos en la Suprema Corte, mediante un tipo específico de procedimiento —la acción de inconstitucionalidad— particularmente propicio para el despliegue creativo del razonamiento jurídico por parte de los ministros. Se trata, además, de discusiones en un ámbito especializado particular y propenso al abordaje de valores y conceptos abstractos, el constitucional. Este capítulo busca mostrar la persistencia del modelo, no permitir generalizaciones sobre su funcionamiento actual.

Esta obra es, sobre todo, una genealogía de los modelos conceptuales de orden que informan el tipo de pensamiento jurídico que llamamos dogmática jurídica. En ese sentido, rastrear continuidades y no describir el estado actual del arte es la prioridad. Mi intuición es que el modelo de la creación está tan arraigado en todos los abogados —de la ideología o especialidad que sean— que investigaciones sistemáticas y representativas del quehacer jurídico nos arrojarían un panorama en el que los modelos de la creación y de la revelación se encuentran dispersos a lo largo y ancho del gremio jurídico, del espectro ideológico que éste habita y de la especialidad disciplinar en que se compartimenta.

Pero antes de concluir el trabajo, vale la pena reflexionar un poco más sobre las implicaciones que la persistente presencia del modelo de la revelación tiene para la disciplina que domina el pensar jurídico. Para ello, debemos dejar atrás la genealogía y volver a la arquitectura del pensamiento jurídico. Debemos explorar los límites y las limitantes de la imaginación jurídica que encierra la dogmática jurídica. Allí encontraremos una brecha ontológica que habrá que atender si queremos comprender la forma en la que entendemos el mundo desde el derecho.

Conclusiones

LA BRECHA ONTOLÓGICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Con el panorama hasta aquí expuesto, habiendo rastreado la genealogía y, a partir de ese ejercicio, revisado la arquitectura de la dogmática jurídica, en estas conclusiones pretendo ofrecer una reflexión sobre los límites y las posibilidades de transformación de la dogmática jurídica. Para ello, propongo explorar lo que el profesor Steven D. Smith (2004)¹ ha llamado una “brecha ontológica” (*ontological gap*) entre lo que la teoría del derecho nos dice que la dogmática jurídica hace y lo que la práctica de la dogmática revela que hace. La presencia de esta brecha ontológica plantea importantes interrogantes sobre *a*) la adecuación del entendimiento de la teoría del derecho sobre la ciencia jurídica, y *b*) las posibilidades y límites reales de la dogmática jurídica para explicar el derecho.

BRECHA ONTOLÓGICA

Inicié este trabajo con la tesis de que la caracterización estándar de la dogmática jurídica no podía explicar lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo en el Caso Electricidad. Como expliqué en la introducción, la práctica de la dogmática es descrita como la sistematización, mediante la categorización, inducción y deducción, de un universo de normas jurídicas. Este modelo basado en normas no puede explicar los conceptos de controversia constitucional elaborados por los ministros de la Suprema Corte (mucho menos el derecho a la procreación o el concepto de matrimonio que defendió el ministro Aguirre Anguiano). Es más, no puede ni siquiera explicar la *forma* en que los ministros, el procurador y el presidente de la CNDH construyen conceptos. Tampoco puede explicar la preocupación por encontrar los “elementos sustanciales” de la controversia constitucional, esencia del matrimonio, ni tampoco las acusaciones de desnaturalización y sustitución de figuras que los ministros lanzan contra los argumentos que buscan rebatir.

Propongo, por el contrario, que las ideas aristotélico-tomistas sobre naturalezas y esencias, y el método teleológico-conceptual construido sobre la plataforma de las cuatro causas, explican mucho mejor lo que la mayoría y el

voto concurrente del Caso Electricidad hacen al hablar del alcance, finalidad y ubicación de la controversia constitucional. También pueden dar cuenta de las acusaciones contra la mayoría de *desnaturalización* y *sustitución* de la controversia constitucional. Explican, además, los votos disidentes en las disputas sobre el aborto y el matrimonio.

Creo que la incapacidad de la caracterización estándar de la dogmática jurídica para explicar lo que la Corte hace surge del hecho de que ésta describe sólo una *parte* de lo que la práctica de la dogmática jurídica —la ciencia jurídica moderna— implica. La descripción de la dogmática jurídica presentada en la introducción muestra una práctica cimentada sobre lo que he llamado el modelo de la revelación de inquisición normativa heredado del *ius commune* medieval. Hasta cierto punto, lo hace bastante bien. Sin embargo, adolece a la hora de explicar la dimensión de la ciencia jurídica que corresponde con lo que he llamado el modelo de la creación. Adolece también a la hora de entender los fundamentos trascendentales del modelo de la revelación, heredados de los lazos tan estrechos entre la ciencia jurídica medieval y la teología.

El hecho de que estos aspectos cuasiteológicos del pensamiento jurídico se hayan suprimido no resulta sorprendente en una edad en que la secularización es el dogma político fundamental en Occidente. Lo que sí ocurre es que distorsiona los entendimientos que desplegamos en el pensamiento jurídico. Esta distorsión revela lo que el profesor Steven D. Smith ha llamado una “brecha ontológica” entre la teoría y la práctica de la dogmática jurídica. En las páginas siguientes haré lo posible por identificar esta “brecha ontológica”, así como señalar los problemas que presenta y las elecciones que requiere.

INVENTARIOS ONTOLÓGICOS

En su libro publicado en 2004, *Law’s Quandary* (El dilema del derecho), Steven D. Smith aborda los inventarios ontológicos y las brechas que pueden existir entre ellos.

Empecemos con un postulado de sentido común: nuestro idioma, y los enunciados particulares que formamos, implícitamente presuponen que las cosas a las que les damos un nombre “existen” o son “reales”, en algún sentido u otro [...] Se podría decir que nuestro idioma, y nuestros usos del idioma, manifiestan una ontología implícita; una clase de inventario de las cosas que consideramos reales en algún sentido u otro, y que pueden tomar significado o a las que nos referimos con palabras [Smith, 2004: 8].

Las ontologías implícitas determinan qué cosas existen o pueden existir. También determinan *cómo* o en *qué sentido* pueden existir (como ideas, cosas, sentimientos, etc.). Estos inventarios ontológicos establecen los límites de lo que se puede decir con sentido. Para dar sentido a las cosas, debemos comprometernos con nuestros inventarios ontológicos. “Sin ese compromiso, nuestro hablar estaría vacío —*sólo palabras*—” (*ibid.*, 8). Estos inventarios surgen de nuestras experiencias y nuestras prácticas, y pueden existir inventarios divergentes uno al lado del otro de acuerdo con las diversas actividades en las que participemos. “El contenido real de nuestros inventarios ontológicos no nos lo darán los filósofos o los metafísicos. Normalmente [tomamos nuestros inventarios ontológicos] de nuestras experiencias cotidianas, o de la ciencia, o de la religión, o de alguna mezcla entre éstas” (*ibid.*, 10).

Según Smith, las cosas en los inventarios ontológicos existen “en algún sentido u otro”. Esto significa que lo que está en un inventario ontológico no necesariamente tiene que ser de un tipo específico, un objeto tangible, una ficción de mi imaginación o una “forma” eterna, para hablar al respecto con sentido. Lo que se requiere, para hablar con sentido, es que cualquier tipo de cosa que se crea que es, hablemos de ella de forma que nuestros dichos correspondan a esa creencia. No puedo hablar con sentido de algo en mi inventario ontológico si creo que se trata de un objeto tangible y me refiero a él como si fuera un producto de mi imaginación, o viceversa.²

Los inventarios ontológicos cambian frecuentemente. Esto significa que algo que antes quedaría bajo una categoría dentro de un inventario ontológico (por ejemplo, un unicornio bajo la categoría de “animal”) puede mudarse a otra categoría (“producto de la imaginación”) en un inventario ontológico que ha cambiado en otro momento. En estos casos, una persona modifica su manera de expresarse y su comportamiento de acuerdo con este cambio, y cuenta cuentos sobre unicornios en lugar de salir a buscarlos.

Pero a veces, tal vez por hábito o por presión cultural, la persona vuelve a hablar como si estas cosas fueran reales en el previo y más robusto sentido. En estos casos, hay una disyuntiva entre la manera de hablar de esta persona y su inventario ontológico —una disyuntiva que podría describirse diciendo que, desde el punto de vista de su propia ontología, las palabras de esta persona son absurdas— [Smith, 2004: 15].

Smith denomina esta divergencia, cuando se presenta en grupos de personas o en la sociedad, como una *brecha ontológica*.

Piénsese de esta manera: el lenguaje y los patrones del lenguaje están en un proceso perpetuo, aunque apenas perceptible, de cambio, y las creencias que adoptamos conscientemente sobre qué cosas existen (y en qué sentido) también cambian constantemente. Pero sería casi un milagro si estos patrones de cambio coincidieran a la perfección. Así que no nos debe sorprender si los inventarios ontológicos implícitos en la manera de hablar de las personas, en una sociedad determinada, a veces no son coherentes con las ontologías que esas personas admitirían como suyas, si se les presionara. Podríamos describir tales incongruencias en términos de una cierta “brecha ontológica” que divide los compromisos ontológicos *explícitos o admitidos* por la sociedad de los supuestos que están *implícitos o presupuestos* en las prácticas y maneras de hablar. Y naturalmente podríamos describir la manera de hablar que tiene lugar en esa brecha como [...] “absurda” [*ibid.*, 16].³

Aquí me separaré de Smith (aunque más adelante retomaré algunas de sus ideas nuevamente) porque él se ocupa del dilema que enfrenta un derecho post-Holmes en los Estados Unidos, atascado entre los inventarios ontológicos de la ciencia moderna y los de la religión; yo no. No obstante, las ideas de Smith sobre los inventarios y las brechas ontológicas son instrumentos poderosos para analizar el problema que nos ocupa: el que la teoría contemporánea del derecho describa inadecuadamente la práctica contemporánea de la dogmática jurídica. Las ideas de Smith también pueden ayudar a esclarecer otra serie de problemas: los problemas que la ciencia jurídica contemporánea enfrenta al afrontar temas tales como cuál debe ser el alcance de las facultades de la Suprema Corte ante una controversia constitucional, si podemos alterar la institución del matrimonio y en qué formas, o en qué consisten los derechos reproductivos. El primer problema puede formularse de la siguiente manera: ¿representa adecuadamente la teoría del derecho al inventario ontológico implícito en la práctica de la dogmática jurídica? Sostengo que no, y en la siguiente sección trataré de explicar el cómo y el porqué.

El segundo problema es el de las dificultades que la dogmática jurídica enfrenta al responder a interrogantes como cuál debe ser el alcance apropiado de la controversia constitucional. El problema presenta otras preguntas y respuestas problemáticas, de las cuales me ocuparé en una sección aparte. Smith formula la segunda problemática que nos ocupa de esta manera:

¿Pero qué debemos decir acerca de un inventario ontológico que, aparentemente, muchos interlocutores pueden adoptar tácitamente, mas consideran que no deben emplearlo o referirse a él para ciertos fines públicos? Supongamos que una afirmación tiene sentido en términos de esa ontología ilícita, mas no en términos de la ontología profesada públicamente. ¿Es ésa una afirmación sin sentido, o no? [Smith, 2004: 36-37].

Existe una brecha ontológica entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Es decir, existe una disyuntiva entre la descripción que la teoría jurídica le da a la práctica de la ciencia jurídica y la práctica real de la ciencia jurídica. La teoría jurídica —y aquí emplearé el trabajo de Tamayo y Salmorán— presenta la dogmática jurídica funcionando fundamentalmente con normas jurídicas.⁴ Partiendo de una serie de normas, los juristas proceden a sistematizarlas: mediante la caracterización y la inducción de principios generales y la deducción de consecuencias. En este sentido, el mundo de la dogmática jurídica, según lo describe la teoría del derecho, tiene un inventario ontológico simple: existen normas, y existen las herramientas de la lógica: categorías, géneros, especies, instancias específicas, principios generales y consecuencias lógicas.

Esto, sin embargo, difícilmente corresponde al rico inventario ontológico que pareciera subyacer a la doctrina jurídica o al razonamiento de los ministros de la Suprema Corte. Los juristas, académicos o no, se desempeñan en un mundo poblado de normas, categorías, géneros, especies, instancias específicas, principios generales y consecuencias lógicas. Sí, pero ese mundo también está poblado de conceptos que tienen esencias, naturalezas, fines, elementos sustanciales, causas; conceptos que pueden confundirse con otros conceptos, que pueden ser *desnaturalizados* si se malentienden o si se utilizan inapropiadamente. Además, como vimos en la doctrina contemporánea de contratos y en los fallos de la Suprema Corte, esos conceptos y su entendimiento *verdadero* son lo que más ocupa el pensamiento jurídico tanto en libros de texto académicos como en fallos judiciales.

Es verdad que es posible describir estos conceptos como normas o colecciones complejas de normas. Alf Ross argumentó excelentemente que los conceptos jurídicos son atajos para unir diversas hipótesis con distintas consecuencias normativas (Ross, 1957: 812). Pero es justo eso: una descripción de algo *como* algo que no es. Los conceptos que emplean los juristas tienen esencias, elementos sustanciales, naturalezas y demás, se consideran, se despliegan, se utilizan y se manipulan como cosas con esencias, naturalezas, etc. Los juristas no tratan los contratos (o un contrato) o una controversia constitucional como reglas (o solamente como reglas) o como atajos semánticos. Pretender que lo hacen sería engañoso. Si asumimos que los juristas consideran la controversia constitucional una norma o una colección de normas, no entenderemos correctamente los argumentos de los ministros de la Suprema Corte. De mayor importancia, no podremos señalar que su desacuerdo surge de

las diferentes lecturas sobre cuál es la causa final —y por consiguiente la naturaleza— de una controversia constitucional.

Por otra parte, si entendemos que consideran que la controversia constitucional es algo con ciertos elementos sustanciales que corresponden a las causas aristotélicas, y que lo que están debatiendo tiene que ver con su naturaleza; que están determinando qué es esa naturaleza como función de la causa final; entonces podremos valorar con ojo crítico su discusión y señalar que el voto de la mayoría ha confundido la finalidad específica de la controversia constitucional con las finalidades generales del control constitucional; que si entienden la controversia constitucional como *uno de varios* mecanismos de control constitucional, entonces necesitan identificar su finalidad *específica* con las finalidades generales de los mecanismos de control constitucional, y parece razonable —dado el texto de la Constitución— inferir que la finalidad específica de la controversia constitucional es proteger la supremacía del principio constitucional del federalismo, no la supremacía constitucional en su totalidad.

Creo, en justicia, que Tamayo y Salmorán no desconoce las deficiencias de su descripción de la ciencia jurídica. Las enfrenta marginándolas, y explicándolas como dogmas presupuestos. Tamayo descubre que la dogmática jurídica va más allá del (relativamente) simple ejercicio de la sistematización mediante la categorización, inducción y deducción, pero no se percata de la importancia de lo que sucede más allá de la mera sistematización. En tres ocasiones distintas no se enfoca en la parte del trabajo de los juristas que va más allá de la sistematización. En el primer caso dice: “Al identificar, interpretar y ordenar el material jurídico [la ciencia jurídica] ‘reformula’ el derecho positivo. Esta ‘reformulación’ se realiza mediante la creación de un corpus de doctrina”. Es la elaboración de este corpus lo que le falta al modelo de la categorización-inducción-deducción que Tamayo propone. Este corpus de doctrinas consta, en gran medida, de la elaboración de definiciones y conceptos mediante el método teleológico-conceptual, y estas definiciones y conceptos son el corazón del trabajo de los juristas, como Tamayo mismo reconoce; continúa la siguiente frase diciendo que “es precisamente en este corpus de doctrina donde encontramos las guías que nos dicen cómo identificar [...], ordenar, interpretar e integrar el derecho positivo” (Tamayo, 1998a: 282).

La segunda ocasión en que Tamayo no capta la idea es al relegar el corpus de doctrina y su elaboración —claramente identificado por ese autor como esencial en la ciencia jurídica, pero no tratado en sus propios términos— a un dogma asumido por los juristas. Tamayo describe correctamente la actividad de los juristas como un dogma, es decir, “presupone ciertas concepciones

fundamentales (dogmas) sobre el derecho y la ciencia jurídica”: muy claramente (y correctamente) menciona que estos dogmas incluyen “no solamente virtudes, sino características más complejas del derecho las cuales determinan decisivamente la actividad jurisprudencial”.⁵ Estos dogmas son: a) que “los juristas [...] asumen el [carácter] normativo o practicidad del derecho: presumen que el derecho es una serie de normas (reglas, patrones, *instrucciones*) sobre qué *se debe hacer*”;⁶ b) “que el derecho es un corpus ordenado [...] que posee, como característica esencial, el ser exhaustivo y consistente”, y c) que “existe una solución jurídica apropiada a todas las ‘preguntas jurídicas’ ” (Tamayo, 1998a: 282-283). Un corolario de este principio es la idea de que hay una manera de “encontrar” el derecho aplicable. Hasta aquí todo bien. Los dogmas descritos por Tamayo son dogmas que los juristas adoptan, y que (por lo general) describen bien. Sin embargo, Tamayo agrega un último dogma: que el jurista “presupone la existencia de ciertas instituciones jurídicas, *e. g., iurisdictio, acciones, cosa juzgada, etc.*” Tamayo tiene toda la razón al afirmar que los juristas presuponen la existencia de “instituciones jurídicas”; éstas son las “cosas” que sostengo que pueblan el inventario ontológico de los juristas, pero que salen del inventario ontológico que la descripción de Tamayo les permite. Sin embargo, en lugar de tratar el tema de la función que estas “instituciones” cumplen en la ciencia jurídica (cómo se conciben estas instituciones, o cómo producen respuestas normativas), Tamayo solamente reconoce que existen. Todo el corpus de doctrinas del cual habló antes y que es tan importante para la ciencia jurídica (“es precisamente [en] este corpus de doctrina donde encontramos las guías que nos dicen cómo identificar, ordenar, interpretar e integrar el derecho positivo”) se incluye en una lista de dogmas y se desecha.

El tercer punto en el que Tamayo no aborda los rasgos de la dogmática jurídica que provienen del modelo de la creación se presenta cuando Tamayo pondera las razones por las cuales la ciencia jurídica se ha mantenido tan constante desde los tiempos de los pontífices romanos, desde Blackstone y otros. Propone que una de estas razones puede ser que a través de los siglos, independientemente de la definición de derecho, o de la escuela jurídica que se adopte, hay una serie de “conceptos (no explícitos) derivados del arsenal conceptual de los juristas (*i. e., ‘promulgación’, ‘eficacia’, ‘desuso’, ‘fuente’*) que los juristas usan [...] de manera extraordinariamente similar [...]” (*ibid.*, 285). En esa lista pudo haber incluido “naturaleza”, “elemento sustancial”, “finalidad” y algunos otros. Continúa: “De hecho, los abogados y hasta los juristas pueden utilizar estos conceptos y, sin embargo, no pueden explicarlos de manera satisfactoria” (*ibid.*, 285). Luego abandona el tema.

Si tengo razón al creer que existen dos modelos —revelación y creación— que le dan forma a la dogmática jurídica, Tamayo ha ignorado uno de ellos sistemáticamente, al explicarlo como un dogma o como un “arsenal conceptual” que los juristas simplemente tienen. Al no ver la dimensión de la ciencia jurídica que opera bajo lo que yo llamo el modelo de creación, la teoría jurídica no explica la mitad de la práctica de la dogmática jurídica. Describir la concepción que los ministros y los juristas tienen de los conceptos que están tratando de aclarar como un complejo de normas es no tomar en serio lo que los ministros y los juristas están diciendo. Para hacerlo, hay que ignorar su uso de términos como “naturaleza jurídica”, “elementos esenciales”, “causa”, etc., por ser jerga idiosincrática. Tal descripción es pobre como empresa descriptiva. También es pobre como empresa crítica, ya que la crítica basada en un entendimiento erróneo de la actividad a ser criticada difícilmente la transforma con éxito. No es suficiente describir la dogmática jurídica como una empresa dogmática. Los dogmas necesitan explorarse, no simplemente enumerarse.

Si la tarea de la teoría jurídica es describir y evaluar de manera crítica la dogmática jurídica, ¿por qué las teorías del derecho no se toman en serio a los científicos jurídicos cuando éstos hablan de naturalezas y cosas por el estilo? La respuesta breve es que, como he sostenido, los juristas mismos no son completamente conscientes de sus propios inventarios ontológicos. ¿Por qué no son conscientes? En parte porque los científicos jurídicos aprenden sus inventarios ontológicos de los teóricos del derecho, y los teóricos del derecho tienden a omitir precisamente las partes de los inventarios ontológicos que los juristas utilizan. Y lo que es más importante, creo que la supresión se debe al empuje histórico por secularizar la ley y al gobierno. Esto ha producido una genealogía parcial del pensamiento jurídico que suprime, hasta donde le es posible, la influencia teológica en el pensamiento jurídico. Esto puede ser especialmente sobresaliente en el caso de México, donde la separación entre la Iglesia y el Estado fue particularmente difícil y violenta, y clave para la construcción de un Estado nacional. De cualquier forma, la genealogía estándar del pensamiento jurídico está diseñada para enfatizar los orígenes seculares del derecho en México y suprimir lo teológico.⁷

El mismo Tamayo y Salmorán es un ejemplo. Está muy consciente de los orígenes medievales de la práctica de la dogmática jurídica.⁸ Su entendimiento de la continuidad desde las prácticas medievales va más allá de la conciencia, y llega al extremo de identificar las diversas prácticas históricas de la ciencia jurídica como una sola práctica.⁹ Sin embargo, subraya persistentemente los antecedentes seculares de la ciencia jurídica (el derecho romano y la ciencia

griega), mientras que suprime sistemáticamente los religiosos (la teología escolástica, el derecho canónico y la teología moral salmantina).

Si tanto el modelo de revelación como el de creación tienen orígenes teológicos, ¿por qué no se ha suprimido el modelo de revelación de la misma manera que el modelo de creación? Sólo podemos especular. Una pista puede venir del énfasis que las genealogías tradicionales del derecho hacen sobre el derecho romano. Al considerar el “reavivamiento” espontáneo del derecho romano a finales del siglo XI como fuente de las ciencias jurídicas medievales, se advierte una genealogía secular que resulta fácil de rastrear. Los civilistas medievales, que en su mayoría eran profesionistas seculares, pueden ser, y son, caracterizados como vehículos que transportaron la ciencia clásica de Aristóteles desde Roma, a través de las turbias aguas de la Edad Media, hasta la Era Moderna. Su obra se vuelve un puente entre Grecia y Roma, por una parte, y el mundo moderno, por la otra. Tamayo mismo subraya constantemente la línea que se extiende de Aristóteles hasta la ciencia moderna. Por otra parte, cualquier puente que pueda unir a Aristóteles con los entendimientos contemporáneos del derecho que surgen del modelo de creación necesariamente atraviesa por Tomás de Aquino y sus discípulos; una genealogía que un secularista serio difícilmente adoptaría.

Este punto nos lleva a la última cuestión por explorar en estas conclusiones. La ciencia jurídica funciona con naturalezas y esencias. Cree en la existencia de entes discretos y abstractos, como los contratos o las controversias constitucionales, que pueden conocerse objetivamente y que existen más allá de los textos jurídicos, y batalla para derivar consecuencias normativas del cuestionamiento de cómo y qué son verdaderamente estos conceptos. Al mismo tiempo, se cree desinteresada de especulaciones sobre la naturaleza o la esencia de algo, interesada sólo en las normas jurídicas establecidas por autoridades políticas en textos autoritativos, y encargada de su sistematización de acuerdo con la lógica. En estas circunstancias, pareciera que, como dicen, algo tiene que ceder. La pregunta es: ¿qué debe ceder? ¿Debe ceder la pretensión de que los inventarios ontológicos de la ciencia jurídica no incluyen naturalezas, esencias, y finalidades? ¿O bien, debe ceder la práctica de cuestionar esas naturalezas y esencias para sacar consecuencias normativas? ¿Debe la dogmática jurídica deshacerse de su inventario ontológico implícito y suprimido? ¿O debe reconocerlo explícitamente y dejar de suprimirlo?

¿UN DILEMA?

En este trabajo he sostenido que la ciencia jurídica moderna —la dogmática jurídica— surgió de dos tradiciones medievales con dos modelos conceptuales del orden distintos. He seguido estos dos modelos desde que aparecieron en prácticas paralelas en la historia de México y he sugerido que sus huellas se empalmaron en el siglo XIX. Lejos de producir una síntesis, los dos modelos convergieron en un incómodo acoplamiento sin un marco teórico común que les sirviera de referencia. Uno de estos modelos, el de la revelación, fue adaptado de manera que su inventario ontológico fuera compatible con los entendimientos modernos de lo que puede ser una empresa científica. El otro modelo, el de la creación, no se adaptó con éxito, y por lo tanto su inventario ontológico se mantiene suprimido. ¿Enfrenta la doctrina jurídica un dilema en este punto? Si sí, ¿en qué contribuye la genealogía ofrecida aquí para solucionarlo?

La primera interrogante es si nos encontramos ante un falso dilema. Ciertamente, el operar dentro de una brecha ontológica difícilmente se puede considerar un ejercicio académico riguroso. ¿Pero quién dijo que el derecho tiene que ser una disciplina académica rigurosa? He sostenido que los dos modelos que subyacen a la actividad de los juristas fungen distintas funciones en el pensamiento jurídico: el modelo de revelación permite el trabajo cotidiano con las interrogantes del derecho; el modelo de creación tiene el papel de aclarar cuestionamientos fundamentales. El modelo de revelación permite a jueces y abogados esclarecer y organizar los materiales legales establecidos: encontrar la norma aplicable, decidir cuál de dos normas en conflicto es aplicable, decidir si una situación de hecho entra dentro del alcance de una norma, y hasta extrapolar conclusiones (normas nuevas) a partir de normas establecidas hasta cierto punto. El modelo de creación permite a jueces y abogados enfrentar problemas que se presentan más allá del alcance de la sistematización y de la manipulación lógica de las normas (asumiendo que los juristas en realidad manipulan lógicamente las normas, una pregunta empírica de respuesta incierta): ¿se debe dar a los indios el estatus de seres humanos? ¿Con qué derecho y hasta qué punto puede un español explotar a los indios? ¿Cómo puede ser presentada la actividad mercantil en términos aceptables, y qué deben hacer los mercaderes para ser aceptables? ¿Cómo ha de distribuir el Estado (colonial) los beneficios en una matriz de razas y castas cada vez más compleja? ¿Cómo pueden los emprendedores capitalistas conservar las protecciones constitucionales que son negadas a la Iglesia y a las comunidades indias? ¿Qué papel ha de tener la Suprema Corte: árbitro político u oráculo constitucional? ¿Qué implica que la libertad reproductiva esté tutelada? ¿A quién o quiénes protege esa tutela? ¿Quién puede casarse? ¿Qué significa casarse? Al analizar estas preguntas en

términos de naturalezas, esencias y finalidades, los abogados pueden replantear estas irresolutas y complejas cuestiones sociales, políticas y morales en términos normativos, y así ofrecer soluciones en un lenguaje aceptado legalmente y por razones aceptadas legalmente.

Apoyándonos en el vocabulario kuhneano, podemos decir que la ciencia jurídica bajo el modelo de la revelación desempeña un papel similar al de la “ciencia normal” (*normal science*): consiste en articular y especificar aún más las explicaciones establecidas bajo condiciones cada vez más rigurosas (véase Kuhn, 1970: cap. 3). El modelo de creación interviene cuando se presentan anomalías en la ciencia normal del modelo de revelación; es necesario encajar fenómenos nuevos (o nuevamente inestables) en el paradigma de la ciencia normal. El modelo de creación permite eso: al construir conceptos y extraer consecuencias normativas de ellos, los juristas despliegan el método teleológico-conceptual y a la postre logran asimilar los fenómenos nuevos o inestables y presentar una serie de consecuencias normativas, las cuales pueden ser utilizadas como reglas, o bien promulgadas como reglas, y así participan en el sistema de normas que existe en el mundo del modelo de revelación. Y hasta aquí llega la analogía con la ciencia kuhneana: a diferencia de los científicos de quienes se ocupa Kuhn, los juristas trabajan con “fenómenos” que están mucho más aislados del mundo; los juristas mismos son los guardianes de su objeto de estudio en un sentido más fuerte que los científicos. Si un fenómeno externo a su ciencia normal es lo suficientemente fuerte para exigir entrada, se le permite la entrada al mundo del derecho promulgándolo como una norma jurídica formal (especialmente en jurisdicciones de la tradición continental), y así se vuelve disponible para la “ciencia normal” del modelo de revelación. Tal es el caso de los contratos: la doctrina de contratos, desarrollada originalmente dentro del modelo de creación por los teólogos morales salmantinos, vino a ser promulgada como un conjunto de normas jurídicas en el Código Civil bajo el modelo de revelación. Los juristas tienen el poder de —literalmente— promulgar su objeto de estudio.¹⁰ Lo mismo ocurre con las parejas del mismo sexo.

Esta facultad de promulgar su objeto de estudio ayuda a explicar la estabilidad de la práctica de la ciencia jurídica. A diferencia de la ciencia kuhneana, la ciencia jurídica no enfrenta crisis periódicas que produzcan cambios de paradigma. Como los juristas son mediadores entre el mundo y su objeto de estudio en un sentido mucho más fuerte que los científicos, el fenómeno que constituye su objeto de estudio puede absorberse en la ciencia normal. Si un fenómeno no puede abordarse adecuadamente con la ley existente, siempre es posible promulgar leyes nuevas, o reformar las existentes. Ciertamente, por un tiempo,

surgirá una crisis. Pero la crisis muy probablemente no (¿nunca?) requerirá un cambio de paradigma. Puede requerir la alteración o adaptación de ciertas doctrinas existentes, apuntando hacia cambios de paradigmas menores en cuanto a, por ejemplo, contratos o derecho penal, pero no requerirá abandonar el “paradigma” del modelo de revelación. Al igual que en la explicación kuhneana, las incursiones al modelo de creación sólo tienen que ser temporales. Sin embargo, a diferencia de la explicación kuhneana, tales expediciones no parecen transformar la (o producir una nueva) “ciencia moderna”. Más bien tienen como resultado la promulgación de reglas nuevas que luego son incorporadas al sistema y estudiadas bajo la “ciencia normal” que existía antes de la crisis.

Esto crea una relación peculiar entre los modelos de la revelación y de la creación. Pueden coexistir pacíficamente el uno con el otro. Periódica y selectivamente, el modelo de creación será desplegado cada vez que haya suficiente ruido en el sistema. Tarde o temprano, cuando suficientes consecuencias normativas adecuadas hayan sido derivadas de conceptos elaborados con éxito, nuevas normas serán insertadas en el sistema de normas; el modelo de la creación saldrá del escenario para darle paso al modelo de la revelación.

Si la coexistencia simbiótica del modelo de revelación y el modelo de creación subyace a la práctica de la dogmática jurídica, ¿por qué debería cambiar el *statu quo*? La respuesta es que, al suprimir el inventario ontológico que subyace al modelo de creación, la ciencia jurídica se practica necesariamente de manera defectuosa. Este desperfecto afecta tanto la etapa de la “ciencia normal” cuando las reglas obtenidas del modelo de creación son manipuladas mediante el modelo de revelación como la fase creativa del modelo de creación. Dos de los ejemplos “de éxito” presentados en el capítulo anterior ilustran el punto.

Se podría decir que la doctrina de contratos es el mejor ejemplo establecido en el cual el modelo de creación ha proporcionado al derecho una abundancia de consecuencias normativas que han sido integradas en la legislación, y que por lo tanto están disponibles para el modelo de revelación. Es lo más “normal” que la ciencia jurídica puede llegar a ser. Sin embargo, aun así, esas normas y las discusiones que engendran son bastante confusas y están lejos de ofrecer soluciones adecuadas a los problemas jurídicos. Como los juristas ignoran la idea de la *causa final*, términos como “objeto” se vuelven equívocos y no podemos estar de acuerdo sobre si se refiere a un objeto material, a un objetivo o a ambos. La discusión sobre la “forma” de un contrato se vuelve una cuestión de cuántos testigos se necesitan para celebrar un contrato, o sobre si es necesario que esté escrito para ser válido, y los juristas no están de acuerdo sobre si es un elemento

esencial cuya ausencia invalida el contrato *de iure*, o si es un requisito de validez, en cuyo caso es necesario que una de las partes demande su invalidez. El legislador puede intentar silenciar la discusión sobre qué se debe entender por la finalidad que se busca al celebrar un contrato diciendo que, sea cual sea el propósito de un contrato, éste debe ser lícito (“artículo 1795. —El contrato puede ser invalidado: [...] III.— Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito [...]”). Sin embargo, si el *propósito* no se entiende a la luz de la noción de la *causa final*, lo que sigue es una discusión bizantina sobre qué es exactamente lo que se entiende por “objeto”, “motivo” y “fin”, y qué diferencias surgen si uno, pero no los demás, es ilícito.

Sin un entendimiento claro de los supuestos con los que trabajan, es muy probable que los juristas generen más preguntas que respuestas. James Gordley lo ha señalado al quejarse sobre el estado del conjunto de doctrinas de contratos que ha sido “desprendido” (*cut-off*) de las “amarras” (*moorings*) que le dan forma.¹¹ Sin entender de dónde vienen, los juristas tienden a caer en una discusión “absurda”.

El otro ejemplo, el de los ministros de la Suprema Corte que intentan dar forma a un concepto completo de “controversia constitucional”, ilustra cómo el modelo de creación no logra funcionar debidamente en su etapa creativa, proveyendo soluciones estables a problemas nuevos. Los votos de la Corte se cruzan uno con otro sin dialogar, aun cuando siguen las mismas líneas argumentales. El voto mayoritario no termina su hilo de ideas adecuadamente al omitir la distinción entre la finalidad específica de la controversia constitucional y la finalidad general del control constitucional. El voto concurrente no logra identificar en qué se ha equivocado la mayoría, y solamente puede ofrecer una interpretación alternativa de “controversia constitucional”, sin especificar cuál es la diferencia con la interpretación de la mayoría. En consecuencia, no da razón alguna de por qué su interpretación es mejor que la de la mayoría. Por su parte, el voto disidente sólo puede acusar en abstracto la *desnaturalización* de la controversia constitucional, sin ofrecer razones por las cuales la mayoría lo ha hecho y por qué debió haber actuado de otra manera. A final de cuentas, no avanzamos mucho hacia una solución de la cuestión de la controversia constitucional y, con ella, de la interrogante, de suma importancia, sobre el nuevo papel que la Corte ha de asumir.

Al día de hoy, la ciencia jurídica construida sobre la base del modelo de la creación deja mucho que desear. Ofrece discusiones pobres y respuestas confusas. ¿Entonces qué? ¿Deberían los juristas sacar el inventario ontológico del modelo de creación del clóset? James Gordley cree que sí, y está a favor de

recuperar las bases metafísicas de la doctrina jurídica.¹² Yo no estoy tan convencido de la posibilidad o conveniencia de esta opción. Si la ciencia jurídica resucitara el inventario ontológico del modelo de la creación, tendría que hacer una de dos cosas. O tendría que renunciar a la separación radical entre el *es* y el *debe ser*, y proclamar la validez de encontrar consecuencias normativas en aseveraciones descriptivas, o bien tendría que reconocer que los orígenes de su inventario ontológico requieren que la naturaleza (Naturaleza) tenga propósito. La primera alternativa ubicaría la ciencia jurídica justo dentro del ámbito propuesto por los adherentes a la escuela del derecho natural, una postura que los iuspositivistas que dominan la cultura jurídica de hoy en día se han esmerado en evitar durante al menos todo el siglo pasado, y la cual difícilmente aceptarían. La segunda alternativa se acercaría de manera demasiado incómoda a una práctica normativa teocéntrica que haría difícil distinguir el derecho de la teología moral, de nuevo exponiendo la dogmática jurídica como una continuación del derecho natural.

Personalmente, resisto la tentación de adoptar el inventario ontológico del modelo de creación simplemente porque no estoy del todo convencido. Resisto no porque me interese el carácter “científico” de la dogmática jurídica. La mayoría de los juristas en México probablemente se preocuparía por catalogar la dogmática jurídica como una “ciencia”. Sin embargo, sería ignorante o cínico de su parte adoptar el inventario ontológico del modelo de creación, con toda su carga teológica, a la vez que intentan desarrollar una práctica científica a partir de la ontología científica contemporánea. Resisto porque considero que el derecho es, ante todo, un discurso profundamente político con consecuencias profundamente políticas. Me parece muy problemático aceptar la idea de que el discurso que formalmente canaliza las instituciones políticas y que legitima el uso de la fuerza por parte del gobierno esté construido sobre cimientos teológicos y un inventario ontológico con nociones como naturaleza y esencia. Si la ciencia jurídica tiene fundamentos teológicos, ésta es una cuestión empírica que, en todo caso, debería combatirse, no adoptarse. Ciertamente, adoptar el inventario ontológico del modelo de creación llevaría a una más rigurosa academia jurídica, pero no estoy dispuesto a pagar ese precio político por una mejor academia jurídica.

Hoy en día existe una última alternativa para la ciencia jurídica: los juristas podrían rechazar la dimensión de su práctica que se basa en el modelo de la creación. En ese caso, tendrían que sustituirla con una práctica basada en un inventario ontológico que sea aceptable en el mundo de hoy. Se podría decir que esto ya ha sucedido en otra parte: se considera que la revuelta realista de la

academia jurídica de los Estados Unidos logró algo parecido al mover el derecho en la dirección de las ciencias sociales. Sin embargo, esta opción no es tan clara. En primer lugar, es cuestionable si una reorientación del derecho hacia las ciencias sociales puede ser lo suficientemente completa como para producir un cambio sustancial en cómo se despliega el pensamiento jurídico en realidad. Tomar las ciencias sociales con seriedad implicaría revisar lenta y detalladamente cómo funcionan las instituciones jurídicas en realidad. Sospecho que, si se lleva a cabo honestamente, esa revisión lenta y detallada del “derecho en acción” (y me refiero a su acción en penales y juzgados, escritorios de burócratas y comisiones legislativas, y no solamente en fallos de tribunales colegiados o de la Suprema Corte) mermaría seriamente la ideología que respalda al derecho y al gobierno, basada en el bien común y en la soberanía popular. Creo que los profesionales del derecho, de todos tipos, arriesgan demasiado al intentar llevar a cabo esta tarea. Los que lo han intentado han sido tachados de nihilistas, quizá con razón. Si no se lleva a cabo por completo, sin embargo, esta “revolución realista” corre el riesgo de sustituir un credo por otro. En lugar de la teología moral del siglo XVI podríamos acabar con la teoría microeconómica de mediados del siglo XX.

Por supuesto, una “revolución realista” así podría tener lugar, y con éxito. Pero en ese caso, la pregunta relevante sería ¿por qué *debe* la doctrina jurídica estar diseñada para conformarse según los cánones de algún tipo de ciencia? La teoría jurídica tiene un propósito práctico y juega un papel concreto. Si puede desempeñar este papel siendo un tipo de teología moral, ¿para qué necesitamos darle otra forma de acuerdo con cánones científicos aceptados? La satisfacción de poder llamarnos “científicos” difícilmente justificaría tal revisión. Tampoco la justifican las exigencias estéticas de la ciencia o de la lógica.

La pregunta de si la ciencia jurídica puede o no desempeñar su papel de mejor manera revisando sus prácticas marcadamente teológicas tendrá que ser respondida con base en si la ciencia jurídica puede desempeñar su función social de mejor manera con tal revisión. Aquí es donde la contextualización que intenté establecer en cada etapa de mi genealogía de la ciencia jurídica se vuelve útil. Como propuse en el capítulo II, creo que la ciencia jurídica (o las ciencias jurídicas) no tiene como su tarea principal el papel de ofrecer respuestas sustantivas a preguntas normativas. Creo que esas respuestas sustantivas provienen de los intereses políticos, económicos e ideológicos de un grupo u otro de personas, normalmente aquellas que realizan el cuestionamiento normativo, o las relacionadas con ellas. La tarea de la ciencia jurídica se centra en *cómo* se obtienen las respuestas sustantivas, y no en *cuáles* son esas respuestas. En ese sentido, el papel de la ciencia jurídica, o por lo menos uno de ellos, puede ser

simplemente oscurecer la fuente de esas respuestas sustantivas. Si es así, la práctica de una teología moral opaca puede llegar a ser el mejor candidato para lograrlo.

Con independencia del proyecto para reformar la ciencia jurídica, llego a dos conclusiones: primera, si la ciencia jurídica reconoce su inventario ontológico, puede volverse una práctica más rigurosa. Para lograrlo, tendría que aceptar sus supuestos metafísicos y las bases trascendentales que los afianzan, en cuyo caso sería difícilmente distinguible de la teología moral. En segundo lugar, mientras la ciencia jurídica siga suprimiendo (parte de) su inventario ontológico y los llamados trascendentales a la autoridad que ésta conlleva, seguirá produciendo una práctica académica muy pobre. Seguirá hablando en sinsentidos. Quizá eso sea mejor que hablar con la certeza que permite el esencialismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge (1998), “El derecho natural de Clemente de Jesús Munguía”, en Marta Patricia Irigoyen Troconis (comp.), *Iusnaturalistas y iuspositivistas mexicanos. Siglos XVI-XX*, UNAM, México.
- Aguirre Salvador, Rodolfo (1998), *Por el camino de las letras. El ascenso profesional de los catedráticos juristas de la Nueva España. Siglo XVIII*, CESU/UNAM, México.
- _____ (2001), “La carrera de los graduados fuera de la universidad”, en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la época colonial al presente*, UNAM/CESU/Plaza y Valdés, México.
- Alvarado, María de Lourdes (2001), “La universidad en el siglo XIX”, en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la época colonial al presente*, UNAM/CESU/Plaza y Valdés, México.
- Aquino, Tomás de (1989), *Summa theologiae: A Concise Translation* [editada por Timothy McDermott], Christian Classics, Westminster, Maryland.
- Aristóteles (1995), *Física*, trad. de Guillermo R. de Echandía, Gredos, en <lacavernadefilosofia.files.wordpress.com/2008/10/fisica_de_aristoteles.pdf>.
- Barrientos Grandón, Javier (1993), *La cultura jurídica en la Nueva España*, IJ/UNAM, México.
- Berman, Harold J. (1996), *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, FCE, México.
- Beuchot, Mauricio (introd. y trad.) (1995), “Introducción”, en *Juan Zapata y Sandoval. Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta: en qué cosas tiene lugar la acepción de personas y la injusta distribución de bienes*, FFYL-UNAM, México.
- _____ (1996), *Derechos humanos, iuspositivismo y iusnaturalismo*, Instituto de Investigaciones Filológicas-UNAM, México.
- _____ (comp.) (2002), “Introducción”, en *Fray Alonso de la Vera Cruz. Antología sobre el hombre y la libertad*, Col. Anejos de Novahispania, Seminario de Cultura Novohispana-IIF-UNAM/CONACYT, México.
- Bodéüs, Richard (1999), “Aristotle”, en Richard H. Popkin (ed.), *The Columbia History of Western Philosophy*, Columbia University Press, Nueva York.
- Borja Soriano, Manuel (1997), *Teoría general de las obligaciones*, 15ª ed., Porrúa, México.

- Brundage, James A. (1995), *A Medieval Canon Law*, Longman, Londres.
- Burrus, Ernest J. (ed.) (1968-1972), *The Writings of Alonso de la Vera Cruz*, 5 vols., S. J. Jesuit Historical Institute-St. Louis University, Roma
- Castilla Urbano, Francisco (1992), *El pensamiento de Francisco de Vitoria: Filosofía política e indio americano*, Anthropos-UAM, México.
- Chocano Mena, Magdalena (2000), *La fortaleza docta. Élite letrada y dominación social en el México colonial. Siglos XVI-XVII*, Edicions Bellaterra, Barcelona.
- Civil Code of The Mexican Federal District and Territories, The* (1904) (a translation with an appendix by J. P. Taylor, assisted by George M. Howat, S. L.), The American Book & Printing Co.
- Clendinnen, Inga (2003), *Ambivalent Conquests*, 2ª ed., Cambridge University Press, Reino Unido.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California. Promulgado en 31 de marzo de 1884. Copia íntegra de la edición oficial* (1901), Herrero Hermanos Editores, México.
- Cohen, Marc (s. f.) *The Four Causes*, en <http://faculty.washington.edu/smcohen/320/4causes.htm> (visitada por última vez el 4 de septiembre de 2011).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Leyes y Códigos de México* (2001), Porrúa, México.
- Cope, Douglas (1994), *The Limits of Racial Domination. Plebeian Society in Colonial Mexico City, 1660-1720*, University of Wisconsin Press.
- Cruz Barney, Óscar (2004), *La codificación en México: 1821-1917. Una Aproximación*, IIJ-UNAM, México.
- Dawson, John P. (1968), *The Oracles of the Law*, The University of Michigan.
- Escalante Gonzalbo, Fernando (1992), *Ciudadanos imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República mexicana: tratado de moral pública*, El Colegio de México, México.
- Gibson, Charles (1964), *Los aztecas bajo el dominio español. 1519-1810*, 13ª ed., Siglo XXI, México.
- González, María del Refugio (1988), “Derecho de transición (1821-1871)”, tomo I, en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, México.
- González González, Enrique (1986), “Oidores contra canónigos. El primer capítulo de la pugna en torno a los estatutos de la Real Universidad de México (1553-1570)”, en Beatriz Bernal (ed.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, tomo I, IIJ-UNAM, México.

- _____ (2001), “La construcción del marco legal”, en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la época colonial al presente*, CESU/UNAM/Plaza y Valdés, México.
- _____ (2004), “El derecho, su enseñanza y su práctica de la Colonia a la República”, en Fernando Serrano Migallón (ed.), *450 Años de la Facultad de Derecho*, Facultad de Derecho-UNAM, México.
- Gordley, James (1991), *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford.
- _____ (2000), “The Achievement of Baldus de Ubaldis (132?-1400)”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, ZEUP, Múnich.
- _____ (2006), *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford.
- Graham, Richard (1994), *Independence in Latin America: A Comparative Approach*, 2ª ed., McGraw-Hill.
- Gudiño Pelayo, José de Jesús (2000), *Controversia sobre controversia*, Porrúa, México.
- Gutiérrez y González, Ernesto (1997), *Derecho de las obligaciones*, 12ª ed., Porrúa, México.
- Kahn, Paul W. (1992), *Legitimacy and History: Self Government in American Constitutional Theory*, Yale University Press, Connecticut.
- Kahn, Paul W. (1999), *The Cultural Study of Law: Reconstruct-ing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Illinois.
- Kelly, J. M (1992), *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon, Oxford.
- Kleffens, E. N. van (1968), *Hispanic Law until the End of the Middle Ages*, Edinburgh University Press, Reino Unido.
- Kuhn, Thomas S. (1970), *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., University of Chicago Press, Illinois.
- León Pinelo, Antonio de (1992), *Recopilación de las Indias*, Miguel Ángel Porrúa, México.
- Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.LSPEE (1975), en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LSPEE_MA.pdf> (visitada por última vez el 24 de noviembre de 2011).
- Lockhart, James, y Stuart B. Schwartz (1983), *Early Latin America. A History of Colonial Spanish America and Brazil*, Cambridge University Press, Reino Unido.
- Lorente Sariñena, Marta (1998), “Las resistencias a la ley en el primer constitucionalismo mexicano”, en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, IIJ-UNAM, México.

- Luna Díaz, Lorenzo Mario (1988), “El pensamiento corporativo en el siglo XVII. La Crónica de la Real Universidad”, en Beatriz Bernal (coord.), tomo II, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, IIJ-UNAM, México.
- Madrazo, Alejandro (2009a) “El derecho a decidir o el derecho a la procreación”, en Marcelo Alegre *et al.* (eds.), *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Librería, Buenos Aires, pp. 161-180.
- ____ (2009b) “The Evolution of Mexico City’s Abortion Laws: From Public Morality to Women’s Autonomy”, *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, vol. 106, núm. 3, pp. 266-269.
- Madrazo, Alejandro, y Estefanía Vela Barba (2013) “Conservando esencias: el uso conservador del lenguaje de los derechos fundamentales (dos estudios de caso)”, en Juan Marco Viaggione y Jaris Mujica, *Conservadurismos, religión y política. Perspectivas de investigación en América Latina*, Católicas por el Derecho a Decidir, Buenos Aires.
- Manual de la Corte (2010), “10. Recapitulación de la sesión 2: derechos fundamentales *versus* garantías institucionales”, *Caso del matrimonio gay*, en <<http://bit.ly/1WZuxR>>.
- Margadant S., Guillermo Floris (1986), *La segunda vida del derecho romano*, Miguel Ángel Porrúa, México.
- ____ (1998), “El derecho español vigente en el Distrito Federal mexicano, en 1870”, en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, IIJ-UNAM, México.
- ____ (2001), *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª ed., IIJ-UNAM, México.
- Mateos Alarcón, Manuel (1885), *Lecciones de derecho civil. Estudios sobre el código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el código de 1884*, J. Valdés y Cueva, México.
- Méndez, Luis (1894), “La verdad histórica sobre la formación del Código Civil”, en “Revisión del proyecto del Código Civil mexicano del Dr. Don Justo Sierra”, *La Ciencia Jurídica. Revista y biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia y ciencias anexas*, La Ciencia Jurídica, México.
- Mendieta y Núñez, Lucio (1997), *Historia de la Facultad de Derecho*, 2ª ed., UNAM, México.
- Mengus Bornemann, Margarita (2001), “universidad y sociedad”, en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la*

- época colonial al presente*, CESU/UNAM/Plaza y Valdés, México.
- Mercado, Tomás de (1975), *Suma de tratos y contratos* (ed. y est. introd. de Restituto Sierra Bravo), Editora Nacional, Madrid.
- Montiel y Duarte, Isidro Antonio (1877), *Tratado de las leyes y su aplicación*, José María Sandoval Impresor, México.
- Munguía, Clemente de Jesús (1844), *Curso de jurisprudencia universal: exposición metódica de los principios del derecho divino y del derecho humano...*, 2 tomos, Imprenta de Ignacio Arango, Morelia.
- Nava Negrete, Alfonso (1995), *Derecho administrativo mexicano*, FCE, México.
- Pagden, Anthony (1982), *The Fall of Natural Man: The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology* 7, Cambridge University Press, Reino Unido.
- Pagden, Anthony (1990), *Spanish Imperialism and the Political Imagination*, Yale University Press, Connecticut.
- Pagden, Anthony R., y Jeremy Lawrence (eds.) (1991), "Introduction", en *Francisco de Vitoria: Political Writings*, Cambridge University Press, Reino Unido.
- Pallares, Jacinto (1979), "Los contratos solemnes", en Daniel Moreno, *El pensamiento jurídico mexicano*, 2ª ed., Porrúa, México.
- _____ (1897a), "Introducción", en *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, Tipografía Artística, México.
- _____ (1897b), "Personas morales", en *Legislación federal complementaria del derecho civil mexicano*, Tipografía Artística, México.
- Pavón Romero, Armando (2001), "La organización escolar", en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la época colonial al presente*, CESU/UNAM/Plaza y Valdés, México.
- Peset, Mariano (1988), *Novísimo sala mexicano o el final del viejo derecho hispano*, en Beatriz Bernal (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, tomo 2, IIJ-UNAM, México,
- Ramírez González, Clara Inés, y Mónica Hidalgo Pego (2001), "Los saberes universitarios", en Renate Marsiske (coord.), *La Universidad de México. Un recorrido histórico de la época colonial al presente*, CESU/UNAM/Plaza y Valdés, México.
- Rivera Marín, Guadalupe (1988), "El Patronato Real: instrumento de control de la riqueza del clero", en Beatriz Bernal (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, tomo 2, IIJ-UNAM, México.
- Ross, Alf (1957), "Tú-tú", *Harvard. Law Review*, vol. 70, marzo, Harvard Law School, Massachusetts.

- Salvá, Vicente (1844), *Sala hispano-mexicano*, Librería de Vicente Salvá, París.
- Sánchez Cordero de García Villegas, Olga (2002), “La controversia constitucional: elemento técnico-jurídico de una nueva relación entre poderes”, en *Cauces: Expresión de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM*, año I, núm. 3, julio-septiembre, UNAM, México.
- Sánchez Medal, Ramón (1999), *De los contratos civiles*, 17ª ed., Porrúa, México.
- Sierra, Justo (1860), *Proyecto de un Código Civil, Mexicano formado de orden del Supremo Gobierno*, Imprenta de Vicente G. Torres, San Juan de Letrán, núm. 3, México.
- Smith, Steven D. (2004), *Law's Quandary*, Harvard University Press, Massachusetts.
- Staples, Anne (2001), “Los seminarios conciliares en el México independiente”, en Enrique González y Leticia Pérez Puente, *Colegios y universidades. Del antiguo régimen al liberalismo*, tomo 2, CESU/UNAM, México.
- Stein, Peter (1966), *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh University Press, Reino Unido.
- _____ (1999), *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Reino Unido.
- Sugawara Hikichi, Masae (1992), “Reformas borbónicas y luchas sociales. 1763-1810”, en Enrique Semo (coord.), *México, un pueblo en la historia: campesinos y hacendados, generales y letrados, 1770-1875*, tomo 1, 4ª ed., Alianza, México.
- Tamayo y Salmorán, Rolando (1984), *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México.
- _____ (1998a), *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, 2ª ed., Themis, México.
- _____ (1998b), *La universidad, epopeya medieval*, 2ª ed., Editora Laguna, México.
- Trabulsee, Elías (1994), *Los orígenes de la ciencia moderna en México (1630-1680)*, FCE, México.
- Vargas Valencia, Aurelia (2001), *Las instituciones de Justiniano en Nueva España*, IIF-UNAM, México.
- Vela, Estefanía (2010), “Current Abortion Regulation in Mexico”, *Documento de Trabajo*, núm. 50, CIDE, México, en <<http://bit.ly/mwNlGo>>.
- _____ (2011), *La Suprema Corte y el matrimonio: una relación de amor*, tesis para la licenciatura en derecho, ITAM, México, en <<http://scr.bi/lQnEG7>>.
- Vera Cruz, Alonso de la (2000), *De dominio infidelium et iusto bello* (ed., trad., introd. y notas de Roberto Heredia Correa), FFYL-UNAM, México.

- Vera Cruz, Alonso de la (2004), *Sobre el dominio de los indios y la guerra justa* (ed., trad., introd. y notas de Roberto Heredia Correa), FFyL-UNAM, México.
- Verdugo, Agustín (1885-1890), *Principios de derecho civil mexicano, comentados según los más célebres jurisconsultos, las leyes antiguas romanas y españolas y las ejecutorias de los diversos tribunales de la República, por el licenciado A. V., con la cooperación del licenciado José Portillo*, Tipografía de Gonzalo A. Esteva, México,
- _____ (1897), “Introducción”, en *La ciencia jurídica*, Librería Religiosa, México.
- Viehweg, Theodor (1993), *Topics and Law. A Contribution to Basic Research in Law*, trad. de W. Cole Durham, Peter Lang, Fráncfort.
- Villey, Michel (1975), *La formation de la pensée juridique modern*, Éditions Montchrétiene, París.
- Zamora, Stephen, *et al.* (2004), *Mexican Law*, Oxford University Press.
- Zamora y Valencia, Miguel Ángel (1997), *Contratos civiles*, 6ª ed., Porrúa, México.
- Zapata y Sandoval, Juan (1999), *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta: de aquellos que injustamente distribuyen* (trad., introd. y notas de Arturo E. Ramírez Trejo), IIF-UNAM, México.
- Zea, Leopoldo (1968), *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, FCE, México.

¹ Por “dogmática jurídica” me refiero a la elaboración y/o al uso de las doctrinas jurídicas. También suelen utilizarse los términos “ciencia jurídica” o simplemente “doctrina”. En este texto utilizaré los términos indistintamente.

² “Hay una dimensión tanto vertical, como hay otra horizontal en el estudio. La primera rastrea la historia de los conceptos; la última bosqueja la estructura actual de la creencia. Siguiendo a Foucault, llamaré a la primera ‘genealogía’. A la última la llamaré ‘arquitectura’” (Kahn, 1999: 41).

³ Véase *supra* nota 2.

⁴ Las cursivas son del original. Debe observarse que Tamayo utiliza la palabra *jurisprudencia* donde más comúnmente encontramos *ciencia jurídica* o *dogmática jurídica*.

⁵ Obsérvese que Tamayo especifica que el modelo seguido por los juristas es el modelo “clásico”, opuesto a los modelos modernos de la ciencia. Dudo que la mayoría de los juristas aceptarían la afirmación de que su actividad es una ciencia premoderna. Tamayo tiene parcialmente la razón: si debemos llamar ciencia a la dogmática jurídica, difícilmente puede serlo en otro sentido de la palabra, más que en el “clásico”.

⁶ La confianza en la inducción y la deducción proviene del modelo clásico de la ciencia que informa a la dogmática jurídica. Esto es explícito en la asimilación de Tamayo de la dogmática jurídica a la geometría. Las “generalizaciones se alcanzan con la inducción, a partir de la experiencia sensible (es decir, el material legal dado). Las generalizaciones obtenidas con la inducción serán utilizadas como premisas para la deducción de las oraciones (sobre las consecuencias y el aliento de la ley observada)” (Tamayo, 1998a: 281).

⁷ Véase Margadant, 1986, y Tamayo, 1998b. Los glosadores fueron juristas, profesionalmente entrenados, del Medievo tardío. Desarrollaron dos disciplinas gemelas, que se distinguían principalmente por los textos jurídicos específicos de los que se ocupaban: el *ius civile* o derecho civil estudiaba el derecho romano del Imperio tardío, y el *ius canonicum* o derecho canónico estudiaba los textos jurídicos de autoridad de la Iglesia católica. En el capítulo I se describe su desarrollo institucional, así como las “ciencias jurídicas” que practicaron. Los estudios convencionales de historia del pensamiento jurídico tienden a destacar el derecho civil más que el derecho canónico. Ambos derechos constituyeron lo que se conocía como el *ius commune* o derecho común.

⁸ Gordley (1991) rastreó sistemáticamente los orígenes de las doctrinas del contrato plasmadas en los códigos del siglo XIX hasta las doctrinas de los teólogos del siglo XVI español. Más tarde hizo lo propio con el grueso del derecho privado (Gordley, 2006). Más adelante sostengo que esas doctrinas del derecho privado, una vez incorporadas al derecho civil, sirvieron como prototipo para el desarrollo de otras áreas del derecho, como el administrativo. Así, el modelo de creación ha permeado amplias porciones de los textos legislativos, por imitación.

⁹ La “facultad reglamentaria” se desprende del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Según esta doctrina, el presidente tiene el poder para expedir reglamentos tendientes a la correcta ejecución de las leyes en la esfera administrativa. Estos reglamentos son normas jurídicas, y, en consecuencia, la facultad reglamentaria es fuente de derecho. Los reglamentos del Ejecutivo, doctrinalmente, ocupan un lugar jerárquico inferior y dependiente de las leyes que regulan.

¹⁰ Decretada en 1975, posteriormente ha sido reformada, por el Congreso, en 1983, 1986, 1989, 1992 y 1993.

¹¹ El Caso Fobaproa, controversia constitucional 26/99, es quizá el otro caso destacado en esa época.

¹² Las descripciones y citas de este caso provienen del engrose visible en <http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoID=43595>. Suprema Corte de Justicia de la Nación, controversia constitucional 22/2001. En adelante citado como SCJN, CC 22/2001.

¹³ Usualmente, los pronunciamientos de la Corte inician con los “considerandos”, que son las razones esenciales y el punto de apoyo para dictar leyes.

¹⁴ SCJN, CC 22/2001. Por “control abstracto de constitucionalidad”, la opinión concurrente podría referirse a una forma genérica de recursos de inconstitucionalidad (que no existe en la ley mexicana), o bien a la acción específica llamada “acción de inconstitucionalidad”, un procedimiento totalmente nuevo creado por las reformas constitucionales de 1994. La acción de inconstitucionalidad permite la revisión constitucional “abstracta” de una ley, es decir, la revisión *a priori* de la Corte de su constitucionalidad, no referida a un caso concreto en el cual la ley se aplique en detrimento de una persona específica. La legitimación activa para acceder a este procedimiento según lo establecía la Constitución era muy acotada: solamente podía iniciarse antes de transcurrido el mes de haber sido aprobada la legislación impugnada por: a) una minoría legislativa representante de 33% del cuerpo legislativo que expidió la ley; b) la Procuraduría General de la República, o c) partidos políticos, con fundamento en la ley electoral (a éstos habría que agregar hoy la legitimación otorgada a las comisiones o procuradurías de derechos humanos, en materia de derechos humanos). Puesto que la acción de inconstitucionalidad no puede utilizarse para impugnar un reglamento, resulta evidente que era inaplicable en este caso. El voto concurrente acusa a la mayoría, en una controversia constitucional, por ejercer un tipo de control de constitucionalidad reservado para la acción de inconstitucionalidad.

¹⁵ El cual no existe o no es aplicable. Véase *supra* nota 14.

¹⁶ Y ésta es la razón por la que no rastreo esta “controversia sobre la controversia” en sus distintos momentos, sino que me enfoco sólo en una de sus instancias: creo que ilustra bastante bien mi preocupación, sin tener que ahondar en la “controversia sobre la controversia” por sí misma.

¹⁷ Véase Tamayo, 1998a: parte cuatro, capítulos XVI al XIX, y el apéndice que sigue.

¹ Incluyo el pensamiento jurídico derivado de la teología moral de la escuela de Salamanca en el siglo XVI como parte de la jurisprudencia medieval porque trabajó, fundamentalmente, con herramientas medievales: la teología tomista y el derecho romano.

² El derecho canónico no era solamente el derecho positivo de una polis territorial bajo la jurisdicción papal, sino también el derecho positivo de la Iglesia occidental, lo cual significaba que les era aplicable a todos los fieles a lo largo y ancho de Europa en asuntos que le correspondían a la Iglesia.

³ De hecho, el caso que Berman utiliza para ejemplificar los métodos escolásticos de análisis y síntesis que utilizaba la nueva ciencia jurídica se refiere al monje Graciano que, en 1140, escribió un tratado sobre el derecho canónico mencionado más abajo. Véase Berman, 1996: 154-162.

⁴ “Un desarrollo particularmente significativo durante las generaciones que le siguieron a Graciano fue la creciente interdependencia entre el derecho canónico y el resurgido derecho civil romano. Graciano aparentemente incluyó pocas referencias, si es que alguna, al derecho romano en la versión original del *Decretum*; pero en su historia temprana interpoladores anónimos añadieron casi 150 cánones adicionales a su libro, entre ellos un número sustancial de textos de derecho romano. Los canonistas a finales del siglo XII habitualmente tomaban términos, ideas, conceptos e instituciones de los civilistas, mientras que los escritores civilistas a menudo comparaban las instituciones y prácticas canónicas con las que encontraban en los textos jurídicos romanos. Para principios del siglo XIII la relación simbiótica entre los dos derechos doctos (llamados así en contraposición con el derecho consuetudinario y el derecho municipal reglamentario, que normalmente no eran objeto de estudio formal en las facultades de derecho y en las universidades) se había tornado tan cercana y dominante que los académicos ocasionalmente hablan de una ‘recepción’ del derecho romano por los canonistas. ‘Recepción’ en este contexto significa que los canonistas aceptaban el derecho proveniente del *Corpus* de Justiniano, como una fuente supletoria de derecho canónico” (Brundage, 1995: 22) [trad. del autor].

⁵ Van Kleffens también subraya que: “El espíritu de los siglos XII y XIII era el del principio aristotélico de la *reductio ad unum*; una Iglesia, un Imperio y un *Ius commune* para cada uno: derecho canónico para asuntos sobre los cuales la Iglesia tenía jurisdicción, derecho romano (el cual sería conocido como la *Lex generalis omnium*, vigente ante la falta de determinaciones de alguna ley especial) para asuntos mundanos” (Van Kleffens, 1968: 173) [trad. del autor].

⁶ Debe tenerse presente que la distinción entre los sistemas jurídicos y las disciplinas que los estudiaban era poco clara; por lo tanto uso los términos “derecho canónico” y “derecho eclesiástico” indistintamente; lo mismo aplica para los términos “derecho romano” y “derecho civil”.

⁷ En Occidente, el control de las autoridades seculares de las Iglesias locales, y la corrupción de la conducta eclesiástica, se convirtió en la regla después de la ruptura del Imperio carolingio y el surgimiento del “feudalismo” (véase Brundage, 1995: 145). “Durante los siglos X y XI, las reglas canónicas para elegir a los miembros de la jerarquía eclesiástica a menudo caían en desuso. Obispos, abades y otros funcionarios de la Iglesia, hasta llegar a los sacerdotes y párrocos, típicamente eran nombrados por la nobleza y terratenientes locales, quienes frecuentemente exigían concesiones sobre la propiedad de la Iglesia del candidato sucesor para asegurar su nombramiento” (*ibid.*, 31) [trad. del autor]. “La subordinación de las instituciones eclesiásticas y los valores religiosos a los caprichos y deseos de soldados, aventureros y bandidos —que esencialmente describe lo que los primeros caballeros feudales y la nobleza en realidad eran— tuvo como resultado un saqueo generalizado de la propiedad de la Iglesia, reconvirtiéndola al uso privado de familias militares, junto con un deterioro drástico de la disciplina del clero y de los servicios espirituales que ofrecían” (*ibid.*, 34) [trad. del autor]. “Los escritores se quejaban de la ignorancia, falta de respeto, lujuria y avaricia de los sacerdotes asignados por los terratenientes a las parroquias. Hasta los monjes, decían, habían dejado de ayunar y de orar; en lugar de ello, pasaban los días en fiestas y banquetes. Muchos monjes, a decir verdad, ingresaban a la vida monástica bajo coacción, y no por aspiraciones idealistas de una vida de ascetismo y devoción. Un buen número de casas religiosas se convirtieron en poco más que clubes campestres eclesiásticos, llenos de los hijos excedentes de familias nobles, las cuales exiliaban a sus hijos e hijas

sobrantes a los monasterios, donde ya no podrían seguir drenando la riqueza familiar. Los conventos, decían algunos, eran poco más que burdeles, aunque quizá un poco más limpios y ordenados que la mayoría de dichos establecimientos” (*ibid.*, 34) [trad. del autor]. En el siglo X se dio la reacción a esta situación con la remoción exitosa de algunas casas monásticas del control secular, notablemente el monasterio benedictino de Cluny, en Borgoña (909). Desde estos espacios germinaron ideas reformistas que se allegaron el apoyo de las autoridades civiles. Hacia mediados del siglo XI, los reformadores llegaron al papado con el ascenso de León IX, quien se rodeó de otros reformadores que a la postre también serían papas, notablemente Gregorio VII.

⁸ Los reformadores enfocaron sus ataques en la identificación y extirpación de dos pecados: la simonía (la entrega de dinero o bienes terrenales a cambio de puesto, poder o favor eclesiástico) y el nicolaísmo, o promiscuidad sexual entre el clero (todo, desde sacerdotes casados hasta clérigos que frecuentaban prostitutas). Ambos pecados estaban estrechamente relacionados con la influencia secular en la Iglesia: la simonía a través de los sobornos y la compra de cargos eclesiásticos, y la actividad sexual a través del conflicto de lealtades que generaba en los clérigos, quienes ponían a sus familias y los lazos feudales por encima de su lealtad a la Iglesia. “Gregorio VII y otros reformistas [...] concluyeron que debían lograr cuatro objetivos tácticos para alcanzar sus metas. Primero, necesitaban recopilar colecciones nuevas del derecho antiguo para demostrar que sus objetivos tenían cimentación legítima en la tradición eclesiástica. Segundo, necesitaban crear leyes nuevas que respaldaran su programa, reparando así vacíos en el corpus jurídico existente. Tercero, debían desarrollar mecanismos procesales más adecuados, así como tribunales nuevos y más efectivos, para corregir violaciones al derecho canónico. Y cuarto, la Iglesia requería nuevos y mejores medios para detectar a quienes violaban la ley y llevarlos ante los tribunales para procesarlos” (Brundage, 1995: 37) [trad. del autor].

⁹ Entre ellos se encontraban cánones conciliares (es decir, acuerdos alcanzados durante los concilios, cumbres de diversa índole, universales o regionales, de clérigos de alto rango que habían ocurrido a lo largo de la historia cristiana); las Sagradas Escrituras; los escritos de los padres de la Iglesia, y otros documentos.

¹⁰ Por ejemplo, normas o interpretaciones autoritativas acordadas en concilios ecuménicos o asambleas obispaes.

¹¹ Los asuntos bajo la jurisdicción de la Iglesia incluían amplios ámbitos de la vida como las finanzas y la propiedad de la Iglesia; la autoridad eclesiástica; las relaciones entre autoridades eclesiásticas y seculares; la delincuencia; trabajo; impuestos; el matrimonio y las relaciones familiares. Estas últimas habían sido influenciadas por el derecho romano, sobre todo en cuestiones como la propiedad, las herencias y los contratos, pero también caían en ciertos aspectos bajo la jurisdicción canónica.

¹² La cuestión de las razones sociales y políticas que estimularon el renacimiento del derecho romano es compleja y no tiene una respuesta clara. No hay un argumento contundente que ligue a los abogados universitarios con ningún reclamo político controvertido de las ciudades, el emperador, el papa o los señores feudales. La reminiscencia de tiempos mejores bajo el Imperio romano debe haber jugado un papel importante, pero la nostalgia no parece motivo suficiente. Mi interpretación es que todas las autoridades políticas, laicas o de la Iglesia se beneficiaron al proveer a sus burocracias nacientes de un cuerpo estable y profesional de funcionarios que, como en otras profesiones, se organizó al estilo gremial. (Para una mejor explicación del contexto histórico véase Berman, 1996; Magdant, 1986, y Stein, 1999.)

¹³ Este *Corpus* constituye un referente importante para estas secciones, y a él nos referimos ampliamente más adelante.

¹⁴ Por su parte, Berman señala que las escuelas catedralicias fueron más o menos contemporáneas al surgimiento de la universidad, pues no aparecieron hasta los siglos XI y XII (Berman, 1996: 136).

¹⁵ Su parte final, incluido el título final, no se conocía al principio (Stein, 1999: 127). La importancia del *Digesto*, en particular de su último título, reside en que contenía extractos de opiniones de juristas romanos profesionales. Estas opiniones vendrían a ser de suma importancia en la reformulación y sistematización llevadas a cabo por los juristas de los siglos XII y XIII, ya que eran más susceptibles a ser empleadas como reglas amplias fuera de un contexto específico.

¹⁶ Las escuelas de derecho del norte de Italia, a diferencia de las escuelas catedralicias, no dependían de la silla episcopal. Berman señala que los estudiantes se reunían a fin de contratar a un profesor que les enseñara, formando así una sociedad, *societas*, con él. En Bolonia se fundó una escuela excepcionalmente popular en la última década del siglo XI, a la cual afluyeron estudiantes de toda Europa. Por ende, la escuela estaba compuesta en gran medida por extranjeros. Con el objetivo de salvaguardar sus intereses ante las autoridades locales, estos extranjeros, agrupados de acuerdo a su origen nacional o geográfico, establecieron dos corporaciones o gremios: uno para quienes venían de lugares al norte de los Alpes y otro para los que venían de lugares al sur de los Alpes. Estos gremios se formaron como una *universitas*, la cual, en el derecho romano, era una asociación con personalidad jurídica y, por ende, con facultad para contratar profesores, reglamentar las rentas, los cursos, la venta de libros y —de mucha importancia— con jurisdicción civil y penal sobre sus miembros. La empresa, como tal, era conocida como *studium generale* para resaltar su acreditación “general” y no local (Berman, 1996: 134). Así se formó la que es considerada la primera universidad, la Universidad de Bolonia (que incluyó estudios distintos del derecho civil, de particular importancia el derecho canónico y la teología).

¹⁷ “Los glosadores daban por hecho que los distintos textos podían ser conciliados, ya que aceptaban sin cuestionar la garantía de Justiniano de que el *Digesto* no contenía contradicciones que no pudieran ser resueltas *subtili animo*” (*Constitutio Tanta*, 15) (Stein, 1966: 131-132) [trad. del autor].

¹⁸ El *Digesto* formaba el cuarto y último texto del *Corpus iuris civilis*. Consistía en una recopilación de opiniones sobre temas específicos de juristas romanos, considerados autoridades en su materia, anteriores a la época de Justiniano. El último título del *Digesto* consistía en una lista de reglas abstractas (*regulae*) que, separadas de sus textos y temas específicos, servía como una especie de cajón misceláneo donde buscar soluciones para casos no abordados específicamente en el resto del texto.

¹⁹ Una tendencia que, como ya veremos más adelante, el *Corpus iuris* mismo reflejaba.

²⁰ Theodor Viehweg advierte que no debe asumirse que el escolasticismo en la teología como un todo fue importado a la jurisprudencia, y sugiere cautela a la hora de trazar paralelos entre la jurisprudencia y la teología (Viehweg, 1993: 54-55). El argumento que propongo en este trabajo, sobre los orígenes teológicos de las formas básicas de entender el derecho y la forma en que, desde el mismo, se entiende la autoridad, no pretende contradecir a Viehweg. Al contrario, creo que su tesis consistente en que el razonamiento jurídico se estructura a partir de tópicos es correcta y, de hecho, estoy convencido de que la estructura tópica del razonamiento jurídico se mantiene hasta la fecha en muchos aspectos. No obstante, él se interesa en sacar a la luz la influencia “ampliamente ignorada” de la tópica en la jurisprudencia, mientras que yo me intereso en subrayar la influencia persistente de la teología en el derecho, un aspecto que, al menos en la historia del derecho y en la teoría del derecho mexicanas, también ha sido ampliamente ignorado. Hago hincapié en un aspecto del desarrollo del pensamiento jurídico diferente del de Viehweg, y a la vez quiero “ser muy claro acerca de lo incompleto de [esta] empresa” (*ibid.*, 1). Él se interesa en exponer la estructura tópica del razonamiento jurídico, mientras que yo me intereso más en exponer los fundamentos teológicos de la propensión a la abstracción, la esencialización y la sistematización, que fue creciendo en el trabajo de los juristas hasta que, en el periodo moderno, se convirtió en un elemento central para sostener la autoridad de su obra.

²¹ Los emperadores del Sacro Imperio Romano se adjudicaron esta autoridad en diferentes momentos, pero dicha pretensión nunca dejó de ser cuestionada. La institución del sacro emperador romano nunca fue lo suficientemente fuerte ni estable para imponerse como fuente legítima de un derecho secular universal.

²² “La visión de los juristas europeos de finales del siglo XI y del XII exigía que se trataran todos estos escritos como un solo cuerpo” (Berman, 1996: 138). “Los glosadores supusieron que todo el *Corpus iuris* seguía siendo derecho vigente en la Italia medieval. Su deber era explicarlo y exponerlo, ya que era un código promulgado por un emperador romano, e Italia todavía se consideraba parte de los dominios del emperador” (Dawson: 124) [trad. del autor].

²³ El personaje de Justiniano mismo puede ser importante a la hora de explicar esto, pues había sido emperador romano cristiano y acérrimo defensor de la fe. El derecho romano hacía mucho tiempo que se ligaba a la Iglesia, y los emperadores cristianos desempeñaban funciones divinas.

²⁴ Algunos académicos han sugerido que la autoridad del *Corpus iuris civilis* y la correspondiente recepción del derecho romano en la Europa medieval se derivaron de una creencia en la autoridad de Roma, que sobrevivía en las figuras del papa y del emperador, de carácter universal y permanente, y que, por ende, se podía concebir como derecho positivo, válido en ese entonces (Kelly, 1992: 121). Aunque reconoce la supuesta continuidad “espiritual” o autoridad romana, Berman (véase *supra*) rechaza la idea de que los juristas occidentales creyeran en la continuidad del Imperio Romano de Oriente de Justiniano como una realidad política en Occidente, y apunta, en cambio, al carácter subsidiario del derecho romano y la importancia del derecho canónico en la recepción del derecho romano (Berman, 1996: 217 y 623-624). Ya sea como derecho positivo o como autoridad divina y moral, lo relevante es la apelación legitimante de Roma como eterna, cristiana y gozando del favor divino.

²⁵ Según Berman, la teología se embarcó en tal empresa “mediante métodos escolásticos de análisis y síntesis, trató de aplicar normas racionales para juzgar cuáles verdades reveladas eran de validez universal y cuáles eran sólo de validez relativa” (Berman, 1996: 142). John Dawson va más allá que Berman al ligar las dos ciencias, y ubica el derecho en el lado receptor de los intercambios metodológicos, argumentando que los glosadores “tomaron mucho de las escuelas de teología, y adaptaron a sus propios usos los métodos medievales de disputa teológica, los cuales hacían mucho énfasis en la elaboración de sistemas y en la forma lógica” (Dawson, 1968: 126) [trad. del autor].

²⁶ Es decir, tanto el *Corpus iuris canonici* como el *Corpus iuris civilis*.

²⁷ “El pretor dice: ‘Si tú o tus esclavos han privado a la fuerza a alguien de la propiedad que poseía en ese momento, otorgaré una acción sólo por un año, pero una vez pasado el año otorgaré una para lo que [posteriormente] ha llegado a manos de quien privó al quejoso a la fuerza’” (Berman, 1996: 128). A tales proposiciones les siguen citas sacadas de los fallos de varios juristas.

²⁸ Más adelante menciono ejemplos de los esquemas que Aquino y Bartolus usaron para llevar a cabo esta técnica de conciliación típicamente escolástica.

²⁹ Para un resumen de la tópica, véase Viehweg, 1993: cap. 3.

³⁰ Villey llega a considerar a este periodo como *la Révolution scolastique*. El escolasticismo fue el movimiento filosófico dominante en la Europa occidental desde el siglo IX hasta el XVII, derivándose de una tradición que combinaba el dogma religioso con la filosofía patristica y, más tarde, y muy importante, con la filosofía aristotélica (Villey, 1975: 104-108).

³¹ El método dialéctico para la suma del texto justiniano —explica Berman— tenía sus raíces en la filosofía griega y en la jurisprudencia romana, pero transformó los métodos de ambas tradiciones considerablemente. Berman sigue el rastro de la dialéctica desde la filosofía griega, comenzando con Platón, quien la equiparaba con un método para llegar a la verdad, es decir, a una ciencia (la ciencia, de hecho). En el pensamiento de Platón, la dialéctica consistía fundamentalmente en la refutación de los argumentos de los oponentes, exponiendo sus contradicciones internas; la extracción de generalizaciones a partir de proposiciones ciertas sobre casos particulares, y la definición de los conceptos a través de distinciones a las que se llegaba mediante el análisis de un género en especies, la síntesis de especies en género, y de géneros entre sí para arribar a géneros más amplios. Platón también creía que la verdad era asequible solamente a través de la lógica deductiva, no mediante la lógica inductiva. Aristóteles, por su parte, distinguía entre razonamiento dialéctico y razonamiento apodíctico. El razonamiento apodíctico partía de proposiciones que se sabían ciertas y arribaba a verdades certeras; el razonamiento dialéctico, en cambio, partía de problemas o, en el mejor de los casos, de premisas debatibles y arribaba, de nuevo, en el mejor de los casos, a probabilidades. Aunque ambos tipos de razonamiento podían emplear tanto lógica inductiva como deductiva, el razonamiento dialéctico era considerado mejor equipado para usar la lógica inductiva, mientras que en el apodíctico la lógica deductiva es más apropiada dependiendo del tipo de ciencia. Los estoicos, de quienes los juristas romanos heredarían el método dialéctico, usaban la dialéctica como método para analizar argumentos y definir conceptos mediante análisis y síntesis, separando la dialéctica de la lógica y ligándola más con la retórica y la gramática. Los juristas romanos, por su parte, fueron los primeros en aplicar estos métodos a los textos jurídicos (los griegos ni siquiera consideraban las reglas legales como puntos de partida válidos para el razonamiento) y los usaron básicamente en clasificaciones y para

articular las reglas que estimaban implícitas en los fallos. Si bien Berman habla de una distinción “sutil” en este último uso entre “definiciones”, que estaban más estrechamente relacionadas con el caso particular, y “reglas” derivadas de casos pero susceptibles de ser consideradas independientemente de los mismos, esta distinción palidece en comparación con la extrapolación hacia las “máximas” que los juristas medievales emprendían (véase Berman, 1996: 143-150; también *infra*, notas 33-34).

³² A la tendencia hacia la abstracción se unió la tendencia hacia un creciente ímpetu normativo de los comentarios de los juristas. En principio, uno esperaría que un comentario sobre un texto autoritativo describiera lo que el texto dice. La autoritatividad del texto implica que el intérprete aclara el sentido que el texto contiene. El texto es normativo, el comentario sobre el texto no lo es, por lo que en teoría se limita a describir un texto normativo. Al menos así se presentó la propia labor de los juristas desde el Medievo hasta hace relativamente poco tiempo. Lo que, sostengo, encontramos en la ciencia jurídica occidental es que, a la par que se insiste en que la labor del intérprete es describir y aclarar el texto, sus comentarios adquieren un carácter crecientemente normativo, hasta rivalizar con el texto autoritativo mismo. La tendencia normativa se sostiene, creo, desde el Medievo hasta la fecha. Recuerdo aún a mi profesor de teoría de las obligaciones explicando “lo que el legislador quiso decir y no dijo...” Más que describir el texto normativo, los comentarios dictan o norman lo que debe entenderse que el texto dice. Pretendiendo describir el significado de un texto, los comentadores en realidad le infunden un nuevo sentido. En otras palabras, *normativo* en este caso se entiende por oposición a *descriptivo*.

³³ Según Stein, los últimos juristas republicanos fueron los primeros en elaborar las *definitiones* en los últimos dos siglos antes de nuestra era, e incorporaron la metodología griega al estudio del derecho. Había dos sentidos del término *definitio*: primero, las *definitiones* en sentido estricto, que expresaban el significado de una palabra; por otra parte, *definitiones* como proposiciones más amplias del derecho, que describían la regla subyacente a las soluciones específicas de varios casos particulares. “La estructura del derecho del jurista consistía de *definitio* en el sentido amplio que los juristas le daban a la palabra [tanto como *definitio*, en sentido estricto, como en el sentido de amplios preceptos de ley]. No pensaban conscientemente en el derecho en términos de conceptos; de hecho la noción de un concepto no formaba parte de sus herramientas mentales. Veían su tarea como la de describir ciertos fenómenos dados. No creían estar estableciendo normas; sus *definitiones* eran descriptivas más que normativas. Pero en cualquier ámbito, una *definitio*, reconocida como una descripción adecuada de un fenómeno, naturalmente alcanzaba gran autoridad [...] Los juristas republicanos construían sus definiciones generalizando la decisión a la que sus predecesores habían llegado. En algunas definiciones, una formulación audaz generaba un alto grado de abstracción; mientras que en otras se mantenían muchos detalles específicos, derivados del material a partir del cual se construían. Hasta donde hayan reflexionado sobre este tema, los juristas republicanos asumían que su papel era el de declarar el derecho preexistente y definir sus límites precisos de manera científica” (Stein, 1966: 47-48) [trad. del autor]. Su obra también consistía en organizar las *definitiones* producidas en géneros y en especies, la formulación de hipótesis acerca de la existencia de una regla y del uso de axiomas. El mismo autor ofrece una descripción detallada del trabajo de los juristas republicanos (*ibid.*, cap. 2).

³⁴ Según Stein, la noción de *regulae* fue introducida por Labeón, un jurista clásico que fundó la llamada Escuela Proculiana —o Proculiana— a principios del principado. “Una *definitio* era una descripción de la condición existente del derecho, y tenía alcance limitado. *Regula*, en cambio, para un romano de principios del principado, tenía la connotación de posición normativa que gobernaba todas las situaciones que pudieran subsumirse bajo su *ratio*. Era claro que una *definitio* tenía que adaptarse a las normas. Cuando una proposición se consideraba *regula*, esta palabra, con su connotación analogista, sugería que el derecho había de acomodarse a la proposición” (Stein, 1966: 3) [trad. del autor]. La “connotación analogista” a la que alude Stein se refiere a un debate en el ámbito de la gramática entre los analogistas, quienes al estudiar el lenguaje destacaban las regularidades de la inflexión de sustantivos para establecer las reglas que servirían para probar el correcto uso del lenguaje, y los anomalistas, que destacaban las excepciones a las reglas que los analogistas proponían. El debate se daba entre la consistencia del lenguaje y el papel de la razón en el uso correcto del lenguaje (o, como en el caso de Labeón, del derecho). En ese debate, los analogistas habían usado no sólo la

analogia, que consistía en descubrir consistencias en algunos aspectos de un reducido número de casos, sino también la *regula*, que cubría un mayor número de sustantivos que podían ser menos similares entre sí, pero aún así ubicarse bajo el mismo principio y gobernarse por la misma *ratio*. En el derecho, las posiciones analogistas fueron adoptadas por la llamada Escuela Proculiana, que usaba la gramática para estudiar el lenguaje. La escuela de juristas, contraria, conocida como Sabiniana, adoptó una posición semejante a la de los anomalistas en la gramática, equiparando *regula* con *definitio*, y atribuyéndoles un carácter meramente descriptivo, no normativo. “Concluimos, pues, que la palabra *regula* fue introducida para describir ciertas *definitiones* que se consideraba eran de aplicación general. Algunos juristas, siguiendo la pauta de Labeón, estaban conscientes de que la formulación de dichas reglas era más que una declaración neutral de los hechos. Con esta elección de palabras el jurista que formulaba la regla hacía una contribución positiva propia. Podía sacar a luz el principio subyacente de la regla, que quizá no había sido expresado previamente. Una vez expresada, la regla se aplicaba a todos los casos que se encontraban dentro de ese principio, salvo que se comprobara que una excepción había sido reconocida en la práctica. Otros juristas, seguidores de Sabino, sostenían que, se llamara *regula* o *definitio*, la regla jurídica era un mero reflejo de la condición real del derecho, y no tenía peso normativo independiente. El contraste entre estos dos puntos de vista siguió latente durante todo el periodo clásico” (*ibid.*, 73) [trad. del autor]. El uso del término *regulae* se expandió a finales del periodo clásico de la jurisprudencia romana. Además de usarse para referirse a una regla de derecho con la intención de resumir el derecho establecido en un área o serie específica de casos, el término *regulae* llegó a ser usado para referirse a máximas más amplias y menos específicamente contextuales. “Una máxima es más bien una frase utilizada en un argumento jurídico. Indica un principio general amplio, que abarca varias áreas del derecho. Puede expresar de manera abreviada y popular un principio que se encuentra detrás de varias reglas del derecho, pero nadie espera que pueda aplicarse sin considerable calificación” (*ibid.*, 105) [trad. del autor]. Este cambio en el significado del término *regulae* resultaría importante porque el significado del término *regulae* que prevalecería en los siglos venideros sería el usado por extensión, es decir, *regulae* como máximas generales, pero las proposiciones que serían usadas como máximas generales serían las *regulae* en sentido estricto; a saber, las reglas jurídicas elaboradas durante el periodo clásico previo. De esa manera, las reglas jurídicas estrechas ligadas a circunstancias específicas serían tratadas como máximas amplias de alcance y aplicación generales. “Los juristas clásicos anteriores no describían tales máximas como *regulae*. Limitaban el uso de esa palabra a reglas de alcance claramente determinado. A finales del periodo clásico, la noción de *regula* se expandió, particularmente por Pablo, para incluir también las máximas” (*ibid.*, 107). “Resulta irónico que esta costumbre del siglo III, desconocida por la mayoría de los juristas clásicos, después vendría a tipificar las *regula* del derecho clásico” (*ibid.*, 108). Para un análisis detallado del surgimiento de *regulae* en la jurisprudencia romana, véase Stein (*ibid.*, caps. III, IV y V).

³⁵ Para detalles de los periodos en los cuales se divide la historia jurídica romana, véanse las notas 33 y 34.

³⁶ El texto “en cuestiones dudosas, la interpretación más benevolente es preferible” tiene consecuencias drásticamente diferentes en otro tipo de casos, como por ejemplo al juzgar a un presunto delincuente (Stein, 1966: 119).

³⁷ Este uso expansivo de las *regulae* posibilitó una diferencia crucial entre el trabajo de los juristas romanos (tanto aquellos que recopilaron como aquellos cuya obra fue recopilada en el texto de Justiniano) y el trabajo de los juristas medievales tardíos que fundarían la dogmática jurídica occidental. Para los juristas que lo compilaron, la recopilación justiniana era un cuerpo exhaustivo de reglas jurídicas específicas, que respondían a los problemas jurídicos más urgentes o más comunes de aquel entonces. La presunción de que el texto era completo y coherente, aunada a la lista de reglas tipo máximas que lo remataban, era una garantía que permitía abordar casos excepcionales para los que no encontraran reglas que específicamente los abordaran en otras partes de la recopilación. Para ellos, la presunción de completitud y coherencia aunada a una lista de máximas generales no constituía el principal mecanismo para encontrar soluciones jurídicas a las conductas humanas, pues las reglas mismas proporcionaban el grueso de las soluciones. Los juristas medievales invirtieron las funciones de las *regulae*, como solución excepcional a un problema jurídico difícil, y de la regla específica, como la

solución más común a los problemas comunes. Esto quizá se explica porque los problemas para los glosadores que trataban de encontrar soluciones jurídicas en el Medievo tardío eran radicalmente diferentes de los del Imperio romano de Oriente de Justiniano. Las soluciones a muchos de los problemas que enfrentaron no estaban contempladas en el texto. Por consiguiente, las garantías de los juristas justinianeos, las reglas abstractas y las máximas, se convertirían en herramientas centrales del quehacer jurídico para los juristas que trabajaban a finales del Medievo (Stein, 1966: 131).

³⁸ Véase *supra* nota 31.

³⁹ Debe recordarse que, en aquel entonces, la verdad científica y la verdad bíblica no se consideraban por separado: se esperaba que la verdad científica confirmase la verdad bíblica, la cual era indiscutible.

⁴⁰ Para un recuento completo de esta controversia, véase Stein, 1996: 137-142. Para versiones de las generaciones sucesivas de glosadores, véase ahí mismo la p. 143.

⁴¹ Incluso, el autor menciona el cambio hacia un entendimiento normativo de las *regulae* como algo simultáneo a la confusión entre las *regulae* que se encuentran en el texto y la *regula* producto de la inducción jurídica: “Conforme se confundía la noción de *regula* por las discusiones de los canonistas, la distinción entre *regulae* y brocados también iba desapareciendo” (Stein, 1966: 144).

⁴² Véase *infra* “La creación: el ascenso de la doctrina jurídica”.

⁴³ Tales jurisdicciones o, más bien, entidades políticas incluían el Imperio, los señoríos feudales, los reinos y las corporaciones locales como las ciudades, entre otros. Berman, en la obra citada, argumentó célebremente que la consolidación de las distintas jurisdicciones en sistemas legales modernos y completos fue producto de la revolución papal. Según su tesis, la consolidación del papado bajo la Reforma gregoriana y la llamada Querella de las Investiduras (eclesiásticas, entre el papado y las autoridades seculares) sustrajo la jurisdicción clerical de la que gozaban las autoridades seculares y, por ello mismo, las constituyó como jurisdicciones *seculares*. Para Berman, el sistema jurídico forjado en torno a la lucha papal fue el primer sistema jurídico moderno, el derecho canónico, que sirvió de modelo para los Estados-naciones seculares apenas emergentes. En este orden de ideas podemos entender los albores del surgimiento de los estudios formales del derecho, y el subsecuente desarrollo de la metodología jurídica, como resultado del esfuerzo por construir el sistema jurídico del derecho canónico a partir de una multiplicidad de documentos eclesiásticos autoritativos y discordantes.

⁴⁴ Los fueros eran otorgados por el rey como privilegios (de gobernanza, por ejemplo) y exenciones (sobre impuestos o servicio militar, por ejemplo) a las leyes generales: “Esencialmente, eran de la misma naturaleza que un pacto o convenio entre cedente y concesionario —una relación contractual—” (Van Kleffens, 1968: 125) [trad. del autor].

⁴⁵ “Contra el conservadurismo de los defensores de los fueros y los privilegios en general, los reformistas emplearon dos armas. La primera era el ataque directo a los defectos del sistema de fueros; esto lo hubieron de desarrollar en su totalidad los mismos reformistas. La segunda arma —el derecho romano— los embistió, por así decirlo, ya que para ese entonces el derecho romano había iniciado su renacimiento triunfal por toda Europa occidental” (Van Kleffens, 1968: 146-147) [trad. del autor].

⁴⁶ Según Van Kleffens (1968: 180-181), al rey lo rodeaban y asistían abogados de origen boloñés: “En este nuevo esfuerzo, los asistentes de cabecera del rey eran Jácome Ruiz [su tutor educado en Bolonia] y otros dos abogados con antecedentes boloñeses, pero de quienes no se sabe mucho: el maestro Fernando Martínez, obispo de Zamora, autor de la *Summa aurea de ordine iudiciario* [...] y el maestro Roldán [...] pero para una obra del alcance y magnitud de las *Partidas*, el rey debe haber tenido varios asistentes más” [trad. del autor].

⁴⁷ Al elaborar *Las Siete Partidas*, Alfonso X “tomó los libros de derecho justinianeos y las glosas de Bolonia como sus fuentes de inspiración, antes que el derecho tradicional español”, sin embargo, “el derecho autóctono se menciona expresamente, al derecho romano meramente se le aludía, a fin de no antagonizar a los tradicionalistas más de lo indispensable” (Van Kleffens, 1968: 180) [trad. del autor].

⁴⁸ “De este modo en España, al igual que en otros lados, el derecho romano se extendió primero al pensamiento académico, expandiéndose de allí a aquellos encargados de la administración de la justicia (consejeros reales, miembros de los tribunales regios), y gradualmente fue descendiendo la jerarquía jurídica. Este movimiento descendiente pronto entró en conflicto con el derecho tradicional, estático y

establecido desde antaño, que había surgido de los recovecos profundos de la conciencia nacional, pero seguía formando parte de los tan apreciados conceptos de elementos conservadores poderosos: parte del clero; la nobleza o los habitantes de los pueblos; el campesinado, que no sentía ni tenía necesidad alguna de propensión a cambiar” (Van Kleffens, 1968: 178) [trad. del autor]. “No obstante, todo esto no previno la gradual pero efectiva infiltración del derecho romano a través del medio de juristas: profesores y estudiantes en las universidades, abogados y jueces en las cortes. Fue así que al acercarse a su fin el largo reinado (1312-1350) del bisnieto de Alfonso X, ‘el Sabio’, el ambiente había cambiado lo suficiente como para permitir un nuevo equilibrio entre las afirmaciones del antiguo castellano y el atractivo del derecho romano, un acuerdo que resultaría ser de valor duradero” (*ibid.*, 116-117) [trad. del autor].

⁴⁹ De ahí la referencia —antes mencionada— de Berman a la frase de san Anselmo sobre la necesidad de creer para comprender.

⁵⁰ La inclusión de la obra de Tomás de Aquino en esta sección merece algunas aclaraciones. Aunque Aquino vivió en el siglo XIII y ya era conocido, estudiado y utilizado por varios de los comentadores, lo incluyo en la discusión de la Escuela de Salamanca por dos razones principales: por una parte, la segunda escolástica se basó fuertemente en su obra, y no se puede comprender salvo en referencia a él. Su contribución a la ciencia jurídica consistió en utilizar la metodología de Aquino extensivamente para la elaboración de doctrinas que se desprendían del derecho romano, lo que Aquino hizo tan sólo ocasionalmente. Por otra parte, aunque Aquino era la autoridad de la cual juristas medievales anteriores habían sustraído principios e ideas filosóficas, no fue sino hasta la segunda escolástica cuando el impacto de la obra de Aquino tuvo un efecto drástico sobre el derecho.

⁵¹ En Salamanca, Vitoria enseñó a una generación de teólogos y juristas que constituyen lo que se conoce como la segunda escolástica. Entre los más prominentes se encuentran Miguel de Covarrubias (1512-1577) y el teólogo dominico Domingo de Soto (1494-1560). Personajes posteriores asociados a la Escuela de Salamanca incluyen a los teólogos y metafísicos jesuitas Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617). (Cf. Pagden, 1991.)

⁵² Según Villey (1975: 345), fueron sobre todo los jesuitas en su lucha contra los herejes protestantes quienes buscaron ideas en Aquino que defendieran la libertad y participación humanas, a través de méritos propios, en la salvación.

⁵³ La fuente final sigue siendo Dios, por supuesto, pero para la humanidad la fuente principal de conocimiento de la voluntad —o razón— de Dios cambió de sus revelaciones a su creación.

⁵⁴ Escribieron la mayor parte de su obra jurídica como comentarios sobre textos teológicos (por ejemplo, el tratado de Aquino sobre justicia y derecho, conocido como *De iustitia et iure*, incluido en la *Summa theologiae*). Sin embargo, su obra jurídica es altamente técnica e incorpora de manera extensiva reglas jurídicas romanas y reglas de derecho canónico.

⁵⁵ Para un análisis completo de la obra salmantina sobre el carácter vinculante de un contrato, véase Gordley (1991: 71-82). Los comentarios que a continuación incluyo serán, básicamente, un resumen en líneas generales de esas páginas, intentando ilustrar lo que parece más interesante para las cuestiones que aquí nos ocupan. Así, la importancia de explicar los contratos y su carácter vinculante en función de la virtud tiene —por lo menos— dos vertientes: primero, como se verá más adelante al abordar la función de la causa final, porque ancla el razonamiento teologal a través del cual elaborarían sus conceptos jurídicos. En segundo lugar, porque —en el pensamiento aristotélico— las virtudes son fines en sí mismos y, al usar las virtudes como las piedras angulares de su producción conceptual, los teólogos salmantinos eliminaron el riesgo de caer en una cadena infinita de causas finales, lo que hubiera dificultado obtener algún contenido sustancial para sus conceptos. La segunda observación, entre muchas otras, se la debo a Paul Kahn.

⁵⁶ Esta clasificación en función de virtudes aristotélicas, dice Gordley, ya estaba presente en la obra de Bartolo de Sassoferrato y de Baldo de Ubaldi; pero ellos, a diferencia de los salmantinos, no dedujeron implicaciones teóricas de la distinción, sino que la usaron solamente para explicar los textos romanos (Gordley, 1991: 77-78).

⁵⁷ Véase Gordley, 1991: 77, para una discusión acerca de la doctrina de las causas.

⁵⁸ “Si uno no prometía ni dar ‘a las personas indicadas, los montos indicados, en el momento indicado’ ni recibir lo equivalente a cambio, no ejercía ninguna de las virtudes. Le hacía falta prudencia, o bien uno era deshonesto” (Gordley, 1991: 78) [trad. del autor].

⁵⁹ Es importante hacer algunas precisiones. En el pensamiento aristotélico las cosas naturales y las cosas hechas por el hombre se distinguían en cuanto a la forma en que la causa formal se relacionaba con la causa final de una cosa. Para Aristóteles, la causa final de los objetos naturales y su causa formal eran lo mismo; en cuanto a cosas hechas por el hombre, en cambio, la causa final y la causa formal eran cosas distintas. Véase Bodéüs, 1999: 65: “A diferencia de los productos del arte humano, en los que las cuatro causas son distintas, en el caso de cosas naturales la forma y el fin son uno solo [...] Esto es de suma importancia, pues el método utilizado por los juristas salmantinos para construir la definición abordaba los contratos a las promesas, es decir, las acciones humanas como objetos naturales y no como objetos creados por humanos. Intuitivamente, se pensaría que la analogía entre una acción y un artefacto es más exacta que la analogía entre una acción humana y un objeto natural. Sin embargo, si se concibe los objetos naturales como creaciones, concretamente creaciones de Dios, y por ende también producto de una agencia, la analogía más exacta puede ser con los objetos naturales” [trad. del autor]. Veremos más sobre esto en páginas siguientes.

⁶⁰ La explicación que sigue viene directamente de Aristóteles. Sin embargo, puede resultar más útil para el lector ver la explicación de Gordley acerca de la metafísica subyacente de Aristóteles. Nótese que Gordley denomina lo que el texto a continuación llama causa formal como “forma sustancial”. Su terminología apunta al hecho de que los accidentes en una sustancia son también parte de su forma, pero no parte de la esencia de la cosa; por ende, la definición debe excluirlas. Para mayor simplicidad, he tomado toda la causa formal como equivalente de la forma sustancial y la esencia y la definición, haciendo de lado el hecho de que los accidentes también forman parte de la forma de una sustancia, aunque no de su esencia. He aquí la explicación de Gordley: “El mundo según Aristóteles y Tomás [de Aquino] está compuesto de cosas individuales, a las que se refieren técnicamente como ‘sustancias’. Las personas, los animales y las plantas son sustancias, al igual que los elementos del mundo inorgánico, que según ellos eran la tierra, el aire, el fuego y el agua. Cada una de estas cosas tiende a comportarse de un modo determinado. [...] La manera en que una cosa tiende a comportarse es su ‘causa final’ o ‘fin’. El ‘fin’ de una cosa, en este sentido, no es una finalidad o propósito consciente, sino simplemente la manera característica en que tal cosa se comporta. [...] Cada cosa, además, se comporta a su manera debido a algo dentro de sí. Si se comportase de la manera que lo hace debido a algo ajeno, el comportamiento en cuestión sería no el de la cosa individual en sí, sino el de algo ajeno. Aquello dentro de una cosa que es responsable por la manera en que se comporta se conoce como ‘naturaleza’. Las cosas con la misma naturaleza son el mismo tipo de cosa [...] Las propiedades que una cosa ha de tener para ser una cosa de una naturaleza determinada se consideran parte de su ‘forma sustancial’. No puede perder estas propiedades y seguir siendo la misma cosa. Las características que puede obtener y perder [y seguir siendo la misma cosa] son ‘accidentes’ [...] [Lo que queda cuando algo deja de ser lo que es] es su ‘causa material’ o ‘materia’. Esta ‘materia’ no es una forma, sino que se define como aquello que asume diferentes formas [...] Causa final, forma sustancial y materia son tres de las cuatro ‘causas’ que toda sustancia debe tener. La restante es la ‘causa eficiente’, la cual hace que una cosa llegue a ser al unir su materia con su forma sustancial. La causa eficiente de un animal o de una planta son sus padres. Una cosa puede tener muchas partes y muchas actividades, pero para ser una sola cosa debe tener una sola forma sustancial y un solo fin. Puede hacerlo por la manera en que sus partes y sus actividades están relacionadas. Cada parte tiene un ‘fin’ o una actividad propia que contribuye a la actividad que es el fin del todo [...]” (Gordley, 1991: 17-18) [trad. del autor].

⁶¹ Uso la traducción al español de la *Física* de Aristóteles de Guillermo R. de Echandía publicada en Editorial Gredos, 1995, visible en lacavernadefilosofia.files.wordpress.com/2008/10/fisica_de_aristoteles.pdf. En pie de página, De Echandía aclara en este pasaje que por “primera” debe entenderse la más próxima (Aristóteles, 1995).

⁶² Esto requiere aclararse en el sentido que los fines intermedios y los más generales se especifican en los fines inmediatos buscados por cada medio que se da para la búsqueda de un fin común. Así, al explicar la causa final del corazón, debemos tomar en consideración su fin inmediato —bombear la

sangre a todo el cuerpo—, lo cual participa en el fin —mediato y último— que es contribuir a la vida y a la salud de un organismo. En el caso de una receta, hervir el agua tiene el fin inmediato de producir vapor para cocinar verduras, mientras que su fin intermedio y final son contribuir a la elaboración de las verduras en salsa de curry.

⁶³ Gordley (1991) sostiene que Aristóteles aplicaba la teoría de las cuatro causas a sustancias o cosas en el mundo, mientras que Aquino la aplicaba a acciones humanas. “Santo Tomás discutió la ley moral, no obstante, aplicando el método de Aristóteles al estudio de acciones particulares. Formuló las definiciones de acciones como prometer algo o casarse. Luego intentó demostrar que las reglas que gobiernan el cumplimiento de promesas o el matrimonio surgen lógicamente de estas definiciones. Para lograrlo, tuvo que tocar actos como hacer una promesa o contraer matrimonio de la misma manera en que Aristóteles había tratado las cosas. Aristóteles había explicado los rasgos de una cosa, como un sillón o un hombre, en función de su esencia y su fin. De acuerdo con santo Tomás, también se podía partir de la esencia y del fin de las acciones humanas” (p. 20) [trad. del autor]. “Cuando Tomás [de Aquino] hablaba del derecho moral en términos de la definición de acciones como prometer algo o casarse y sacaba consecuencias de dichas definiciones, le estaba dando una nueva aplicación al método de Aristóteles” (p. 19) [trad. del autor]. No obstante, llama la atención que en la sección de la *Física* donde Aristóteles explica la teoría de las cuatro causas, utiliza como ejemplo de la causa final precisamente una acción humana: “Y en otro sentido, causa es el fin, esto es, aquello para lo cual es algo, por ejemplo, el pasear respecto de la salud. Pues ¿por qué paseamos? A lo que respondemos: para estar sanos, y al decir esto creemos haber indicado la causa” (Aristóteles, 1995).

⁶⁴ Los párrafos siguientes son un resumen de lo expuesto por Gordley en su libro.

⁶⁵ La obligación de comportarse virtuosamente, a su vez, provenía de la premisa más fundamental del derecho natural: hacer el bien y evitar el mal.

⁶⁶ La clasificación de Domingo de Soto fue utilizada después por Hugo Grocio en el desarrollo de su propia clasificación (Gordley, 1991: 104).

⁶⁷ Si consideramos la cuestión por un momento, vemos que la causa formal presentada en este ejemplo no es otra que la reformulación reificada —cosificada— de lo que se identifica como la causa final: la organización de la sociedad para el bien común.

⁶⁸ “De la anterior definición, Vitoria extrae el corolario de que, si se salvaguardan los fines de la sociedad, hay igual libertad en un régimen monárquico, en uno aristocrático y en uno democrático, aunque muestra preferencia por el gobierno de uno solo (que es lo que significa para él “monarquía”). Y, dado que el gobernante representa al pueblo, un segundo corolario es que toda la república puede ser lícitamente castigada a causa de una falta cometida por el rey. Por ejemplo, si el rey injuria a otro país con una guerra injusta, el rey ofendido puede atacar a los súbditos del rey culpable, aunque ellos sean inocentes. Y así surge otro corolario, el tercero: ‘Ninguna guerra es justa si consta que se sostiene con mayor mal que bien y utilidad de la república, por más que sobren títulos y razones para una guerra justa’. Vitoria piensa además en los reinos cristianos como provincias de la cristiandad, como una comunidad de naciones; y, si la guerra —aunque sea justa— va a redundar en gran daño de la cristiandad, ha de evitarse” (Beuchot, 1996: 49).

⁶⁹ Véase *supra* nota 59.

⁷⁰ Esta confluencia entre fin, forma y propósito se entiende mejor si tenemos en cuenta que la noción de propósito es equívoca. “Propósito” se puede referir a la intención del agente. Entendido de esta forma, parece correcto tratar las acciones como cosas hechas por el hombre e identificar su fin con su propósito. Sin embargo, “propósito” puede también referirse al propósito inmediato, al efecto inmediato deseado, independientemente de su objetivo final. Por ejemplo, si camino tres cuadras para comprar boletos de un concierto, “caminar” tiene la intención de proporcionarme los boletos para el concierto, pero también tiene el propósito inmediato de desplazarme de un lugar (mi casa) a otro (la taquilla). En caso de entender “propósito” como propósito inmediato, parece correcto identificar propósito y causa formal. Es muy distinto, por el contrario, equiparar causa formal con propósito, si por “propósito” queremos decir algo mediato (por oposición a inmediato) como llevar una vida virtuosa en adoración de Dios, o algún fin análogo. Al hablar de un fin tan distante como ése, resulta imposible igualar causa final con causa formal sin mayor especificación de la secuencia de fines

inmediatos que se enlazan el uno con el otro como medios para un fin último. Sin embargo, debemos tener en mente que Tomás de Aquino y la segunda escolástica se ocupaban de la ley moral. Cualquier “propósito inmediato” debe entenderse en relación con propósito final de la humanidad tratándose de la moralidad o calidad normativa de la actividad humana. Si camino a la taquilla para robarme los boletos no estoy avanzando hacia mi propósito último como ser humano (ya sea que éste se relacione con mi potencial racional, como en Aristóteles, o con mi relación con Dios, como en Aquino).

⁷¹ Con “esencializan” me refiero a que las acciones son consideradas solamente en su esencia, es decir, sólo se consideran las condiciones necesarias y suficientes para hacer algo lo que es, en perjuicio de los altamente contextuales y específicos “accidentes.” Con “objetivizan” me refiero a que las acciones son tratadas como entidades discretas y abstractas, comprensibles independientemente del contexto, con una esencia objetiva y verdadera. Estas dos características hacen que la consideración de acciones sea de cosas fijas, constantes y abstractas. Ello contrasta con una comprensión de las acciones como profundamente incrustadas en un contexto, fuera del cual pierden su significado.

⁷² Claro que *a* y *b* se dan como un solo paso, ya que la identificación del fin se da simultáneamente con la construcción de un concepto, al intersectar las otras causas. Pero aquí deseamos distinguir este tipo de razonamiento del razonamiento teleológico que va directamente de la identificación de un fin a la identificación de los medios apropiados para llegar a ese fin.

⁷³ Este ejemplo fue inspirado por una discusión que tuvo lugar en el seminario del profesor Paul W. Kahn, en el cual presentó un borrador de su artículo “Nomos and Narrative at War: An Examination of the Principle of Discrimination” [El nomos y la narrativa en guerra: una revisión del principio de discriminación].

⁷⁴ Escogí la justicia conmutativa porque, a final de cuentas, la guerra es relacional: es una manera de relacionarse entre dos Estados presuntamente iguales.

⁷⁵ Castilla Urbano (1992: 50) cita a Vitoria: “Advirtamos, en primer lugar, lo que Aristóteles enseña a los Físicos: no sólo en las entidades naturales y tangibles, sino también en todas las cosas humanas, la necesidad ha de ser ponderada por el fin, que es causa primera y principal de todas. Este aserto, fuese ideado por Aristóteles o recibido de Platón, fue siempre un formidable argumento filosófico y bañó de luz todas las cuestiones”. Establecer una jerarquía *a priori* entre las causas puede haber sido apoyado por Vitoria, porque permite sentar un orden fijo en el entendimiento de las cosas y resolver cuestiones respecto a ellas. Ésta era la importancia teológica para la empresa anti-nominalista y antirreformista de los escolásticos tardíos, porque exige coherencia y, por ende, sustenta la inteligibilidad de un mundo creado por Dios. Que dicha jerarquía apoye el razonamiento teleológico al priorizar la causa final por encima de las otras causas resultaba particularmente útil para la empresa normativa de los teólogos-juristas, ya que ofrecía una fuerte autoridad para dirigir acciones futuras.

⁷⁶ Otros, que en este capítulo se omiten pero se abordan en el siguiente, sí eran nuevos, tales como la clasificación correcta del indio en la creación, o la extensión apropiada de instituciones coloniales españolas, como la “encomienda”.

⁷⁷ Aunque los problemas que enfrentaban se encontraban en los textos, lo que interesaba a los salmantinos era encontrar el sentido al problema, y no al texto.

⁷⁸ Véase la sección “Obra doctrinal de los escolásticos segundos”, en particular la nota 60.

⁷⁹ Véase *supra* nota 60, para la definición técnica de “naturaleza” en el pensamiento aristotélico-tomista.

⁸⁰ “*Pour l’homme, ses mouvements suivent aussi les lois de sa nature par instinct, car il participe du genre animal. Mais sa différence spécifique est de leur obéir encore, pour une part, rationnellement, c’est-à-dire avec liberté: l’homme a le privilège de pouvoir s’écarter de l’ordre naturel. Voici pourquoi, s’il s’agit de l’homme, la connaissance de sa nature présente un intérêt pratique: étant postulé que le bien, pour l’homme, est de suivre sa nature, l’étude de la nature humaine est constitution d’une morale.*” [Para el hombre, sus movimientos siguen también las leyes de su naturaleza por instinto, ya que forma parte de la especie animal. Pero su diferencia específica es que él aún las obedece, en parte, racionalmente, es decir, con *libertad*: el hombre tiene el privilegio de poder separarse del orden natural. Es por ello que, si se trata del hombre, el conocimiento de su naturaleza presenta un interés práctico: habiendo postulado que el bien, para el hombre, es seguir su naturaleza, el

estudio de la naturaleza humana es la *constitución* de una moral] (Villey, 1975: 125). Cursivas del original [trad. del autor].

⁸¹ En la clasificación tradicional de la *Summa Theologiae* esta “teoría general del conocimiento” se delinea en la nota 79 y en las notas 84-89, en la edición de Timothy McDermott, la cual usé para consultar directamente la obra de Aquino. La cita tradicional no se usa, así que me referiré a ambos sistemas de citas, el tradicional y el de la edición de McDermott (véase Aquino: 121-124 y 129-142).

⁸² Las cursivas son de la edición de McDermott. El pasaje completo de la cuestión 79, artículo 11, de donde viene el texto citado, dice lo siguiente: “No tenemos una mente para planear la acción y otra para buscar la verdad [en contraste con la diferencia entre percibir y entender, donde sí tenemos una mente para percibir el mundo a nuestro alrededor y otra, la ‘mente agente’, para abstraer las formas de las cosas de sus condiciones naturales para poder entenderlas, como explica Tomás arriba, en el artículo 3 de la misma cuestión 79]. Es irrelevante para el entendimiento como tal si le damos uso práctico a lo que entendemos o meramente consideramos verdadero. El entendimiento especulativo difiere del práctico en el fin. La mente práctica sólo planea lo que hacemos, no llega a hacerlo en realidad; y planear es un tipo de entendimiento. Lo verdadero y lo bueno se implican mutuamente, pues lo verdadero es un cierto bien. De no ser así, no sería deseable. Y lo bueno es verdadero, porque, de otro modo, no sería inteligible. Por lo tanto, así como lo verdadero puede ser objeto del apetito bajo el concepto de bueno, como sucede cuando alguien desea conocer la verdad, así también lo bueno es aplicable a la acción bajo el aspecto de verdadero, que es el objeto del entendimiento práctico”. El énfasis es del editor. McDermott traduce lo que normalmente se conoce como “derecho natural” como “el derecho que tenemos en nosotros por naturaleza”. Yo lo llamaré “derecho natural” en mi texto, pero respetaré la traducción de McDermott cuando lo cite.

⁸³ En 1a 2ae, nota 94, Aquino habla del derecho natural, o, en la traducción de McDermott, del “derecho que tenemos en nosotros por naturaleza”; en 1a, 2ae, notas 57-79, habla de justicia.

⁸⁴ “Donc, a nous autres qui ne sommes pas intelligences pures, mais âme et corps, pétris de matière, toute connaissance de la nature vient par l’intermédiaire des sens; il en résulte pour saint Thomas comme pour Aristote que la méthode du droit naturel partira de l’observation des faits, qu’il s’agira d’une méthode expérimentale.” [Por ende, para nosotros que no somos inteligencia pura, sino alma y cuerpo, pedazos de materia, todo conocimiento de la Naturaleza se da a través de los sentidos; así, tanto para santo Tomás como para Aristóteles, el método del derecho natural parte de la observación de los hechos y se trata de un método experimental] (Villey, 1975: 126) [trad. del autor].

⁸⁵ 1a, nota 101; Aquino, 1989: 149 [trad. del autor].

⁸⁶ “Dos consecuencias: los resultados del estudio del derecho natural, así conducido, tienen toda la oportunidad de ser realistas: harán justicia a las tendencias del hombre tal como es: con su necesidad de nutrición, de vida sexual, y el amor de las madres por sus bebés; y nuestra ‘inclinación’ hacia la ociosidad. Y por otra parte, siendo función del siempre limitado alcance de nuestra experiencia, serán siempre imperfectos, parciales, provisionales” (Villey, 1975: 126) [trad. del autor].

⁸⁷ El recuento siguiente, en gran parte, es un parafraseo de Villey: “A través de las ‘sustancias primarias’, los individuos tomamos progresivamente las ‘sustancias segundas’, los géneros, las especies, en el orden estático del universo; y, a través de los movimientos particulares del mundo, las ‘inclinaciones’ generales del hombre o de cierta especie de hombre; a través del deseo, los *fin*es en función de los cuales se organizan naturalmente los actos humanos —el orden dinámico de la vida—, más allá de los hechos de la naturaleza. Y es aquí donde el trabajo de la inteligencia (según esta filosofía clásica del derecho natural) conduce al conocimiento del derecho. Ya que, puesto que el orden está en la Naturaleza, éste es el orden que la ciencia toma de la naturaleza y el desorden que elimina. Nuestro intelecto, subdividido en ‘especulativo’ y ‘práctico’ sólo constituye una ‘potencia’ única en estas dos funciones (1a, nota 79, art. 11), y conocer la esencia de una cosa sería conocer su fin. La esencia de una cosa que persigue la inteligencia especulativa es su deber ser, su bien [...] Entonces, buscar, a partir de la observación, la naturaleza y los fines de los hombres y nos percatamos de lo que es” (1a, nota 79, art. 2; véase Aquino, 1989: 121-122) [trad. del autor].

⁸⁸ Según Aquino, esta percepción tiene que ver sólo con nuestra mente receptora, la cual es “una cierta susceptibilidad” de los humanos por la que nos percatamos de lo que es (1a, nota 79, art. 2; véase

Aquino, 1989: 121-122).

⁸⁹ Este proceso de abstracción se lleva a cabo por la habilidad de la mente, que Aquino llamó mente agente para distinguirla de la mente receptora (1a, nota 79, art. 3; véase Aquino, 1989: 22).

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Cabe señalar que la necesidad de tener ley es parte de la naturaleza humana, ya que, siguiendo a Aristóteles, Aquino parte del supuesto que es de la naturaleza humana ser un animal social y para poder ordenar la vida en sociedad necesitamos de las leyes para establecer qué es lo que le toca a quién. “La ley es una regla y medida conducta que induce a realizar ciertas acciones y disuade para hacer otras [...] la ley es en principio un producto de acción de razón planeada para servir a nuestra meta última, razón de felicidad humana; y, propiamente, de felicidad en común, porque cada individuo humano es parte de una comunidad completamente autocontenida” (nota 2 a.7; nota 3 a.1; nota 69 a.1; Aquino, 1989: 281; 1a, 2ae, nota 90, arts. 1-2) [trad. del autor].

⁹² Aquino considera que existen cuatro tipos de leyes: a) ley eterna: “el designio mismo de la gobernación de las cosas que existe en Dios como monarca del universo tiene naturaleza de ley. Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepto es eterno, síguese que la ley en cuestión debe llamarse eterna” (Aquino: 281; 1a, 2ae, nota 91, art. 1) [trad. del autor]; b) ley natural: “todas las cosas que se encuentran sometidas a la divina providencia están reguladas y medidas por la ley eterna; según consta por lo ya dicho, es manifiesto que participan en cierto modo de la ley eterna, a saber, en la medida en que, bajo la impronta de esta ley, se ven impulsadas a sus actos y fines propios. Por otra parte, la criatura racional se encuentra sometida a la divina providencia de una manera muy superior a las demás, porque participa de la providencia como tal, y es providente para sí misma y para las demás cosas. Por lo mismo, hay también en ella una participación de la razón eterna en virtud de la cual se encuentra naturalmente inclinada a los actos y fines debidos. Y esta participación de la ley eterna en la criatura racional es lo que se llama ley natural” (Aquino: 281; 1a, 2ae, nota 91, art. 2) [trad. del autor]; c) ley humana: “en el orden práctico, la razón humana ha de partir de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas. Y estas disposiciones particulares descubiertas por la razón humana reciben el nombre de leyes humanas, supuestas las demás condiciones que se requieren para constituir la ley” (Aquino: 281; 1a, 2ae, nota 91, art. 3) [trad. del autor]; y d) ley divina: “como el hombre está ordenado al fin de la bienaventuranza eterna, que sobrepasa el alcance natural de las facultades humanas, según ya expusimos, síguese que necesitaba ser conducido a su fin no sólo mediante las leyes natural y humana, sino también mediante una ley dada por Dios” (Aquino: 282; 1a, 2ae, nota 91, art. 4) [trad. del autor]. Dios provee este tipo de ley a través de la revelación, más concretamente a través de la Biblia en el Antiguo y Nuevo Testamento: “las cosas pueden distinguirse de dos maneras: bien como realidades diversas en su especie, cual es el caso del caballo y el buey, bien como lo perfecto y lo imperfecto dentro de la misma especie, cual sucede con el niño y el adulto. Y esta segunda es la distinción que media entre la ley antigua y la ley nueva” (Aquino, 1989: 282; 1a, 2ae, nota 91, art. 5) [trad. del autor].

⁹³ “La luz de la razón natural, por la que discernimos entre lo bueno y lo malo —que tal es el cometido de la ley—, no es otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros” (Aquino, 1989: 281; 1a, 2ae, nota 91, art. 2) [trad. del autor].

⁹⁴ “En lo tocante a los preceptos secundarios, que, según dijimos, son como conclusiones más determinadas derivadas inmediatamente de los primeros principios, también es inmutable en cuanto mantiene su validez en la mayoría de los casos, pero puede cambiar en algunos casos particulares y minoritarios por motivos especiales, que impiden la observancia de tales preceptos” (Aquino, 1989: 288; 1a, 2ae, nota 94, art. 5) [trad. del autor].

⁹⁵ “A la ley natural pertenecen, en primer lugar, ciertos preceptos comunísimos que son conocidos de todos, y luego, ciertos preceptos secundarios y menos comunes que son como conclusiones muy próximas a aquellos principios. Pues bien, en cuanto a los principios más comunes, la ley natural no puede en modo alguno ser borrada de los corazones de los hombres, si se la considera en lo universal. Puede ser abolida, sin embargo, en algún caso concreto cuando, por efecto de la concupiscencia o de otra pasión, la razón se encuentra impedida para aplicar el principio general a un asunto particular” (Aquino, 1989: 286; 1a, 2ae, nota 94, art. 6) [trad. del autor].

⁹⁶ “Sobre la continuidad del derecho positivo humano relacionado con el derecho natural. El trabajo de legislación es una prolongación del estudio de la ley natural —y toda ley humana deriva de la ley natural: sea por ‘conclusión’ (de aplicación a circunstancias históricas de un precepto extraído de la naturaleza), o por ‘determinación’ (de adición a los datos vagos de la ciencia del derecho natural, pero en el marco del derecho natural, para servir a los fines de la naturaleza) (nota 95, art. 2). Así, el derecho es a la vez fruto de la razón y la voluntad; de razón en tanto que deriva de la ciencia de la Naturaleza — de voluntad humana como potencia legislativa le añadió fijeza, forma escrita rígida y precisión. En total, si ciencia del derecho natural es vaga, quedará en nuestras instituciones su parte más arbitraria” (Villey, 1975: 132).

⁹⁷ “Pero sobre todo, la obra de santo Tomás devuelve a los juristas el sentido de la función legisladora [...] porque la doctrina clásica del derecho natural concibe este último como incompleto, informe por sí mismo, y cambiante, santo Tomás restaura la ley” (Villey, 1975: 133) [trad. del autor].

⁹⁸ “Hasta el final del antiguo régimen, la doctrina conservaría el rol principal en la elaboración del derecho” (Villey, 1975: 133) [trad. del autor]. Y si aceptamos las conclusiones de Gordley, la doctrina como fuente de contenido jurídico ha persistido más allá de la Revolución francesa (véase Gordley, 1991).

⁹⁹ “Ahora bien, estas ideas agustinianas se habían vuelto fuente de desconcierto y de mala conciencia, porque en la práctica el derecho cristiano, de origen puramente sacro, había dejado de responder a las necesidades sociales. Resultaba necesario que una nueva teología y una nueva filosofía justificasen el cambio del derecho. Ya que no era suficiente haber reencontrado, como lo habían hecho los glosadores, los textos del *Corpus iuris civilis*, para garantizar su aplicación todavía era necesario establecer y convencer a los legalistas de que esta tarea fuera justa; al mismo tiempo que se tomaba conciencia del origen pagano de los textos, cuya autoridad había cesado tras el imperio de Justiniano. No bastaba, tampoco, con devolver su apariencia original a los textos romanos, puesto que correspondían mal a las condiciones de vida medievales; se requería adaptar los textos a un nuevo mundo (lo que realizaron, especialmente, los posglosadores); se requería de una jurisprudencia y una legislación nuevas, que más allá del derecho romano fuese restaurada su fuente viva, restaurada la filosofía que en otro tiempo había cimentado su autoridad y presidido su génesis” (Villey, 1975: 121-122) [trad. del autor].

¹⁰⁰ “Así se encuentra filosóficamente establecido el rol creativo autónomo de la doctrina. Es legítimo confiar a una clase de expertos, de sabios, además de ‘prudentes’, el cuidado de leer la naturaleza, y la empresa de extraer estas normas que oculta en su seno; y estas normas valdrán por ellas mismas, debido a la naturaleza que expresan (*ius naturae*), simplemente porque ellas traducen —de manera más o menos adecuada— el orden implícito en la naturaleza, sin tener necesidad de disfrutar de autoridad alguna otorgada por mandato del Estado” (*ibid.*, 1975: 166) [trad. del autor].

¹⁰¹ “La competencia autónoma de la doctrina descansa sobre la filosofía del derecho natural” (*ibid.*, 1975: 69) [trad. del autor].

¹⁰² Villey enfatiza explícitamente el impacto de la obra de Aquino sobre el derecho con consecuencias políticas y legislativas específicas: al explicar la necesidad de legislación positiva para adaptar el derecho natural a las necesidades históricas concretas del momento, Aquino habilitó a las autoridades políticas para que produjeran una abundante legislación nueva. Los decretos del papado, según Villey, eran presentados, después de Aquino, ya no como actos judiciales e interpretaciones de una ley permanente, sino como ley nueva adaptada a las circunstancias históricas. No obstante, considera que las más beneficiadas fueron las comunidades políticas seculares, las cuales durante la segunda mitad del siglo XIII y todo el XIV confirmarían su existencia como Estados modernos: “La filosofía de Santo Tomás perfectamente ha respondido a las necesidades y a las posibilidades de los modernos Estados nacientes” (véase Villey, 1975: 174-175) [trad. del autor].

¹⁰³ Cuando pregunté al profesor Gordley su opinión sobre las libertades que se tomaron los posglosadores de los textos, y la posibilidad de atribuirlo a su familiaridad con Aquino y Aristóteles, respondió que no es muy probable. Los juristas medievales —recordó—, además de Sassoferrato y Ubaldo, que no conocían a Aquino ni a Aristóteles tanto como ellos, también se estaban tomando cada vez más libertades con los textos. Creo que el tema requeriría mayor investigación pero, de cualquier

forma, siendo mayoritariamente teólogos, los escolásticos segundos fueron influidos más directamente por las obras de Aquino que por las obras de juristas como los posglosadores. En un artículo muy interesante en el que compara la obra de Baldo de Ubaldi con la de los últimos escolásticos en dos temas específicos, Gordley concluye lo siguiente: “En su búsqueda de principios, mientras tenazmente comprendía sus textos, Baldo llevó el enfoque de los juristas medievales tan lejos como éste podía ser llevado hacia una dirección filosófica” (Gordley, 2000: 820-836). Esta estricta adherencia a los textos puede ser lo que separa a los juristas medievales de los escolásticos segundos. También es importante hacer notar el carácter normativo que las *regulae* habían adquirido entre las generaciones tardías de glosadores, lo que puede considerarse que marcó la pauta para los teólogos y juristas posteriores. Véase el apartado “[Interpretación de los textos](#)”.

¹⁰⁴ “Sin esta supervivencia del tomismo en la cultura europea, no podríamos explicar que la doctrina haya ocupado el papel principal en la elaboración del derecho (que debe mucho más a Domat, Puffendorff y Pothier que a las pretendidas leyes voluntarias del pueblo o de su representante), ni la persistencia de los estudios de doctrina jurídica romana” (Villey, 1975: 357) [trad. del autor].

¹ En la segunda parte del capítulo I —“La creación: el ascenso de la doctrina jurídica”— ilustré cómo el modelo teleológico-conceptual implica, primero, identificar la finalidad propia de una cosa; luego, elaborar una definición, y por último, derivar las consecuencias normativas de esa definición. Fue un método construido con la teoría de las cuatro causas de Aristóteles.

² Estos ejemplos han sido seleccionados con base en los criterios siguientes: 1) ilustran el uso de la metodología salmantina para resolver cuestiones jurídicas; 2) los autores fueron intelectuales prominentes e influyentes en su tiempo, y 3) sus obras fueron escritas en español, o bien han sido traducidas del latín, haciéndolas accesibles al autor de este texto.

³ Primero, la encomienda regulaba la relación de los españoles con los indios en dos aspectos fundamentales: la explotación de la mano de obra indígena y la conversión al catolicismo. El establecimiento de derechos y obligaciones entre los diferentes elementos de la sociedad hispánica y la población india era el problema toral en la estructuración temprana de la Nueva España, y la encomienda fue la institución jurídica clave para lograrla. Segundo, al controlar el comercio y el crédito, los mercaderes se convirtieron en una clase poderosa en la empresa colonial de España en América. En la ortodoxia católica, sin embargo, el comercio y el crédito conllevaban prácticas dudosas al borde de la usura y otras formas de enriquecimiento inaceptables. La clase comerciante y la actividad mercantil tuvieron que proyectarse en términos aceptables para el sistema de valores católicos y para los círculos sociales de élite. Por último, el nombramiento de cargos eclesiásticos resultaba vital para la estructura política y económica de la Nueva España. Fue a través de la Iglesia como España logró integrar y controlar a la población indígena; de manera que la cuestión de quién atendería las necesidades espirituales de esta población se tradujo en quién administraría los principales recursos humanos.

⁴ Véase Lockhart y Schwartz (1983: cap. 3): “La idea de supervisión directa por parte de la Corona de la expansión territorial, si es que alguna vez tuvo validez, rápidamente desapareció ante las realidades de las Indias. La ocupación española de amplios territorios de América ocurriría al estilo de relevos, con cada área nueva convirtiéndose en la base para un nuevo avance. La iniciativa esencial era la local; las condiciones locales determinaban el tiempo, y el personal, el capital y los materiales eran organizados a nivel local. Dadas las distancias y las tensiones inherentes, cada área nueva pronto se independizaba de la anterior. El proceso era más o menos de la siguiente manera: una figura o figuras con poder y antigüedad en una área determinada proponían la adquisición de un territorio conocido pero aún sin ocupar, relativamente cerca, y el gobernador local aprobaba la empresa, a veces hasta ayudaba a organizarla, con la esperanza de que la nueva adquisición se convirtiera en parte de su propia jurisdicción. Pero apenas el líder de la expedición se encontraba con éxito, le escribía a la Corona pidiendo una gubernatura separada, la cual normalmente se le otorgaba” (*ibid.*, 78) [trad. del autor].

⁵ Existían los fueros locales y, más extensivamente, familias de fueros que daban a cada pueblo y ciudad un régimen jurídico peculiar; existían privilegios que la Corona extendía a grupos específicos, entre ellos los nobles, los mercaderes, el clero, los artesanos, los profesores universitarios, los estudiantes, etc.; existía el derecho canónico; existía el derecho civil, y existía, por supuesto, el derecho real. Los fueros eran esferas de jurisdicción u órganos especiales de derecho respecto de lugares, grupos o sujetos específicos. Tenían una naturaleza un tanto contractual, y en cierto modo eran esferas de derecho autocontenidas y paralelas la una a la otra, o a la legislación real y eclesiástica. “La palabra ‘fuero’ proviene de *forum*, un tribunal o foro, y de ahí que la ley que un tribunal emplea, la ley, en otras palabras, en vigor en la sede de un tribunal, sea la *lex fori*. A través de los años, el término adquirió diversos significados. Podría ser un título para fundar un nuevo centro de población en territorios arrebatados a los moros o en tierras despobladas, tierras de nadie (*Carta de población*), exponiendo —entre el rey u otra autoridad competente y los habitantes designados— las condiciones bajo las cuales las tierras y sus accesorios se otorgaban. De mayor importancia eran otros tres tipos de fueros: títulos, otorgados por el rey u otra autoridad competente a los poblados, liberados de los moros, para su gobernabilidad (fueros municipales); estatutos especiales otorgados por el rey a instituciones o grupos sociales (la Iglesia, la nobleza, los mozárabes, los mudéjares), y series de leyes de validez en todo el

estado (fueros generales), entre los cuales el Fuero Juzgo era el prototipo; estos fueros generales variaban de un reinado a otro” (Van Kleffens, 1968: 124-125) [trad. del autor; las cursivas son mías]. Las familias de fueros eran grupos de fueros idénticos o similares, que tenían un origen común en el fuero prototípico. Las familias de fueros resultaron de especial importancia en el proceso de unificación del derecho ibérico: ante la necesidad de uniformidad y unidad, por una parte, y la independencia celosamente cuidada de los pueblos y ciudades, por la otra, los reyes de los finales de la Iberia medieval encontraron una solución al dilema al otorgar fueros idénticos a cuantos pueblos fuese posible, e incluso concediendo como fuero local una copia exacta del fuero general real, que se aplicaba en la Corte (*ibid.*, 154).

⁶ La unificación de la mayoría de las unidades políticas cristianas de la península ibérica, en lo que hoy conocemos como España, es producto de la unificación de las coronas de Castilla y Aragón por medio del matrimonio real entre Fernando de Aragón e Isabel de Castilla a finales del siglo XV y, a principios del siglo siguiente, de la herencia de ambas coronas por parte de sus descendientes —siendo el famoso de ellos el sacro emperador romano Carlos V, I de España—. Castilla financió las primeras exploraciones y la colonización de América, y se adjudicó el dominio legal sobre ella. Así, las leyes y las instituciones jurídicas de Castilla fueron las más importantes en el trasplante del derecho occidental hacia América.

⁷ Tres de estos privilegios eran clave. Primero, el derecho de presentación, o sea, el derecho de nombrar a los prelados de la Iglesia en los dominios reales. Segundo, el pase regio o *exequatur*, el cual permitía que las autoridades reales examinaran y nulificaran las bulas papales u otras órdenes papales si entraban en conflicto con el regio patronato. Por último, el recurso de fuerza o el derecho de revisar y revocar las decisiones de los tribunales eclesiásticos, convirtiendo así a la autoridad real en un tribunal de apelaciones de la autoridad eclesiástica (Rivera Marín, 1988: 91).

⁸ “Antes de 1539, la Corona había basado la vigencia de ambos [soberanía, *i. e.*, *imperium*, y derechos de propiedad, *i. e.*, *dominium*] en las *Bulas de Donación* de Alejandro VI en 1493. Éstas le habían otorgado a Fernando e Isabel soberanía sobre las tierras que descubriesen en el Atlántico y que no estuvieran previamente ocupadas por algún príncipe cristiano. Pero la facultad para otorgar tales donaciones se basaba en la presunción papal de autoridad temporal, tanto sobre cristianos como paganos, y aunque Fernando estaba perfectamente dispuesto, por lo menos tácitamente, a aceptar dicha presunción, sus sucesores se encontraron con papas menos dóciles que Alejandro VI, que se mostraban inseguros por lo que este tipo de donaciones pudieran implicar para los ámbitos políticos locales. La ‘plenitud de poder’ papal, sin bases en el derecho natural, era también un concepto que tanto juristas como teólogos no aceptaban tan fácilmente. Sin embargo, una vez que las bulas habían sido despojadas de sus pretensiones cesariano-papales, sólo imponían a la Corona el deber de evangelizar; pero no podían otorgarle el derecho correspondiente; y, sin tal derecho, de ninguna manera quedaba claro que los españoles pudieran establecer poblados legítimos en las Antillas, mucho menos tomar tierras y en efecto las personas de sus habitantes” (Pagden, 1991: 14) [trad. del autor].

⁹ La distinción entre clero “secular” y “regular” es importante. “Secular” —del latín *saeculum*, que significa “edad”, “lapso de tiempo” o “generación”— se usaba para denotar al mundo, o los tiempos, en contraposición al aislamiento de la contemplación divina. El clero secular era el clero que se adentraba en el mundo o en los tiempos, a diferencia del clero que se mantenía aislado en la vida monástica u otro tipo de régimen religioso. El clero “regular” —del latín *regula* o regla— era el clero sujeto a una “regla” o a una orden religiosa específica. En cuanto a la organización de la Iglesia católica, la distinción básicamente significaba que el clero secular era la jerarquía de la Iglesia que, partiendo del papa, a través de arzobispos, obispos, hasta llegar a los párrocos, jugaba el papel fundamental de atender el alma del hombre común. El clero regular, en cambio, estaba ya sea aislado en la contemplación monástica o haciéndose cargo de una serie de tareas específicas establecidas por la “regla”, o carta fundamental, de la orden religiosa. Las reglas religiosas podían requerir de sus miembros más que la mera contemplación, como, por ejemplo, la evangelización, el estudio, cuidar a los enfermos, etc. En América, ciertas órdenes tenían disposiciones que les permitían evangelizar a la población local y atender las necesidades cotidianas de su rebaño, una tarea que normalmente estaba reservada para el clero secular.

¹⁰ Con pensamiento jurídico me refiero a las cuestiones que hoy consideraríamos esencialmente jurídicas, pero que en ese entonces se consideraban del dominio de la teología o filosofía moral, y no del derecho.

¹¹ Véase *supra* nota 4. Margadant (2001: 65), además, dice que la inversión financiera de la Corona en expediciones de conquista fue mínima.

¹² Margadant identifica una multiplicidad de órdenes jurídicos en Hispanoamérica: *a*) leyes que regían a América elaboradas por autoridades ubicadas en España (derecho indiano peninsular); *b*) leyes promulgadas por autoridades reales en América y que regían en su jurisdicción (derecho indiano criollo); *c*) derecho castellano; *d*) derecho canónico (derecho canónico general, así como derecho canónico específico para las Américas); *e*) el *ius commune* (a su vez dividido en doctrinas desarrolladas a partir del derecho civil, y doctrinas desarrolladas a partir del derecho canónico), y *f*) las costumbres jurídicas de las comunidades indias. A estas fuentes formales de derecho, Margadant añade un grupo informal: *g*) las costumbres desarrolladas en la aplicación del derecho indiano criollo y del derecho indiano peninsular, y *h*) las costumbres en torno al derecho castellano (Margadant, 2001: 59-60).

¹³ Según Barrientos Grandón, *Las Leyes del Toro* de 1505 le restaron al *ius commune* (en particular al derecho civil romano y a las doctrinas que evolucionaron en torno a éste durante la Edad Media) su fuerza obligatoria. El derecho real castellano habría de convertirse en derecho común en todos los territorios del rey. Este derecho, sin embargo, era por lo general una reformulación del *ius commune*. El rey había atraído al *ius commune* bajo su autoridad, quitándole su autoridad independiente, aunque, sin embargo, no cambió gran parte de su contenido (Barrientos, 1993: 26). *Las Siete Partidas*, y con ellas la validez formal del *ius commune*, habrían de durar más que la autoridad real que las trajo a América; habrían de perdurar durante la mayoría de los movimientos de independencia en Hispanoamérica, y, finalmente, sucumbirían a la codificación del siglo XIX (véase *ibid.*, 34).

¹⁴ Aun cuando no se citaba directamente, el derecho romano también estaba presente en los principios y en las referencias a argumentos comunes, familiares para todos aquellos con una educación jurídica común (*ibid.*, 231-233).

¹⁵ También menciona que esta tradición de citar a otras figuras de autoridad ocurría por lo general de una de tres maneras: *a*) de manera general y amplia (*i. e.*, “es de aceptación común”, “autores reconocidos”, “la doctrina de los autores”, “la inteligencia de doctores”), que puede encontrarse en los escritos tanto de litigantes como de jueces (*ibid.*, 241-242 y 244); *b*) a través de recopilaciones publicadas sobre opiniones autoritativas acerca de materias específicas (lo que significaba que muchas de las referencias eran extraídas de un catálogo previamente existente), y por último *c*) haciendo citas directas de un autor específico (*ibid.*, 241 y 246-247).

¹⁶ Con el tiempo, las publicaciones que llegaban a América como parte de la tradición de comentarios sobre textos cambió de manera importante en un aspecto: del texto justiniano fueron a comentarios sobre el derecho real (Barrientos, 1993: 66). Dado que la educación jurídica todavía estaba basada en el *Corpora*, este cambio no transformó los entendimientos jurídicos de manera considerable sino hasta el siglo XVIII.

¹⁷ La élite de Nueva España estaba dividida. La parte española estaba fraccionada entre los descendientes de los conquistadores y los que llegaron más tarde, que controlaban el comercio y tenían mucha influencia en la minería. La élite criolla local también se dividía por la competencia regional, sobre todo entre Puebla y la Ciudad de México. La Iglesia estaba dividida entre las órdenes regulares y la jerarquía secular. Lo más importante para la élite intelectual era que la burocracia, atada a la autoridad real, estaba dividida: entre la burocracia real —en sentido estricto— y la jerarquía eclesiástica secular (contrapuesta a la regular) bajo la tutela de la Corona (Chocano, 2000: 27-33). Los distintos grupos y clases sociales recurrieron al aparato estatal en su intento por mantener sus privilegios y proteger sus intereses. Por consiguiente, todos los grupos tejieron una red de relaciones en torno a las dos jerarquías locales: la eclesiástica y la común, centradas en el arzobispo de México y el virrey, respectivamente. Las burocracias reales paralelas ofrecían la fuente más segura de prestigio y poder. El acceso a un puesto burocrático dependía de tres recursos clave: linaje, fortuna y educación. A diferencia de los dos primeros, la educación superior dependía, hasta cierto punto, de lo que la persona

hiciera o dejara de hacer, significando así el único rubro en el que la ventaja comparativa se podía mejorar (*ibid.*, 72).

¹⁸ Administraba hospitales, poseía bienes considerables, ofrecía crédito y educación y hasta ejercía una jurisdicción bastante amplia. La organización territorial de la Iglesia estaba presente en casi todas partes: episcopados, parroquias, sacristías, divisiones eclesiásticas, conventos y hospitales, entre otros.

¹⁹ Las tensiones entre la Audiencia, la Iglesia secular y las órdenes religiosas se extendían en todas las direcciones posibles (las rivalidades entre las distintas órdenes religiosas complicaban la situación aún más, pero eso lo dejaré de lado). Sin embargo, dada la agresividad con la que la Iglesia secular buscaba espacios más y más grandes, las autoridades civiles y la Iglesia regular a menudo se apoyaban mutuamente para contrarrestar el expansionismo de la Iglesia secular. En este caso, la agenda de la Iglesia secular de despojar a las órdenes religiosas de las parroquias indias requería tener a la universidad bajo control, para fortalecer el derecho canónico en perjuicio de otras facultades. Esto enfrentó a la Iglesia regular con las autoridades civiles.

²⁰ Durante casi todo el periodo colonial, las autoridades reales preferían a los abogados civilistas europeos para integrar la Audiencia. Ya que los puestos más altos a los que podían aspirar (oidores en la Audiencia) al parecer les eran negados, los jóvenes criollos buscaban carreras en derecho civil relativamente menos que en derecho canónico, donde no había tanta discriminación abierta en su contra.

²¹ Mientras que la Facultad de Cánones estableció rápidamente cursos y admitió algunos estudiantes, la de Derecho Civil suspendió cursos por varios años y siempre tuvo menos estudiantes (González G., 2004: 24). Derecho Civil ofrecía menos oportunidades profesionales para los egresados en comparación con Cánones. Esta situación convirtió a Cánones y Teología en las facultades más populares y mucho más grandes (Chocano, 2000: 174). Según Enrique González G., la proporción de estudiantes de derecho canónico en la universidad pocas veces estuvo por debajo de 25% del número total de estudiantes, y más bien mostró una tendencia al alza: siempre más de 43% después de 1740, promediando 45% de la población estudiantil; derecho civil, por el contrario, aparecía en tercer lugar, por debajo de teología y por encima de medicina, sin acercarse nunca a 20% de la población, y cayendo hasta 3.8% después de 1810 (González G., 2004: 26).

²² Los bachilleres tanto de derecho civil como de derecho canónico estaban obligados a pasar cinco años en la universidad. Los segundos debían llevar cinco cursos de un año del curso principal —*Prima de Cánones*—; dos cursos de un año del *Decreto*; uno de *Instituta* (el Instituto de Justiniano); uno de Clementinas, y uno de Vísperas. Los primeros debían llevar cinco cursos de un año del principal *Prima de Leyes* (en el que se estudiaba el *Digesto* de Justiniano); cinco cursos de un año de *Vísperas* (en el que se estudiaban partes del Código de Justiniano), y dos de *Instituta* (los Institutos de Justiniano). Los bachilleres canonistas podían obtener el título en derecho civil si, además, llevaban dos años de *Vísperas* y el principal de *Derecho Civil*, y los abogados civilistas podían obtener el título en derecho canónico si llevaban dos cursos principales sobre el *Canon* y dos sobre *Vísperas* o el *Decreto* (González G., 2004: 27).

²³ Por ejemplo, en el primer año de *Instituta* (el único curso en común para todos los abogados canonistas y civiles), el profesor debía enseñar los títulos *De patria potestate*, *Dentiis qui sui vel alieni iuris*, *De tutelis*, y todos los títulos siguientes hasta el final del primer libro del *Institutos* de Justiniano [parte del *Corpus iuris civilis*] (Vargas, 2001: 88).

²⁴ Las subsecuentes constituciones del virrey Palafox (operativas a partir de 1649) no detallaban cuáles pasajes se debían leer cada año. Esta omisión puede apuntar hacia la flexibilización de la reglamentación de las clases o bien hacia un entendimiento común sobre cuáles lecturas correspondían a cada año. Sí conservaban la división de clases en medias horas (Vargas, 2001: 102).

²⁵ “Cualquier juicio sobre la naturaleza de los indios —y al final de cuentas esto determinaba el debate acerca de la justicia de la Conquista— había de tener su origen en un esquema que ofreciera una explicación de la estructura de todo el mundo, de la naturaleza y el comportamiento de todo, animado y no animado, dentro de él. Cualquier intento de introducir un nuevo elemento a ese esquema podía, si se concebía con maldad, amenazar el todo. Lo que los hombres de la facultad enfrentaban no era simplemente la necesidad de resolver un enredo político, lo que hubiera significado contestar preguntas

hechas en términos de ley humana (*lex humana*), sino que, dado que la única solución era, como Vitoria diría más tarde, una cuestión de ley divina (*lex divina*), también tenían que resolver cuestiones de naturaleza primordialmente ontológica: ¿qué o quiénes eran estos ‘indios’ y cuál era su relación con los pueblos de Europa?” (Pagden, 1982: 28) [trad. del autor].

²⁶ Vitoria, al definir a los indios y correspondientemente tratar la legitimidad de la presencia real en América, se interesaba en los conflictos generales de la Reforma protestante. Tuvo que construir al indio como un súbdito de la Corona totalmente humano y racional; pero también aprovechó la oportunidad para definir a la Corona como súbdita de las leyes de Dios. Al hacerlo, su propósito era refutar a los pensadores protestantes que consideraban que la autoridad del rey provenía de la voluntad de Dios, no de sus leyes (iluminadas por la razón y no sólo por la voluntad divina, por lo que eran, hasta cierto grado, cognoscibles para el hombre). “Era central, para el proyecto de Vitoria, refutar el reclamo de los ‘herejes modernos’ de que la autoridad del príncipe dependía no de las leyes de Dios sino de su gracia, y que si cualquier príncipe caía de la gracia de Dios, podría ser legítimamente depuesto por sus súbditos o por otro gobernante más devoto. El ataque de los tomistas al argumento que los apologistas de la Corona habían usado hasta ese momento para legitimar la ocupación de América, y los utilizados, como se verá, por personas entre las que se encontraba el más enérgico defensor del imperialismo español —Juan Ginés de Sepúlveda— y varios abogados canonistas, al final volvían a este punto. Ya que, a fin de cuentas, a Vitoria y a sus sucesores les interesaban mucho menos las particularidades del caso americano que las oportunidades que presentaba para refutar las teorías luteranas y calvinistas sobre la soberanía” (Pagden, 1982: 18) [trad. del autor].

²⁷ “Lo que el encomendero tenía, entonces, era una cesión inalienable, obtenida a placer del gobernador, de la mano de obra de los súbditos de uno o varios caciques” (Lockhart y Schwartz, 1983: 69) [trad. de autor]. Los caciques eran jefes indios o principales en un poblado o una comunidad india.

²⁸ La encomienda atañía varios aspectos importantes según Margadant. Primero, constituía la recompensa del conquistador. Segundo, incorporaba la población india a la economía española. Tercero, presentaba la oportunidad de concentrar y convertir a la población india. Por último, servía funciones militares y de seguridad, al mantener bajo control a los indios aún no subyugados (Margadant, 2001: 84). Esta forma de organización social tenía raíces antiguas tanto en España como en las primeras épocas de la conquista de América: en situaciones feudales, en territorios reconquistados a los moros, mediante los cuales los españoles que reconquistaban tierras obtenían derechos feudales sobre la población del territorio reconquistado (Margadant, 2011: 83, y Lockhart y Schwartz, 1983: 21-22). Más importante aún, la encomienda había sido una institución económica y política central durante la fase insular de la presencia española en América. Ya en tierra firme, la encomienda cambió. Era normalmente más grande y económicamente más importante de lo que había sido en las islas. “Era una cosa que un encomendero recibiera una aldea o dos en las islas caribeñas, y otra recibir una ciudad-estado en el México central. En México y Perú, los beneficiarios de las cesiones más grandes tenían las bases para crear complejos socioeconómicos muy incluyentes que a la vez fueran comerciales y de señorío” (Lockhart y Schwartz, 1983: 93) [trad. de autor]. Estas grandes cesiones atrajeron una mayor inmigración peninsular a las colonias en tierra firme que a las del Caribe. La inmigración, a su vez, requeriría aún más tierra y mano de obra india. La riqueza en tierra firme también atrajo mayor control de la Corona, lo que a la postre llevaría a la desaparición de la encomienda.

²⁹ Anthony Pagden (1982) ofrece un recuento agudo y espléndidamente detallado de este debate.

³⁰ A través de la burocracia y la legislación real, la Corona también mermó la élite de conquistadores / encomenderos, cuando apenas llegaba la calma después de la tormenta de la Conquista. En la Ciudad de México, el rey nombró a un virrey, su representante principal, en 1535. Otras autoridades reales jugaron papeles similares. La Audiencia, organismo colegiado de gobierno y tribunal real superior, había sido establecida ocho años antes, más o menos al mismo tiempo en que la jerarquía eclesiástica se afianzó con el nombramiento de Zumárraga como su primer obispo. Como ataque directo a la encomienda, se promulgaron nuevas leyes (parte de lo que se conoce precisamente como Nuevas Leyes) en 1542, limitando el alcance de la encomienda sustantiva y temporalmente. Limitantes legales a la encomienda ya habían sido promulgadas en 1512, pero la legislación de 1542

constituyó el desafío más importante para los conquistadores de tierra firme. Por una parte, estas leyes limitaban la encomienda solamente al pago del tributo (*i. e.*, la abolición de los servicios personales) (Margadant, 2001: 86). Por la otra, prohibían la herencia de las encomiendas, revirtiendo las cesiones a la Corona después de la muerte del encomendero. Esta medida encontró rebelión abierta en Perú y fuerte oposición en México, lo que derivó en la derogación parcial de las Nuevas Leyes de 1542, para permitir la herencia de la encomienda por una generación (*ibid.*, 52 y 84). Esta derrota parcial de la Corona no evitó que convirtiera su intento legislativo fallido en realidad en las décadas siguientes, cuando habían fallecido dos generaciones de encomenderos (Lockhart y Schwartz, 1983: 94-95). Muchas encomiendas perduraron hasta entrados los siglos siguientes. Una relación puntual de las encomiendas y sus beneficiarios se incluye en el apéndice de *Los aztecas bajo el dominio español 1519-1810*, de Charles Gibson (1964).

³¹ Las poblaciones indias concentradas facilitaban la explotación y la conversión en comparación con los asentamientos dispersos. Dos autoridades distintas controlaban estos poblados indios. Por una parte, su conversión, aunque a veces era formalmente responsabilidad del encomendero, caía en manos de un clérigo (pagado por el encomendero, cuando fuera necesario). En un principio, el clérigo típico era un fraile mendicante, pero después el cuidado de las almas indias sería transferido a la jerarquía clerical secular. Segundo, todos los poblados dentro de un distrito estaban bajo la protección y administración de los oficiales de la realeza conocidos como “corregidores de indios”. Estas dos figuras también le sirvieron a la Corona para mantener a los encomenderos bajo control, tutelando su fuente de mano de obra.

³² “A diferencia de los padres seculares, quienes enfrentaban al encomendero cara a cara sin ningún recurso aparte de los propios, las órdenes tenían la fuerza corporativa para alejarse de algunos de los aspectos de dependencia. Su práctica general de rotar los puestos rápidamente evitó que los lazos se volvieran demasiado fuertes en cualquier circunstancia. Y donde las condiciones eran las propicias, los monasterios que se establecían en las cabeceras más grandes [los principales poblados indios] tenían de dos a cuatro frailes y servían conjuntamente de encomiendas, una vez más debilitando la dependencia en cualquiera de ellas” (Lockhart y Schwartz, 1983: 109-110) [trad. del autor].

³³ Los clérigos regulares también estaban relativamente alejados del Regio Patronato, ya que dependían directamente de sus propios líderes en Roma. Con el tiempo, la Corona habría de desplazar al clero regular para darle entrada al clero secular —el cual dependía directamente del Regio Patronato— para el cuidado de la población india. Por su parte, la población secular española no simpatizaba con los regulares, no sólo por su labor de protección de los indios. También competían por el mismo universo de mano de obra india, que las órdenes utilizaban extensamente para construir los grandes complejos religiosos que hasta hoy en día se encuentran en las ciudades y provincias de México (Margadant, 2001: 124). Felipe II habría de expandir la jerarquía de la Iglesia secular, sobre la que ejercía enorme control, para contrarrestar a los frailes. El clero secular, sin embargo, en un principio era escaso y contaba con poca preparación. También era pobre (González G., 1986: 464; véase también Mengus, 2001: 23). El arzobispo no era otro más que el obispo de la Ciudad de México. La posición tomó rápidamente un estatus superior dada la importancia —y la distancia— de la capital colonial.

³⁴ La información biográfica fue tomada de las siguientes fuentes: Heredia Correa, *Alonso de la Vera Cruz: Augurios de una nueva nación* [inédito en 2004]; Beuchot, 2002: 5, y Vera Cruz, 2000: I-II.

³⁵ Forjó una carrera distinguida como educador. Primero dio clases en México, de 1537 a 1549, y después lo enviaron a la provincia de Michoacán, donde los agustinos fundaron su primer colegio en el que se impartían cursos superiores y donde nuestro fraile fundó la primera biblioteca en América. Después de sustituir brevemente a Vasco de Quiroga como obispo de Michoacán, en 1542, fue nombrado prior del convento agustino de Tacámbaro, donde una vez más dio clases de arte y fundó una biblioteca, para luego mudarse al convento de Atotonilco y continuar dando clases. En 1548 fue elegido provincial de su orden. Bajo su administración se fundaron muchos conventos. La Corona notó su prominencia y le ofreció la diócesis de Nicaragua, pero el fraile la declinó.

³⁶ Ambos hablan de los temas cruciales del momento. El que se perdió, *De decimis*, trata de si es correcto extraer el diezmo de los indios. Su opinión en estos asuntos (cuestionando la capacidad de la

Iglesia de cobrar impuestos a los indios) a la postre lo obligaría a partir de América e ir a España a defenderse de acusaciones de herejía.

³⁷ Vera Cruz se encontraba definiendo versiones embrionarias de conceptos con los que trabajamos hoy en día. Por ejemplo, la noción de *dominium* se utiliza en ocasiones para referirse a algo parecido a lo que hoy conocemos como soberanía, pero en otras se enmarca más como la noción actual de posesión (Vera Cruz: 2000, XXVIII).

³⁸ Vera Cruz, 2000: 1-12. Al citar las dudas I y II del *De dominio infidelium* de Vera Cruz, me refiero a la duda correspondiente seguida por el número del párrafo. En mi trabajo con estas dos dudas utilizo el siguiente paginado de la traducción de Roberto Heredia en *Vera Cruz. De dominio infidelium*: la cita sería así I.1. En las dudas IV y V utilizo la traducción de Ana María Álvarez Gallardo y María Edith Castillo en *Fray Alonso de la Vera Cruz. Antología*, y en la Duda XI, la de Paula López Cruz de la misma recopilación. En estos últimos casos incluyo la duda y la página.

³⁹ Si mi interpretación de la forma en que los salmantinos identificaban propósito, causa final y causa formal del accionar humano es correcta, debemos considerar que el propósito de la transferencia del dominio (para conseguir el bien común) es, a la vez, la causa final y la causa formal del dominio justo, su esencia. Una interpretación alternativa sería considerar como causa formal la definición misma del concepto. En todo caso, le doy el mismo sentido a causa final y causa formal en tanto que la definición se afianza principalmente en la causa final, y el resultado final de cualquiera de las dos interpretaciones es que no hay necesidad de identificar un cuarto elemento, aparte de la definición como la causa formal. Esta ecuación de causas formales y finales se tornará relevante más adelante cuando Vera Cruz sostiene que, cuando no se consigue el bien común, no existe dominio justo, es decir, no existe el dominio propiamente dicho (véase I.11, p. 126).

⁴⁰ Aquí vemos un ejemplo de las consecuencias de la identificación entre causa final y causa formal, mencionadas en la segunda parte del capítulo I de este trabajo: si el propósito de una cosa no se busca, esa cosa no es lo que pretende ser. En otras palabras, el que no se busque la causa final implica no conseguir la causa formal (véase *supra* nota 39, y también la sección sobre la “Obra doctrinal de los escolásticos segundos”, en el capítulo I de este mismo texto).

⁴¹ Los casos que aborda aquí parece que están pensados teniendo el caso de las Indias en mente, ya que no exploran todas las posibilidades teóricas, sino que parecen estar enfocados específicamente en el caso del encomendero. Al llegar al párrafo I.16 se refiere ya explícitamente al *comendero* o encomendero.

⁴² Vera Cruz utiliza los términos “rey” y “emperador” en ocasiones con significados diferentes, y en otras con significados intercambiables. Se debe tener en mente que, además de las ambigüedades inherentes al utilizar el vocabulario del Imperio romano, que habla de emperadores y no de reyes, existe una ambigüedad adicional particular en el caso de la España de principios del siglo XVI, debido a que el Sacro Imperio Romano y la Corona de España recayeron sobre la misma persona durante un periodo considerable.

⁴³ En el universo filosófico de Vera Cruz no existe todavía una distinción conceptual clara entre poseer y ejercer dominio sobre una comunidad.

⁴⁴ Aquí, al referirse a “poblaciones” y no a tributo, probablemente está diferenciando entre el pago de tributo con bienes, o con mano de obra personal, siendo el primero justamente otorgado por el gobernador promedio, y requiriendo el segundo autorización especial del rey.

⁴⁵ Estas conclusiones normativas claramente cuadran con la función delimitadora que cumplían los frailes mendicantes de frenar el poder del encomendero (como se dijo en la primera sección de este capítulo).

⁴⁶ Vera Cruz no necesita correlacionar explícitamente cada uno de los elementos con las cuatro causas, ya que ésta es la estructura subyacente de toda la empresa, y sus lectores deben de haberlo comprendido así. No necesita repasar las situaciones reales que inspiran sus distinciones, o justificar por qué se eligen tales distinciones y no otras: los temas y los tipos mencionados deben de haber sido identificados como relevantes de manera común. Los casos, al igual que las especificidades de las cuestiones resueltas, deben haber estado al alcance de su público.

⁴⁷ “Argumento en contra es que quien da o dona algo por alguna causa final, si ésta no se cumple, la donación no se mantiene, como se deduce del derecho civil, *Digesto* [...]” (Vera Cruz, 2000: 13). Nótese que aquí cita el *Digesto* justiniano para respaldar su argumento, lo que demuestra que, aunque no se enfrascaban en un diálogo, la teología moral y las ciencias jurídicas sí se entrecruzaban.

⁴⁸ En el párrafo II.70 Vera Cruz menciona que los juristas denominan “causa final” a las condiciones requeridas en dicha donación.

⁴⁹ Por supuesto, el encomendero no tenía que impartir la instrucción él mismo, pero al asumir los costos que conlleva tener un fraile para dar el sermón a los indios, servía los intereses del clero regular, del cual Vera Cruz formaba parte. Colocar la carga específica del cuidado de los indios sobre el encomendero también hacía posible que las acusaciones de trato inhumano desacreditaran sólo a los encomenderos y no al rey, ya que al condicionar la donación de la encomienda a la instrucción de los indios, “se grava la conciencia del mismo encomendero y el rey exonera la propia” (II.55).

⁵⁰ El cual Vera Cruz distingue del propósito de instruir a los indios, porque este nuevo propósito no es “causa final”, sino “causa motiva, de algún modo impulsiva”, pero no explica lo que quiere decir con esto.

⁵¹ Una breve descripción de la ascensión de la clase comerciante se encuentra en Lockhart y Schwartz (1983: 152-154).

⁵² Los datos biográficos fueron extraídos del texto de Restituto Sierra Bravo, en Mercado, 1975: 7-64.

⁵³ Fue reimpresa pronto, en 1571. Una tercera impresión —póstuma— de 1587 revela el éxito del libro. Hacia 1591 se tradujo al italiano y se publicó en Brescia. La popularidad de la obra se debió seguramente al hecho de que el público para quien fue escrita no era académico, sino el propio gremio de comerciantes de quienes trata la obra.

⁵⁴ La sección del texto que se comenta se indica con el número de libro en números romanos, seguido del número de capítulo en números arábigos, seguido del número de párrafo en números arábigos (i. e, I.1.1). En el caso de la epístola nuncupatoria, o carta introductoria, donde se dedica la obra, utilizo la “E”; para el prólogo, la “P”.

⁵⁵ Al recomendarme que analizara la *Summa* para este trabajo, Mauricio Beuchot sugirió que la obra de Mercado está basada en notas que el pensador preparaba para sus actividades pedagógicas en la Nueva España, antes de partir rumbo a la península ibérica.

⁵⁶ Como el tratado sobre contratos iba dirigido a un público amplio y sin preparación, Mercado advierte a sus lectores que no expresará todos los argumentos ni citará todas las autoridades, sino sólo hará las referencias necesarias para informar a su público (p.12). Sierra Bravo, en su estudio introductorio a la edición de 1975, nos advierte que esto implica que Mercado conscientemente evita el método escolástico, y presenta sólo los principios y las conclusiones sin el aparato demostrativo y sin citar fuentes de autoridad. Esta elección, paradójicamente, permite apreciar mejor la amplia estructura de la obra. Al tener presentes los supuestos subyacentes e implícitos con que Mercado escribía, podemos descubrir la tecnología aristotélico-tomista teleológico-conceptual que anima la obra.

⁵⁷ Mercado abre el Libro I con un capítulo dedicado a explicar, en términos relativamente comunes, qué es la ley natural y qué fuerza obligatoria tiene. Lo hace —aclara— porque no le sorprendería que alguien, al leer sus conclusiones, quiera saber de dónde vienen las obligaciones que él dice que existen para los que comercian (I.1.97). Mercado defiende el carácter obligatorio de la ley natural, aun si no se legisla en texto autoritativo. Sus exploraciones de los negocios y los contratos son exploraciones de la ley natural.

⁵⁸ Aquino afirma que el primer principio de la razón natural es querer el bien y aborrecer el mal (I.2.53). Para lograrlo, las personas tienen que apoyarse en las virtudes cardinales: prudencia (que encuentra la mejor manera de comportarse acorde al bien); fortaleza (que disipa el miedo de las tareas difíciles), y templanza (que vence el impulso de comportarse de otro modo) (I.2.53). Estas primeras tres virtudes son necesarias para hacer lo que es bueno, aun cuando el hombre se encuentra solo. Es la virtud cardinal de la justicia la que la naturaleza social del hombre requiere (I.2.56). El hombre, animal social, naturalmente tiene que (hasta necesita) vivir en sociedad y armonía. Eso se logra solamente si cada quien desea de los demás lo que él mismo hace para con ellos, ya que todos comparten la misma

naturaleza (I.2.54). Hacer para con otros lo que se desea que otros hagan para con uno mismo tiene dos aspectos. Primero, tiene un aspecto negativo, que consiste en no dañar a los demás. En segundo lugar, tiene un aspecto positivo, que consiste en beneficiar a los otros. El primero siempre es obligatorio, y es en lo que consiste la justicia; el segundo en ocasiones es obligatorio y, en otras, es voluntario, y es de lo que depende la misericordia (I.2.55). Mercado, aquí, se refiere al *Digesto* y equipara su entendimiento de justicia (el hombre debe ser justo consigo mismo y no injusto con nadie) con el de Ulpiano (vivir honestamente, no dañar a nadie, y dar a cada quien lo suyo). Darle a cada quien lo suyo se puede referir a bienes o a estatus; en el caso del intercambio de bienes, la justicia se hace asegurando una igualdad en el valor de las cosas que se intercambian (I.2.58). Concluye su segundo capítulo diciendo que, al hablar de contratos, la justicia se hace asegurando la igualdad de lo que se intercambia (I.3.59).

⁵⁹ Continúa y justifica lo correcto que es que existan jueces y leyes y efectúa otras consideraciones en relación con la justicia legal pero que, sin embargo, ya no son objeto del presente trabajo (I.3.61-63).

⁶⁰ Esta consecuencia debe entenderse a partir de los fines propios de la actividad mercantil: una ganancia muy alta es sintomática de haber obtenido de la república (más bien, del público) más de lo que se ha contribuido. Asimismo, una ganancia muy alta excede el modesto fin secundario de la actividad mercantil: ofrecer una vida digna al mercader y a su familia.

⁶¹ Mercado dice que existen dos tipos de precio: el precio legal, fijado por las autoridades de la república, y un precio natural, que se da espontáneamente en las plazas comunes (II.6.152). Las complejidades en las que evoluciona esta distinción son demasiado abundantes para explorar en este espacio.

⁶² Por ejemplo, distintas maneras y circunstancias bajo las cuales se pueden alterar los precios (II.7); la fijación de precios en el mercado y ventas ilícitas (II.8); cómo establecer una compañía y las condiciones necesarias para formar sociedades justas (II.9); ventas de contado (II.10); operaciones de larga distancia (II.10); subastas públicas (II.12); comprar en España para revender en las Indias (II.15); compraventa de esclavos de Cabo Verde (II.20); las justificaciones necesarias para arriesgarse en un viaje a las Indias (II.22), y un etcétera muy largo. Los libros subsiguientes del tratado, que tratan asuntos como el cambio monetario y la usura, tienen una estructura similar, pero son demasiado extensos para tratarlos aquí.

⁶³ Para la dinámica y la dificultad de fijar la separación entre los distintos grupos, véase el excelente caso práctico de finales del siglo XVII y principios del XVIII en la Ciudad de México: *The Limits of Racial Domination. Plebeian Society in Colonial Mexico City, 1660-1720* (Cope, 1994).

⁶⁴ Véase *supra*, sección “La universidad”.

⁶⁵ Como ya se mencionó en este mismo capítulo, la Audiencia era el órgano superior de gobierno en la Colonia (aunque estaba subordinado al Consejo de Indias que residía en España). También servía de tribunal supremo. El virrey presidía la Audiencia. Estaba compuesta de abogados profesionales y, durante casi todo el periodo colonial (aunque no todo), fue una institución claramente dominada por españoles peninsulares (y no criollos). Los nombramientos venían directamente de España y constituían parte de la carrera burocrática de altura de los funcionarios reales a lo largo y ancho de los dominios de la realeza.

⁶⁶ La información biográfica fue tomada de la “Introducción” de Arturo E. Ramírez Trejo a Zapata y Sandoval, 1999, y del texto de “Introducción” a Zapata y Sandoval, de 1995, escrito por Mauricio Beuchot.

⁶⁷ Su padre probablemente fue oidor o magistrado, miembro de la Audiencia Real. Los hijos de sus hermanos fueron sacerdotes prominentes de parroquias indias (dos de los cuales hablaban los idiomas nativos), un canciller de Guadalajara, un dominico, un franciscano, un jesuita y una abadesa.

⁶⁸ Algo parecido a la predilección, que denomino “favoritismo” en el contexto de la presente obra.

⁶⁹ Los pasajes serán citados de acuerdo al volumen o parte, en números arábigos, seguidos del capítulo en números romanos. En los casos en que se cita una línea específica, seguirá al número del capítulo, y se indicará en número arábigos.

⁷⁰ *Ius* no se traduce en el texto original porque, hasta ese punto, el autor no ha distinguido entre *iūs* en el sentido de derecho (subjetivo), *iūs* en el sentido de derecho (objetivo), y *iūs* en el sentido del orden propio de las cosas. Una advertencia: los distintos sentidos de *iūs* todavía no habían sido separados ni se

habían vuelto distinguibles en el entendimiento común. Esto causará bastante dificultad al tratar de entender algunos de los argumentos de Zapata, pero trataré de ser fiel a sus argumentos conservando el *ius*, y no dándole una de las distintas traducciones modernas.

⁷¹ Primero, la igualdad entre la conducta y lo que dicta la razón, lo cual se aplica a todas las virtudes (1.II.2). Segundo, la justicia como una cierta virtud que dirige las buenas acciones hacia la utilidad de la república, lo cual se conoce como justicia legal y cuadra con la ley (1.II.4). Tercero, la justicia se refiere a la virtud cardinal específica que constituye la igualdad entre el derecho de uno y el deber de otro (1.II.6).

⁷² Por lo tanto, *ius* se puede referir al derecho en general o a leyes específicas, siendo las segundas tipos específicos de derecho (*i. e.*, estatutos); *ius* también puede decirse de la sapiencia sobre las leyes (*i. e.*, jurisprudencia) (1.II.8). El tercer y último significado de *ius* es eso que es estrictamente justo y conmensurado, la obligación de lo que es debido, la igualdad perfecta entre el derecho de uno y el deber de otro.

⁷³ Nótese que la definición de justicia prueba la relación entre justicia y *ius*. Éste es un claro ejemplo de la importancia de conceptos y definiciones en el pensamiento teleológico-conceptual (Zapata, 1999: 29. Las cursivas son mías).

⁷⁴ Los tres tipos de justicia son la legal, la conmutativa y la distributiva. Como la justicia es una virtud relacional, la diversidad en los tipos de justicia debe corresponder a la diversidad en los tipos de relaciones que existen. En una república existen tres tipos de relaciones: de las partes con el todo (la relación de los ciudadanos con su república), entre las partes (la relación entre los ciudadanos) y del todo con las partes (la relación de la república con sus ciudadanos) (1.III.1). El primer tipo de relación, de los ciudadanos con su república, corresponde a la justicia jurídica, ya que la ley es el orden de la razón para el bien común (1.III.2). Este tipo de justicia se denomina universal (a diferencia de la particular, la cual caracteriza los otros dos tipos de justicia), ya que ordena todos los demás bienes y virtudes respecto al todo, es decir, a la república (1.III.3). El segundo tipo de relación es entre ciudadanos y se rige por la justicia conmutativa, ya que se ocupa de los intercambios entre los ciudadanos, tanto voluntarios (contratos) como involuntarios (delitos y faltas), los cuales requieren la igualdad en el intercambio (1.III.6). El tercer tipo, el que más le interesa a Zapata, es el de toda la comunidad con sus partes, y se rige por la justicia distributiva.

⁷⁵ Las cursivas son mías.

⁷⁶ La *ratio iuris* o razón de derecho no es lo que el término significa en las tradiciones contemporáneas del *common law*. Aquí se refiere a lo que ha de ser asignado, es decir, al bien sustantivo que tiene que ser puesto propiamente bajo el dominio de una u otra persona.

⁷⁷ 1 = 1, 2 = 2, etcétera.

⁷⁸ $1/2 = 2/4 = 17/34$, etcétera.

⁷⁹ Zapata nos dice luego que es un vicio, ya que así se entiende en las Escrituras (1.IV.2), y que Dios no puede incurrir en *acceptio* (1.IV.3).

⁸⁰ Más adelante en el tratado hay una explicación de cómo causas (eficientes y materiales) corruptas, aparte de la causa final, hacen que la distribución de bienes sea pecaminosa y no virtuosa.

⁸¹ Este segundo elemento es importante para distinguir el favoritismo de actos lícitos como la liberalidad, porque en la liberalidad uno otorga lo que no es debido, pero no hay razón para otorgarlo a alguien más (1.IV.13).

⁸² Hay dos maneras en que los bienes comunes se pueden distribuir de acuerdo a la dignidad (1.IV.15): primero, en función de la naturaleza de lo que se distribuye: cuando alguien adquiere dignidad (a través de viajes, piedad, etc., 1.IV.16, 17), que simultáneamente mejora la dignidad de la comunidad, recibe una parte mayor del total de dignidad; en segundo lugar, en virtud de un pacto o promesa, y no por la naturaleza de la contribución (1.IV.16). Esta segunda manera de distribuir dignidad nos parece intuitivamente que corresponde a la justicia conmutativa, ya que existe un pacto que cumplir. Se incluye como parte de la justicia distributiva porque la dignidad se distribuye proporcionalmente a través del principio geométrico (1.IV.28). Aquí, Zapata cita a Suárez.

⁸³ Una larga confrontación e interpretación de fuentes bíblicas culmina con la conclusión de que Dios no puede cometer favoritismo. De esta manera, Zapata aclara aún más su definición de favoritismo: la causa eficiente del favoritismo puede ser sólo un tipo de voluntad, la voluntad humana; la voluntad divina es incapaz de caer en favoritismos (1.VI.).

⁸⁴ En el caso de un mal reparto de bienes sujetos a la justicia conmutativa y a la obediencia del principio aritmético, los bienes recibidos en un intercambio son o bien iguales o desiguales a los otorgados. En la justicia distributiva, el principio geométrico no requiere exactitud en una misma materia.

⁸⁵ Por ejemplo, en el capítulo III se pregunta si el nombramiento de alguien que no se lo merece debe considerarse automáticamente inválido; el capítulo V presenta la misma cuestión del nombramiento de alguien que lo merece, en detrimento de alguien que lo merece aún más; el capítulo X pregunta cuál debe preferirse para un episcopado, alguien con formación en derecho canónico o alguien con formación en teología (la segunda, desde luego).

⁸⁶ Zapata cita varias autoridades que mantendrían a los recién convertidos (*i. e.*, los indios, según sus detractores) fuera de los cargos eclesiásticos y de los episcopados (2.XI.1). Nos dice que los indios y sus descendientes son merecedores de los cargos eclesiásticos y que lo demostrará como corresponde (2.XI.2). Se concentra en la definición de “recién convertidos” y concluye que los indios no son automáticamente recién convertidos, ya que han sido cristianos durante 90 años, y muchos de ellos han nacido ya cristianos (2.XI.4-11). Las leyes particulares que excluyen a los descendientes de judíos y de moros no son aplicables a los indios, dada su “conversión espontánea” (2.XI.12).

⁸⁷ Hay dos maneras en que la distribución viene a ser función de la dignidad: *a*) la naturaleza del bien contribuido al bien común y *b*) un pacto. El argumento de Zapata a favor de preferir a los indios y no a los españoles está relacionado con la primera de estas maneras: toda la gloria y el beneficio para el reino que proviene de la Nueva España están basados en los indios y en sus méritos. Véase 1.IV.16.17.

⁸⁸ Y no hay razón para distinguirlos en cuestión de dignidad de los españoles, ya que son vasallos del rey (2.XI.16).

⁸⁹ El último capítulo de la tercera parte no está numerado, sino titulado simplemente capítulo último, así que utilizaré la “U” para referirme a él.

⁹⁰ El cual corresponde a 1.IV.14-28, sobre todo el 16. Véase 1.IV.16.

⁹¹ Sin embargo, no tienen derecho a la restitución de lo que, aunque se les debe, no ha sido distribuido anteriormente, ya que la justicia distributiva no provee compensaciones. En muchos fragmentos de la tercera parte, estableció anteriormente que la justicia distributiva no requiere que la compensación se otorgue al más merecedor por parte del adjudicador, cuando alguien menos merecedor recibe los bienes que debía recibir (3.I-II). El argumento central es que en el caso de la justicia distributiva, al ocuparse sólo de los bienes comunes, no se quita nada; es decir, el más merecedor no posee los bienes antes de disfrutarlos, así que no se le lesiona, y no hay necesidad de compensarlo. En el caso de la justicia conmutativa, en cambio, cuando algo se quita y ha habido lesión, se requiere una compensación.

⁹² El tratado está dedicado al conde de Lemus, presidente del Consejo de Indias, el cual era el órgano superior de gobierno en todos los asuntos referentes a América.

⁹³ Sabemos que todos los estudiantes de las facultades de derecho tenían que haber llevado previamente las materias básicas de filosofía y lógica en artes o en un colegio, y que aquí uno de los textos más circulados era el del jurista salmantino Domingo de Soto, probablemente en conjunto con el texto escrito por Vera Cruz específicamente para fines de instrucción en México (Ramírez e Hidalgo, 2001: 76). Esto quiere decir que los abogados practicantes podían haber estudiado dichos textos en artes, antes de cursar sus estudios jurídicos; pero no hay bases para pensar que los teólogos morales no se utilizaban de la misma manera que cualquier otra autoridad en los estudios jurídicos en la universidad.

⁹⁴ “Que los Prelados no prefieran para las dotrinas personas que toquen a ministros ni las probean por intercesiones dellos.” Don Phelipe III, en Madrid, a 8 de Março de 1620. Generalísimo 601, f. 367. “Rogamos y encargamos a los Prelados de las nuestras Indias que tengan particular cuydado que las dotrinas y beneficios curados y todo lo demás que ubiere de pasar por sus personas y ministerio

episcopal, se probean fol 74/ sin ningun respeto umano, y quando alguno de los nuestros Virreyes, Presidentes y oydores, oficiales de nuestra Real Hacienda y otros ministros nuestros, por sí o con autoridad de nuestras Audiencias Reales se embarcaren en entrecisiones o favores para que los dichos prelados antepongan y prefieran los parientes y criados de los dichos ministros y de sus mugeres, nueras y hermanos a los que verdaderamente tienen las partes y requisitos necesarios para los efectos requeridos, los dichos prelados nos abisen en el nuestro Consejo de las Indias secretamente de lo que en esto pasare, para que, visto por los del dicho nuestro Consejo, se ponga el remedio conveniente contra los que fueren culpados.” 1.14, tt. 7, lib.1 (León Pinelo, 1992: libro primero, título VII, folios 73-74).

⁹⁵ La ordenanza se emitió bajo la autoridad de Felipe II, quien murió en 1598, 11 años antes de la publicación de la obra de Zapata.

⁹⁶ Los “hijos de españoles” —los criollos— habían de ser preferidos, siempre y cuando sus padres “en aquellas partes no ayan servido, ” es decir, siempre y cuando no hubieran sido conquistadores o encomenderos en la región para la que iban a ser designados. “Que en la presentación de beneficios sean preferidos los que en esta ley declara. Encargamos a los Prelados diocesanos y a los de las Órdenes y Religiones y mandamos a los nuestros Virreyes, Presidentes, Audiencias y Governadores que en las nominaciones, presentaciones y provisiones que hubieren de hazer para las prelaciías, dignidades, oficios y beneficios eclesiásticos, en igualdad siempre prefieran en primer lugar a los que en vida y ejemplo se hubieren ocupado en la conbersión de los indios y en los dotrinar y administrar los sacramentos y a los que supieren la lengua de los indios que an de dotrinar y hubieren tratado de la extirpación de la idolatría, conforme a lo dispuesto por la ley deste titulo, y en el segundo lugar, a los que fueren hijos de españoles que en aquellas partes no ayan servido” (l. 29, t. 6, lib. 1. León Pinelo, 1992: 145).

¹ “Los autores del Código Civil francés tomaron casi dos terceras partes de ese documento y casi todas las disposiciones sobre contratos de Pothier y Domat. Estas disposiciones serían luego nombradas ‘voluntad del legislador’, y casi todos los esfuerzos de los juristas franceses del siglo XIX se dedicarían a interpretarlas” (Gordley, 1991: 4) [trad. del autor].

² Me enfocaré en tres autores: Manuel Mateos Alarcón, Agustín Verdugo y Jacinto Pallares. Los dos primeros publicaron sus obras en 1885 y 1897, respectivamente, situándose de lleno dentro de la época de los juristas modernos. Trabajaron luego en la promulgación del Código Civil y se basaron ampliamente en la doctrina extranjera moderna y contemporánea en un intento por desarrollar un cuerpo de literatura jurídica que reflejara la imagen de la literatura jurídica moderna europea. Su obra es el antecedente directo del cual surgió la dogmática jurídica moderna, y presenta la mayoría de las características que la doctrina jurídica moderna en México tendría desde entonces. De igual forma, Jacinto Pallares representa a la generación que, en medio del positivismo dominante, dio forma a la institución de educación jurídica más influyente en México desde entonces: la Escuela Nacional de Jurisprudencia, hoy Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Su obra configura tanto la lucha por integrar el derecho a las ciencias sociales modernas como su fracaso.

³ En realidad, el ascenso formal de la dinastía borbónica al trono español tardó en traducirse en reformas en América, siendo hacia finales de ese siglo cuando se emprendió sistemáticamente la transformación del mundo indiano. Por ejemplo, una de las reformas más profundas fue la promulgación de la *Ordenanza de Intendentes* de 1786, en los albores del siglo XIX, y como antecedente inmediato a las independencias americanas.

⁴ Felipe V instituyó una política de venta obligatoria de tierras en manos de la Iglesia; prohibió la fundación de conventos nuevos en América, y restringió la entrada a las órdenes religiosas. Fernando III prohibió que el clero ayudara en la elaboración de testamentos, una de las principales fuentes de la riqueza de la Iglesia. Carlos III fue más lejos que todos, expulsando a la orden jesuita de América en 1767 (Rivera Marín, 1988: 931-932). Otras medidas incluyeron la transferencia de parroquias del clero regular, el cual era más independiente, al clero secular (1749-1773), que formaba parte de las redes clientelistas de la realeza; la estimulación de seminarios dependientes del obispo, en detrimento de los colegios de la órdenes religiosas; el aumento en los impuestos que el clero pagaba, y las restricciones de los fueros y privilegios de los clérigos (Sugawara, 1992: 76-77).

⁵ Trad. del autor.

⁶ En 1713 el Consejo de Indias requirió explícitamente que los practicantes de derecho usaran *Las Siete Partidas*, advirtiendo específicamente que no se usara el derecho romano ni a autores extranjeros en las cortes. Durante los siglos XVI, XVII y principios del XVIII, el lenguaje y las doctrinas utilizados en su trabajo por los abogados y jueces practicantes habían sido en su mayoría los del *ius commune*. Según Javier Barrientos Grandón (1993: 106), existe una marcada disminución en estas citas, y un aumento en las citas de obras que comentaban sobre derecho real. Este cambio, primero, no fue necesariamente tan importante como parece: Barrientos dice, más adelante, que los archivos judiciales revelan que los autores españoles comentadores del derecho real son citados frecuentemente a la par que autores extranjeros que comentaban el *ius commune*; además, la citas conjuntas tienen el fin de probar que los autores españoles corroboran lo que autores extranjeros de gran reputación afirman (*ibid.*, 247). Además, el más popular de los comentaristas españoles sobre derecho real es Gregorio López, que en el siglo XVI trabajó sobre *Las Siete Partidas*, el libro de derecho real más directamente derivado del *ius commune*. La práctica de suplementar el derecho positivo con el uso de referencias académicas comunes persistiría después de la Independencia, en 1821 (Lorente, 1988: 312). El requisito de justificar expresamente las decisiones judiciales con legislación, establecido en 1841, veinte años después de la Independencia, estaba dirigido a la práctica persistente de citar el *ius commune* y a otras autoridades doctrinales en lugar de la ley formalmente válida (González M., 1988: 446, y Lorente, 1988: 319). Llevar la práctica jurídica al ámbito de la legislación oficial resultó ser una difícil y prolongada empresa.

⁷ En todas las universidades españolas, los reformistas reales abogaban por la creación de nuevos cursos en los que fueran impartidos el derecho real, el derecho natural y el derecho internacional (véase González G., 2004).

⁸ De hecho, los círculos intelectuales que efectivamente adoptaron nuevas ideas estuvieron limitados a las ciencias duras, tales como matemáticas, y las ciencias aplicadas, como ingeniería, donde los viejos paradigmas escolásticos y aristotélicos fueron efectivamente desplazados (véase Trabulse, 1994, y Graham, 1994: 27-28).

⁹ El Consejo de Indias lo ordenó en 1781 (Barrientos, 1993: 42).

¹⁰ Ejemplos de esta literatura incluyen el *Sala*, un texto español de derecho real. Una versión que incluía derecho mexicano posterior a la Independencia, llamado el *Sala Hispano-mexicano*, fue publicado en París en 1844. Entre las principales fuentes jurídicas utilizadas por el *Sala* se encontraban *Las Siete Partidas*, el derecho canónico, la recopilación del derecho real conocido como la *Novísima Recopilación*, de 1805 (incluida en una edición de 1820), y una amplia gama de citas doctrinales para resolver controversias (véase Peset, 1988). La última edición del *Sala*, el *Novísimo Sala Mexicano*, publicado en 1870, justo antes de la promulgación del Código Civil del mismo año, también incluía ley española y novohispana (Margadant, 1998: 365). Otro libro español de derecho, en amplio uso durante las primeras décadas de la Independencia, el *Febrero*, o *Febrero Mexicano*, editado por Mariano Galván en 1850, también demuestra la continuación del giro hacia el derecho español real y el alejamiento del derecho romano, que ya se observaba desde el siglo XVIII. La mayor parte de la discusión sobre la definición del derecho, por ejemplo, se basa en el texto de *Las Siete Partidas*, que en gran parte codificó el *ius commune* (véase Lorente, 1998: 308).

¹¹ Los colegios y seminarios ya existentes ofrecerían el vehículo institucional para la expansión de las opciones en cuanto a educación jurídica más allá de la universidad. Los colegios eran habitualmente administrados por órdenes religiosas, como los jesuitas. Los seminarios conciliares eran instituciones educativas eclesiásticas anexas a los obispados, que habían sido creados después del Concilio de Trento para fortalecer la ortodoxia en la educación. A mediados del siglo XVIII la Corona autorizó la creación de cursos en leyes y cánones en varios colegios y seminarios en la Nueva España, que debían ser avalados por la universidad para adquirir títulos universitarios (Barrientos, 1993: 136). Sin embargo, estas instituciones paralelas también carecían de cursos específicos en derecho español real o derecho de Indias. Los seminarios también fueron importantes durante las primeras décadas de la República, ya que aparentemente tenían más alumnos que universidades, colegios e institutos literarios en conjunto (Staples, 2001: t. 2, 159). El seminario de Morelia fue considerado, durante las décadas de 1830 y 1840, la mejor institución educativa del país, encabezada notoriamente por Clemente de Jesús Munguía (*ibid.*, 162-164). A mediados de la década de 1840 los seminarios caerían bajo el control del gobierno federal, como parte del proceso con el cual los gobiernos intentaron dirigir la educación, y su instrucción sería secularizada sustancialmente (Staples, 2011: t. 2, 171).

¹² Cerca del término del periodo colonial, la fundación de la Universidad de Guadalajara, en la provincia occidental de Nueva Galicia, diversificó aún más la educación jurídica. No sólo impartía derecho, sino que en forma paralela a la Universidad de México también tenía la autoridad para validar estudios jurídicos en colegios y seminarios. Luego de ser establecidas por decreto real, en 1791, las clases iniciaron un año después bajo la dirección del presidente de la Audiencia de Guadalajara. En sus constituciones de 1799 los manuales jurídicos progresistas, incluyendo los *Salas*, fueron adoptados oficialmente, y se requirió que los profesores comentaran sobre el derecho real durante las intervenciones orales (Barrientos, 1993: 135). Las constituciones fueron aprobadas por el Consejo de Indias en 1806.

¹³ Durante la década de 1820, después de la Independencia, los seminarios de Oaxaca, Puebla y Guadalajara establecieron cursos de derecho constitucional (Staples, 2001: t. 2, 159).

¹⁴ El primer intento por cerrarla vino en 1833, durante el gobierno liberal radical de Valentín Gómez Farías, cuando se permitió, de nuevo, que instituciones educativas de todo el país otorgaran títulos en jurisprudencia, teología y filosofía. Para octubre de 1833, se suprimiría la universidad por completo (Alvarado, 2001: 92). Al mismo tiempo, el gobierno de Gómez Farías fundó seis escuelas para sustituir a la universidad, controladas directamente por el gobierno federal. Una de ellas fue la de

Ciencias Jurídicas. Ahí, el derecho romano y el canónico, que anteriormente constituían facultades enteras, se vieron reducidos solamente a dos —de ocho— cursos de derecho. Los otros eran latín, ética, derecho natural, *ius gentium* y derecho marítimo, derecho constitucional, derecho nacional y retórica. Esto representó una transformación sustantiva en la educación jurídica, pero no resultaría duradera, pues el siguiente gobierno republicano y conservador restablecería la universidad y paralizaría la reforma liberal. No obstante, la universidad nunca se recuperaría del golpe liberal de 1833.

¹⁵ Oaxaca publicó su código entre 1827 y 1829; Zacatecas le siguió en 1829, y Jalisco en 1833. Otros estados iniciaron procesos similares durante el primer régimen federalista (Cruz, 2004: 51-52).

¹⁶ Este mecanismo de órganos de ley, formalmente independientes con contenidos idénticos, refleja el uso de los fueros reales como fueros locales por los monarcas españoles de finales de la Edad Media. Para detalles más específicos sobre las fechas de promulgación de los códigos federales en cada estado, véase Cruz, 2004.

¹⁷ “En el siglo diecisiete, todo el edificio [del aristotelismo] se vio amenazado por filósofos como Descartes, Hobbes y Locke. Ellos atacaron los principios más fundamentales de la metafísica aristotélica, por ejemplo la idea de que un objeto tiene una forma substancial y una causa final o fin. Estaban conscientes de que si estos principios metafísicos eran falsos, también lo era el relato de Aristóteles sobre la moralidad, la elección y el conocimiento. No podía haber virtudes en el sentido de facultades adquiridas por las cuales uno se mueve hacia su fin. No podía haber esencias en el sentido de conceptos a través de los cuales uno entendía la forma substancial de una cosa o de una acción. La elección no podía depender de saber la esencia de la acción. El conocimiento no podía adquirirse capturando una esencia en una definición, y luego derivando sus conclusiones” (Gordley, 1991: 112) [trad. del autor].

¹⁸ “[...] Pufendorf y Barbeyrac preservaron las doctrinas de los escolásticos tardíos a la vez que rechazaban a Aristóteles. Rechazaban a Aristóteles sin adoptar genuinamente la filosofía de Hobbes o Locke, e incluso sin encarar de lleno los problemas que estos filósofos presentaban. Así, aunque insistían en que sus doctrinas jurídicas estaban basadas en principios filosóficos superiores, estas doctrinas perdieron sus ataduras originales con la filosofía aristotélica, sin encontrar un nuevo anclaje filosófico. La doctrina jurídica y la filosofía moral comenzaron a alejarse” (Gordley, 1991: 121) [trad. del autor]. “[En la obra de Grocio], por error, uno se pierde en frases de significado incierto producidas *ad hoc* para atacar problemas particulares. Es difícil encontrar una teoría de consentimiento subyacente que pudiera darle significado a estas frases [...] Se tiene la misma sensación al leer a Pufendorf, Barbeyrac y Wolff” (*ibid.*, 91) [trad. del autor].

¹⁹ “Un abogado civil moderno, aun sin estar familiarizado con las virtudes aristotélicas, reconocería el principio de que las promesas son vinculantes si se hacen por una buena causa y son aceptadas. Aun sin estar familiarizado con las teorías aristotélicas de la elección humana, podría estar familiarizado con las doctrinas de coacción, error y fraude. En contraste, las ideas escolásticas tardías sobre el contenido de las obligaciones contractuales de las partes han dejado pocos rastros en el derecho moderno. Los abogados modernos están familiarizados sólo con los problemas que los escolásticos tardíos resolvían usando estas ideas: ¿Qué términos del contrato son justos? ¿Qué términos pertenecen a un contrato además de los que las partes acordaron expresamente?” (Gordley, 1991: 93-94) [trad. del autor].

²⁰ La importancia de las bases del pensamiento aristotélico-tomista puede ser particularmente fuerte en el caso de México —o en toda Latinoamérica, en realidad— pero creo que probablemente sea igual en países de tradición continental (*Civil Law*). También puede ser el caso en países de tradición de derecho común (*Common Law*). Sin embargo, estas posibilidades requieren una investigación completa e independiente.

²¹ La universidad absorbió la Escuela de Jurisprudencia cuando reabrió sus puertas, en 1910, como una institución radicalmente transformada. A partir de esa época, y durante gran parte del siglo XX, la Escuela Nacional de Jurisprudencia ocupó una posición hegemónica en la educación jurídica. La institución funcionó como un criadero de abogados, profesores, políticos y escritores, quienes luego formarían instituciones académicas de jurisprudencia por todo el país. Esto fue así en particular en las facultades de derecho de las universidades estatales que surgirían durante todo el siglo XX (Mendieta, 1997: 163).

²² La tendencia, en las últimas décadas del siglo XIX, fue la de aumentar la secularización, la nacionalización y la diversificación de las materias que se impartían. En 1869, el derecho canónico fue (por fin) destituido del plan de estudios y remplazado por la economía política (González G., 2004: 53). En 1870, con la codificación conseguida en el derecho civil, el derecho español fue sustituido por el nuevo código y el estudio del “derecho nacional”. En 1889, luego de la propuesta de un profesor influyente de nombre Jacinto Pallares, se abrieron nuevos cursos en derecho comercial, en derecho minero y en leyes civiles no codificadas; derecho internacional y derecho público se impartían por separado; se introdujo retórica forense, y derecho natural fue remplazado por filosofía del derecho (*idem*).

²³ Jacinto Pallares, considerado un profesor de vanguardia, describió su propio método de enseñanza de la siguiente manera: “El profesor habrá de asignar la materia de su siguiente clase, encargando a los estudiantes el estudio del texto correspondiente./En el día indicado, el profesor leerá el texto asignado en clase, y presentará los principios generales que gobiernan la materia, los antecedentes filosóficos e históricos de la institución o teoría en cuestión; explica, generalizando, el sentido de las reglas de ley, resuelve contradicciones o dificultades que en ellas se encuentren y presenta ejemplos de casos prácticos./El profesor, en la siguiente cátedra, pide a los estudiantes que repitan las explicaciones anteriores para ver si han entendido y hace las repeticiones o aclaraciones necesarias./En el mismo orden se han de tratar todas las materias, apuntando periódicamente, además, ensayos escritos sobre los puntos más altos o más importantes de la materia impartida” (Mendieta, 1997: 113; véase también aquí capítulo II: “Educación jurídica en la universidad”).

²⁴ Tales como “Le Bon, Laurent, Demolombe, Maurlon, Beaugregard, Baudry, Leroy-Beaulieu, Ortolan, etc.” (Mendieta, 1997: 317).

²⁵ A través de esos textos exploraré los cimientos de la dogmática jurídica, heredera moderna de las ciencias jurídicas medievales que, supuestamente, habían sucumbido con el cierre de la universidad. La dogmática jurídica es una práctica legal de inspiración europea, código-céntrica y dependiente de la doctrina que, hoy por hoy, es el entendimiento académico y profesional que predomina en el derecho de México y de muchos otros países.

²⁶ El positivismo comteano se introdujo en la Escuela Nacional Preparatoria como la filosofía oficial de la triunfante República liberal en 1867. La generación de líderes políticos y culturales conocidos como “Los Científicos” se formó ahí. Jugaron un papel cada vez más dominante en el gobierno y en la educación durante la dictadura de Porfirio Díaz (1876-1911). Para más sobre el positivismo mexicano y su desarrollo, véase Zea, 1968.

²⁷ De acuerdo con la visión de los positivistas, la libertad significaba que algo “siguiera su curso natural, es decir, sin ataduras ni obstáculos”. Esta noción de la libertad apunta a la relación entre las ideas de la naturaleza y el orden, permitiendo así una fácil traducción del entendimiento tomista de la naturaleza al entendimiento positivista de la naturaleza; en ambos casos la naturaleza representa el orden de las cosas (Zea, 1968: 110).

²⁸ Su interpretación básica de la historia de México, inspirada en Comte, consideraba tres etapas de desarrollo: teológica, metafísica y positiva. La primera, que surgía de la época colonial, contaba con los clérigos y el ejército como los protagonistas y constituía un impedimento para la marcha progresista de la nueva República. Este viejo régimen había combatido y derrotado a los liberales, quienes, inspirados en los ideales románticos de la Revolución francesa sobre la libertad, representaban la segunda etapa de desarrollo, la metafísica. Esta segunda etapa, sin embargo, por su función combativa, fue destructiva — no constructiva— y no pudo ofrecer un progreso ordenado. Una tercera etapa, basada en el pensamiento científico, era necesaria para llevar a México de lleno al progreso y la prosperidad de la Era Moderna. Ésta habría de ser la etapa positiva, llevada a cabo por la generación que le siguió a los liberales de mitad del siglo XIX, los positivistas (Zea, 1968: 49-51).

²⁹ También debe ser rechazada porque estaba “basada en la deducción en prejuicio de la inducción”, constaba sólo de lógica deductiva, mientras que “la nueva lógica traía consigo la síntesis de los dos tipos de lógica [deductiva e inductiva], ofreciéndole al hombre un instrumento más efectivo de conocimiento y acción” (Zea, 1968: 352).

³⁰ Ésta incluía cursos tradicionales como derecho romano, derecho natural y derecho canónico, a la par de materias jurídicas como derecho nacional, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional y marítimo y procedimiento civil y penal (Mendieta, 1997: 104-106).

³¹ La segunda clase consistía de cursos como economía política y sociología (Mendieta, 1997: 104-106).

³² La propuesta de un enfoque multidisciplinario no terminaría ahí. La crítica de la dogmática jurídica del prominente positivista Justo Sierra, en 1902 (ocho años antes de la consolidación de su proyecto para reabrir la universidad), es elocuente. Según relata Mendieta y Núñez, Sierra instaba a la transformación de la Facultad de Derecho de “un tipo de academia [...] de carácter inferior [que formaba] litigantes y jueces [en una institución de carácter distinto] superior y verdaderamente científico [...] Es urgente, para poder lograrlo, sumergir [...] los estudios jurídicos en el ambiente de las ciencias sociales e históricas. Mientras que la creencia de que las leyes son el resultado de una combustión espontánea persiste, mientras que la instrucción dogmática pretende que el derecho romano nació completamente armado, como Minerva del cerebro de Júpiter, y que con un salto cruzó los siglos intermedios y se convirtió en la única fracción relevante del derecho civil moderno (una manera de enseñar que ha disminuido de la mayoría de las escuelas de derecho en países educados); mientras que la economía, política, sociología no son objeto específico de estudio en nuestra escuela, y la historia no se ubica en una posición de la más alta importancia, el lugar que nosotros mismos hemos asignado en la vanguardia de la cultura latina en América será un mito” (*ibid.*, 108).

³³ El llamado positivista de dejar atrás los textos legales autoritativos y enfrentar la realidad social tuvo como resultado una mayor dependencia en la doctrina jurídica, en perjuicio del texto autoritativo, pero no se desarrolló al punto de relacionarse con los contextos sociales, políticos y económicos de los pensadores jurídicos. El papel que jugaban los apuntes de clase en el desarrollo de la literatura jurídica ilustra este cambio de énfasis sin una transformación de los entendimientos. Según Lucio Mendieta y Núñez, la invitación de los positivistas para alejarse del texto fue traducida por los profesores como una “muestra de erudición”, dando cátedra libremente, citando autores y realizando “conferencias” de las cátedras (Mendieta, 1997: 319). Esta muestra de erudición estimuló el desarrollo del trabajo doctrinal de los profesores mismos. Mendieta y Núñez señala que la gran mayoría de los autores citados por los profesores produjo una gran dependencia de los apuntes y la toma de apuntes (*ibid.*, 319). Hasta hoy, la educación jurídica se centra en apuntes y en amplias presentaciones orales de profesores. No es raro que los profesores publiquen apuntes de clase obtenidos de los estudiantes, los cuales luego son editados para convertirse en libros de texto del curso en cuestión.

³⁴ Fue en 1951 cuando se fundó la Facultad de Ciencias Sociales en la Universidad de México, y sólo en 1967 se establecieron los programas de posgrado (*i. e.*, de doctorado).

³⁵ La práctica de que abogados impartan clases no jurídicas en las facultades de derecho es muy común aún hoy. Cursos que van desde la economía a la sociología, o cursos de más reciente introducción en la enseñanza jurídica como matemáticas o ciencias políticas, con frecuencia son aún enseñados por profesores formados exclusivamente como abogados. Con un vistazo a la educación jurídica hoy en día se puede apreciar que otras disciplinas se han infiltrado en el plan de estudios de la educación jurídica, y sin embargo no han transformado metodológicamente la doctrina jurídica. En lo que a la doctrina jurídica respecta, la dogmática jurídica permaneció incontestada.

³⁶ Para una explicación detallada de este proceso, véase Margadant, 2001: cap. XII.

³⁷ “Afortunadamente, la ciencia moderna en este momento lanza olas de luz sobre las sombras metafísicas en las que el rencor de las pasiones había envuelto al fértil problema que nos ocupa” (Pallares, 1897b: XCVIII). Las “sombras metafísicas” se refieren al “criterio teológico y metafísico, hoy ya eliminado poco a poco de las ciencias sociales” (*ibid.*, CXI).

³⁸ A un autor se le puede elogiar por ser “uno de los más prominentes [...] de la escuela moderna” (Sierra, 1860). La insistencia en la modernidad de la ciencia jurídica más consciente y autoafirmante se encuentra en el énfasis que recibe su carácter científico. La doctrina jurídica es “la ciencia de los orígenes históricos y racionales del derecho” (Verdugo, 1897: 6).

³⁹ Mateos Alarcón, por ejemplo, se dirige a un foro científico cuando asegura que está escribiendo su tratado sobre derecho civil instigado por “abogados respetables de reputación científica aclamada”

(Mateos, 1885: 3). Las pretensiones científicas de la doctrina jurídica moderna se manifiestan en la revista jurídica mexicana más importante de finales del siglo XIX y principios del xx llamada *La Ciencia Jurídica*; su subtítulo era “Revista y biblioteca quincenal de Doctrina, Jurisprudencia y Ciencias Anexas”. En su presentación, el editor en jefe, Agustín Verdugo, aseguraba que “inaugura[mos] hoy la ‘Ciencia jurídica’ sin más pretensión que contribuir desde nuestra pequeñez científica” (Verdugo, 1897: 5).

⁴⁰ Un código civil modelo se considera “una obra científica monumental” ofrecida “al mundo científico” (Méndez, 1894: 11). La redacción del Código Civil mexicano se considera “trabajo científico” (*ibid.*, 14).

⁴¹ El código, siendo producto de la ciencia, es, por consiguiente, “ajeno a opiniones políticas” (Méndez, 1894: 23).

⁴² El énfasis se hace sobre ciertas doctrinas que son “[...] de importancia total por los efectos legales que producen [...]” (Mateos, 1885: V 3, 10), o bien una distinción específica se elogia por ser “de gran utilidad práctica, ya que determina importantes efectos legales” (*ibid.*, 7).

⁴³ Aunque no está claro lo que entendían los juristas del siglo XIX por “práctica”, ya que sus discusiones tienden a ser formalistas y abstractas (Mateos, 1885: V 3, 6).

⁴⁴ Juzgando a partir de la obra de los mismos autores que se adjudican esta perspectiva científica social moderna, el éxito de este intento por transformar el derecho en una ciencia jurídica empírica es, en el mejor de los casos, cuestionable. La historia y la teoría social utilizada por los juristas frecuentemente es muy pobre, y rápidamente vuelve a caer en los debates doctrinales comunes y en las herramientas metodológicas de las tradiciones jurídicas medievales. Por ejemplo, entre las páginas XCVIII y XCIX, Pallares agota la historia de la evolución jurídica y social desde los Estados-ciudades griegos hasta la Revolución francesa, todo enmarcado como una tensión que evoluciona entre “la tradición científica en su marcha progresista” y las fuerzas antagónicas del despotismo y la barbarie, las cuales “frenaron” a la primera “por diez siglos” (Pallares, 1897b: CXIV).

⁴⁵ La reprojeción de la teología antigua como ciencia nueva es aún más evidente cuando se consideran figuras transicionales, como Clemente Munguía, director del Seminario de Morelia, y más tarde obispo de Michoacán. Fue un prominente intelectual conservador y católico que, deliberadamente, intentó interpretar las ideas modernas sobre el derecho en armonía con la teología tomista ortodoxa. Para este autor, el impulso en busca de la verdad de la ciencia coincidía con el cuestionamiento teológico (Munguía, 1844: t.1, 3).

⁴⁶ Aunque existen ejemplos al margen de cada categoría que no coinciden con la otra.

⁴⁷ Existe un sentido de continuidad en la tradición del *ius commune*, pero sólo en lo que respecta al derecho romano, y excluyendo el derecho canónico, lo cual se puede explicar como una consecuencia de la secularización.

⁴⁸ La innovación se presenta como la absorción de las ideas modernas más avanzadas en el desarrollo milenario de la tradición del derecho civil. El juego de la tradición o de la ruptura de la modernidad con el pasado es muy probablemente resultado de la necesidad de justificar ya sea la innovación o el rechazo a la innovación. Por ejemplo, el uso de la modernización y de la conservación de Justo Sierra es muy curioso. Por momentos lo encontramos aceptando algunas innovaciones porque “los tiempos están listos”, mientras que en otros rechaza otros cambios porque “están completamente fuera de nuestras costumbres” (Méndez, 1894: III). Confiesa que sigue el código francés, pero especifica que las desviaciones de éste tienen el fin de “preservar lo que es insuperable en el derecho nacional, o bien introducir las reformas que el espíritu de los tiempos reclama” (Pallares, 1897a: I).

⁴⁹ En el prólogo, Verdugo especifica a los autores que utilizará: todos son comentaristas franceses del Código Napoleónico. Menciona a Duranton, Troplong, Boileux, Toulhier, Laurent “y muchos otros” (Verdugo, 1885: V). También cita a comentaristas anteriores a la codificación y que fueron ampliamente utilizados en la codificación como, por ejemplo, Pothier (véase Verdugo, 1885: 1).

⁵⁰ No obstante, él rara vez lo hace (Verdugo, 1985: VII).

⁵¹ También, “[...] el Código Civil, que contiene los principios generales de la legislación de un país, es la base y los cimientos de todos los otros códigos, y simultáneamente su complemento” (Méndez, 1894: 30).

⁵² El código, “[...] para ser duradero, es y debe ser ajeno a las opiniones políticas, manteniéndose en la elevada esfera de la justicia [...]” (Méndez, 1894: 23).

⁵³ “[...] estableciendo por medio de la generalización, doctrinas de verdad incuestionable a las que la antigüedad apenas y se asomaba [...] Otra verdad, también consagrada por la ciencia [...] siempre será verdad que [...]” (Montiel, 1877: 70). “Este artículo es menos científico que el Código portugués [...]” (*Ibid.*, 156.)

⁵⁴ Por supuesto, esto es resultado de una transformación prolongada en la autoridad legal mediante la cual las autoridades humanas han venido a legislar legítimamente más y más libremente, primero el *ius novum* del papa, luego los libros de derecho real, y finalmente las asambleas legislativas representativas.

⁵⁵ Siendo más un producto humano que una manifestación divina, las imperfecciones del texto jurídico moderno se vuelven más fácilmente aceptadas, y su interpretación, más aceptable de lo que habían sido los textos medievales.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, la explicación de la regla que establece la igualdad ante la ley, artículo 1 del Código Civil, explicado en Verdugo (1885: 1-8).

⁵⁷ Esta idea de que el sistema de comentario doctrinal permite una separación del orden exacto del texto sugiere la incipiente importancia relativa de la doctrina y del sistema en cuanto al textualismo estricto. La tensión entre el homenaje retórico y la desatención al texto legislativo en la práctica se explica en conjunción con el legado de la teología moral tomista a la ciencia jurídica moderna, explorado más adelante.

⁵⁸ Las cursivas son mías. Montiel y Duarte también atribuye los vacíos legales a la falta de imaginación de los humanos, ya que “está más allá de la posibilidad humana prevenir todos los actos que puedan estar sujetos a controversias” (Montiel, 1877: 167).

⁵⁹ Tanto el sentido o espíritu natural de la ley como los principios generales de derecho hacen recordar los dos modelos mediante los cuales se obtiene la ley de más allá del texto explícito (observación y lógica): de la naturaleza o esencia de las cosas, y abstrayendo principios generales de reglas particulares dentro del texto, y luego deduciendo soluciones a partir de éstos. El primer caso se estudiará más a fondo en la sección “Los legados de la creación”; el segundo viene del uso de la lógica como herramienta para interpretar los textos autoritativos dentro del modelo de creación.

⁶⁰ Un sistema jurídico unificado no era sólo posible sino ya toda una realidad en otras partes, ejemplificado por la “serena y feliz unidad legislativa de Francia” (Verdugo, 1897: 8).

⁶¹ Cuando, por ejemplo, Mateos Alarcón habla de la interpretación doctrinal, menciona dos tipos: la lógica y la gramática: “La primera tiene como objeto el descubrimiento del espíritu de la ley; la segunda, fijar su sentido literal”. Luego expone los métodos principales de interpretación propuestos por “los autores”: refiriendo partes del texto a otras partes relacionadas, estudiando leyes antiguas y los trabajos preparatorios para la redacción de la ley, considerando las circunstancias de la aplicación concreta del precepto para así restringir o aumentar su alcance, analogía, argumentos *a contrario sensu*, argumentos *a maiore ad minus* y *a minore ad maius* (Mateos, 1885: t. 1, 24). Estas técnicas interpretativas que Mateos Alarcón atribuye a sus colegas modernos son técnicas interpretativas que surgieron de la tradición del *ius commune*.

⁶² La naturaleza sistémica del derecho y de la doctrina jurídica resulta evidente en el título de Verdugo: *Principios de derecho civil mexicano, comentados según los más célebres jurisconsultos, las leyes antiguas romanas y españolas y las ejecutorias de los diversos tribunales de la República*.

⁶³ La deducción no es el único recurso lógico que se utiliza: Montiel y Duarte, por ejemplo, asegura que utiliza la inducción: “Resumiendo todas estas doctrinas, podemos establecer el principio general que, de acuerdo a la jurisprudencia moderna [...]” (Montiel, 1877: 68).

⁶⁴ Por ejemplo, todo el tratado de Munguía está construido sobre una estructura deductiva, partiendo de una ley derivada de la misma naturaleza del hombre, la cual ya había sido identificada por Aquino: amar a Dios sobre todas las cosas, y al prójimo como a uno mismo (Adame, 1988: 33). Al desplegar la ciencia jurídica, Munguía asegura: “No haremos otra cosa que voltear la atención de todos hacia esta riqueza desconocida” y, utilizando estas verdades evidentes, “reunir lo que está disperso y de

esta manera vislumbrar todas las relaciones que por falta de un sistema todavía no son patrimonio de la mayoría de los ciudadanos” (Munguía, 1844: 4).

⁶⁵ Por ejemplo, un cuestionamiento doctrinal exitoso da cuenta de “la causa, la naturaleza y los efectos jurídicos” de instituciones jurídicas específicas.

⁶⁶ Mateos Alarcón reprueba algunas distinciones por ser “meramente escolásticas” y “sin resultado práctico”. O bien las divergencias entre el Código Civil nacional y los códigos extranjeros se justifican “para extirpar la distinción aceptada sólo en parte por ellos, lo que es meramente escolástico y sin utilidad”. La fórmula “mera[mente] escolástica y sin utilidad práctica” se repite a través del tratado de Mateos Alarcón. Una doctrina con la que el autor está de acuerdo se defiende por “no ser ni inútil ni meramente escolástica” (Mateos, 1885: t. 3, 6, 5, 9 y 39).

⁶⁷ Esta postura contradice la reverencia a la legislación descrita en la sección anterior sobre el legado del *ius commune*.

⁶⁸ “La doctrina antes mencionada se puede probar mediante varios ejemplos” (Montiel, 1877: 162). Otro ejemplo, de otro fragmento: “[...] prueba la falsedad de la doctrina”. (*Ibid.*, 320.)

⁶⁹ “Los hombres reciben de la naturaleza derechos que son tan idénticos, que nadie puede reclamar por otro más de lo que el otro puede reclamar de él” (Munguía, 1844: 24). Según Munguía, “la ley rige” “relaciones naturales” preexistentes, tales como “el matrimonio, la custodia, legitimación mediante el matrimonio, derechos recíprocos de la pareja adoptante” (*ibid.*, 23). La ley tiene un papel instrumental que jugar en cuanto al derecho: las leyes no sólo autorizan relaciones naturales preexistentes, sino que también articulan “los medios” para que funcionen; por ejemplo, la ley estipula la manutención de menores y “sitemiza [*sic*] la manera en que las familias se suceden” (*ibid.*, 23).

⁷⁰ “Los preceptos de ley, excepto las condiciones esenciales de los contratos, se aplican solamente para reemplazar las omisiones de las partes, ya que, en cuanto a ellas, reina el principio que declara que la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos” (Mateos, 1885: t. 3, 19-20). “[...] las partes contratantes pueden establecer las condiciones y cláusulas y renunciaciones que consideren convenientes en los contratos, sin limitaciones, excepto el respeto a la moral y las buenas costumbres, así como la observación de los requisitos esenciales que la ley requiere para la validez de cada uno, según su naturaleza especial” (*ibid.*, 53).

⁷¹ “Este principio ha sido expresamente aprobado por los artículos [...]” (Mateos, 1885: t. 1, 14); “el principio que dice: *Res inter alios* [...] el cual, aunque en diferente formulación, ha sido aprobado por el artículo [...]” (Mateos, 1885: t. 3, 20). “Los principios que hemos establecido han encontrado aprobación en los preceptos del Código Civil [...]” (*ibid.*, 37). “[...] este principio ha encontrado aprobación adecuada en el artículo 1427 del Código Civil [...]” (*ibid.*, 53). “[...] esta determinación de ley no es más que la reproducción de los principios que hemos seguido” (*ibid.*, 66).

⁷² Las cursivas son del original.

⁷³ “Nuestro Código Civil, al confundir sociedades de derecho civil con la personalidad de asociaciones de las que nos ocupamos, dictamina que las asociaciones y corporaciones que están autorizadas o permitidas legalmente tienen personalidad jurídica” (Pallares, 1897a: CLVII).

⁷⁴ La cuestión específica que Pallares enfrenta es si los bienes de una corporación son “propiedad privada” en el sentido de derecho fundamental de la palabra. La ley explícitamente prohíbe que los bienes que no estén en posesión de individuos sean protegidos por el derecho fundamental a la propiedad privada, pero Pallares afirma que, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, los bienes en posesión de corporaciones mercantiles son en verdad propiedad de individuos. “En el derecho mexicano sucede lo contrario; pero como la ley no puede cambiar la esencia de las cosas, es evidente que la ficción de personalidad de las corporaciones es una cuestión de palabras, no de hechos, y que la propiedad privada de las corporaciones es tan propiedad privada si se les llama ‘personas morales’ o si no” (véase nota al pie, en Pallares, 1897a: CLXIV).

⁷⁵ En el 4º título del libro 3, Mateos Alarcón sostiene que “el Código Civil no define lo que es un cuasi-contrato, ni establece las reglas bajo título especial de las obligaciones que se derivan de los cuasi-contratos, pero en cambio se limita a incluir solamente las que se refieren al pago indebido y gestión de negocios, que son dos de las clases de [cuasi-contrato]” (Mateos, 1885: t. 3, 5).

⁷⁶ Un contrato consensual requiere solamente el acuerdo entre las partes para transferir derechos o

crear obligaciones; un contrato real requiere que la cosa cambie de posesión para que los derechos relacionados con ésta se transfieran entre las partes.

⁷⁷ “Es decir, todos los contratos son consensuales entre nosotros, y por eso no existe interés práctico en la división a la que nos referimos [entre contratos reales y consensuales], al grado que, como lo dice Laurent, la necesidad de la transferencia en los contratos reales es resultado de la naturaleza de la cosa misma; porque dichos contratos imponen a una de las partes la obligación de restituir lo que recibe, y para poder restituirlo es necesario que lo reciba” (Mateos, 1885: 16).

⁷⁸ “[...] desafortunadamente la obra maestra no ha sido escrita todavía, la obra fundamental del derecho que dé y enseñe el criterio verdadero para interpretar la ley [...]” (Pallares, 1979: 522-523).

⁷⁹ Algunas palabras sobre las transformaciones semánticas a las que me refiero pueden ayudar a navegar por los ejemplos a continuación. Un término técnico aristotélico puede mantenerse, pero al estar fuera de su marco teórico, su significado fue llevado de lo técnico a lo literal y no técnico. Por ejemplo, “forma” o “formal”, en la teoría de contratos del siglo XIX, pierde su significado técnico aristotélico (como en el caso de “causa formal”) y toma un significado literal, la manifestación externa de un contrato (i. e., escrito u oral). En otras ocasiones, el término técnico que se refiere a una causa aristotélica puede ser sustituido por un término distinto, pero el significado es muy similar al original. Por ejemplo, el Código Civil de 1884 se refiere a la “causa final” como “objeto” y Mateos Alarcón la llama “fin”, “objeto” u “objeto lícito”. Un resultado más de la supresión del marco teórico explícito es que cosas distintas sean identificadas por autores distintos como una u otra “causa”. Por ejemplo, Mateos Alarcón se refiere a la capacidad de las partes contratantes como el equivalente a la causa eficiente aristotélica. Por el contrario, Jacinto Pallares emplea el consentimiento de las partes como la causa eficiente: “el libre consentimiento de las partes contratantes” es “la causa eficiente de las obligaciones civiles” (Pallares, 1979: 535). Con “obligaciones civiles” el autor se refiere a los contratos.

⁸⁰ El código modelo de Sierra también hacía referencia a éstas, con jerga más parecida al original aristotélico, como los “requisitos esenciales para la validez de los contratos” (Sierra, 1860: 228, artículo 1019). En general, el código modelo de 1860 de Sierra es más similar a la tradición aristotélica que el código de 1884, lo cual puede ser un reflejo de la tendencia —cada vez mayor— a no referirse explícitamente a la ciencia jurídica premoderna a finales del siglo XIX. Por ejemplo, la sección que corresponde al “objeto lícito” en el código de 1884 (conocido como “objeto definitivo” en el texto de Sierra) se titula “Sobre la naturaleza y objeto de los contratos”, pero no hay referencia alguna a la “naturaleza” de los contratos en los artículos ahí contenidos. Esto sugiere que “naturaleza” y “objeto” se refieren a una sola cosa, lo que corresponde a la causa final de los contratos (*ibid.*, 231). La confusión concuerda con mi interpretación de que causa final y causa formal se corresponden una con otra en el método teleológico conceptual. Véase también aquí el capítulo I, “[Obra doctrinal de los escolásticos segundos](#)”. La importancia de la naturaleza-objeto-fin de un contrato se manifiesta en el artículo 1058 del Código Civil modelo de Sierra, el cual afirma que “[cuando] las palabras pueden tener distintos significados, el más adecuado a la naturaleza y objeto del contrato será admitido” (*ibid.*, 238).

⁸¹ Aunque fue publicado en 1885, el tratado de Mateos Alarcón comenta el Código Civil de 1870, no el de 1884. El autor a menudo cita el artículo correspondiente al código más nuevo, aunque no siempre. Los códigos se asemejan mucho, aunque no son idénticos. Las citas de Mateos Alarcón del código de 1870 ayudan a ilustrar lo persistente que fue la influencia de las cuatro causas en las distintas codificaciones.

⁸² Véase aquí el capítulo I, la sección “[Obra doctrinal de los escolásticos segundos](#)”.

⁸³ Como ya se mencionó, Mateos Alarcón comenta el Código Civil de 1870 —es decir, el código que precede al que se cita arriba— al que parafrasea de la siguiente manera: “El Artículo 1395 del Código Civil, señala como circunstancias esenciales para la validez de un contrato, las siguientes: 1^{er}o Capacidad de las partes contratantes/2^{do} Consentimiento mutuo/3^{er}o Un objeto lícito” (Mateos, 1885). El resto de la lección sobre contratos se dedica en gran parte a explicar cada una de estas “circunstancias”. Estas “circunstancias esenciales” también evocan el plano de las cuatro causas aristotélicas: la capacidad de las partes contratantes tiene que ver con la causa eficiente de los contratos; el consentimiento mutuo se refiere a la causa material de los contratos, y el objeto lícito se refiere a la causa final de un contrato. Aquí encontramos sólo tres de las cuatro causas. La falta de una

causa formal entre las circunstancias esenciales de los contratos podría confirmar mi entendimiento de la versión salmantina de la teoría de las cuatro causas, en el que la causa final y la causa formal se confunden. El vocabulario del código de 1870 —“circunstancias esenciales”— evoca más de cerca sus precedentes aristotélicos que su contraparte de 1884.

⁸⁴ Se debe tener en mente que Mateos Alarcón está siguiendo el código de 1870, el cual menciona tres circunstancias esenciales, y no cuatro como el código de 1884. Véase *supra* nota 81.

⁸⁵ En la sección II habla de partes con capacidad, *i. e.*, quién puede celebrar un contrato y quién no (Mateos, 1885: t. 3, 22-26). La sección III trata de consentimiento mutuo. Aquí Alarcón repite la definición de contrato: “Un convenio, el cual se forma por consentimiento, es decir, la concurrencia de las voluntades de dos o más personas sobre la misma materia, para crear relaciones jurídicas” (*ibid.*, 27). Mateos Alarcón pasa el resto de esta sección especificando más a fondo que estas voluntades concurrentes consisten en oferta y aceptación, y advierte que “debe existir conformidad entre la oferta y la aceptación, en cuanto a las cosas y la naturaleza del contrato, así como sus modalidades” (*ibid.*, 28). La sección IV trata del “objeto de los contratos” y está marcada por la confusión entre los dos significados de la palabra objeto, una meta y una cosa. “Los objetos de los contratos pueden ser todas las cosas y todos los actos o servicios de los hombres, sin más limitaciones que el poco número señalado por la ley [...]” (*ibid.*, 45).

⁸⁶ Aunque el significado preciso de los términos “causa” y “objeto” no está claro (el primero aparentemente se refiere a la motivación, en cuyo caso sería el equivalente funcional de la causa final; el segundo, a la conducta o cosa que está sujeta a obligaciones y derechos en virtud del contrato, en cuyo caso sería el equivalente funcional de la causa material), la dicotomía entre esencia y accidente es muy clara. Las cursivas son mías.

⁸⁷ Las cursivas son mías.

⁸⁸ Las cuatro causas no siempre se traducen en equivalentes funcionales para ser usados en la ciencia jurídica moderna. Por ejemplo, el concepto de la persona moral se define como “corporaciones o asociaciones temporales o perpetuas, fundadas con el fin o motivación de utilidad pública o mixta entre utilidad pública y privada, las cuales en sus relaciones civiles representan una entidad jurídica” (Mateos, 1885: t. 1, 29). Más adelante, en la sección específicamente sobre personas morales, Mateos Alarcón describe los “caracteres esenciales” de dichos entes: “un objeto de utilidad pública o mixto entre utilidad pública y privada” y “que sean autorizados por la ley” (*ibid.*, 48). Estos dos “caracteres esenciales” coinciden, por su parte, con la causa final y la causa formal (alterada) (como ya señalé anteriormente, en la doctrina del siglo XIX la “forma” se refiere específicamente a la forma legal que toma una relación jurídica, no a la causa formal metafísica). Por supuesto, podemos poner al descubierto el equivalente funcional de una causa eficiente (si la persona moral es una asociación o corporación, la causa eficiente es el grupo de personas que se asocian o incorporan) y de una causa material (los bienes incorporados y las relaciones regidas), pero el autor se concentra solamente en el equivalente funcional de las causas formal y final.

⁸⁹ Esta supresión fue, obviamente, un fenómeno más amplio. “Los juristas del siglo diecinueve ya no afirmaban que sus conclusiones se derivaban de principios filosóficos mayores. Decían que ellos estaban meramente describiendo la ley en vigor en sus propios países. En Inglaterra y los Estados Unidos, decían estar interpretando la decisión de los jueces; en Francia, el Código Civil francés; en Alemania, los textos romanos del *Corpus iuris*, los cuales no fueron sustituidos por el Código Civil alemán sino hasta 1900. No obstante, los juristas anglo-americanos, franceses y alemanes llegaban a conclusiones doctrinales similares mediante rutas similares. Purgaban las doctrinas de los abogados naturales de conceptos y principios aristotélicos que les parecían equivocados o ininteligibles. Doblaban y estiraban las ideas que preservaban para que hicieran el trabajo de las que habían abandonado. Luego, como autoridad para sus conclusiones, citaban un fallo, el Código Civil francés, o un texto romano” (Gordley, 1991: 161) [trad. del autor].

⁹⁰ Citando al autor Gutiérrez Fernández.

⁹¹ Véase, por ejemplo, la clasificación de contratos bilaterales en contratos bilaterales perfectos y contratos bilaterales imperfectos (Mateos, 1885: t. 3, 8).

⁹² La administración formal podría ubicarse también dentro de la causa material, pero considerando el entendimiento literal de “formal” que el siglo XIX parece haber adoptado, la administración podría considerarse la causa formal de la entidad jurídica.

⁹³ Las cursivas son del original.

⁹⁴ Además, la interpretación literal del texto no es sólo imposible, sino producto de la ignorancia: “Aquellos que defienden la supremacía o soberanía del texto literal ignoran lo que un código es en verdad, lo que la ciencia jurídica es, lo que es la legislación positiva” (Pallares, 1979: 525). Pallares, sin embargo, niega que la interpretación sea una empresa creativa porque “[...] ciertamente es verdad y un principio de legislación que el Juez no tiene la facultad de enmendar y corregir las leyes, y por ende no debe de corregirlas bajo el pretexto de interpretarlas cuando éstas son claras” (*ibid.*, 525-526). La interpretación no es creativa porque es científica, meramente describe lo que ya es (*ibid.*, 525).

⁹⁵ Las cursivas son mías.

⁹⁶ Por ejemplo, cuando Tomás de Aquino habla de dos tipos de derecho natural, primeras premisas y preceptos secundarios (véase aquí el [capítulo I](#)). Pallares habla de “dos fases o [...] dos grupos de leyes: uno correspondiente a las necesidades más movibles y transitorias de la vida social y que por ende tiene un cierto carácter empírico y real; y otro que se refiere a las necesidades más permanentes de la vida humana, previstas, estudiadas, clasificadas y sujetas a métodos lógicos, que presentan por esta razón un carácter científico e inician la expresión, no de la voluntad fugaz y empírica del legislador, sino de los avances de la experiencia, el trabajo y las transformaciones de los sentimientos que han [sido] producidos en la concepción del derecho, en las relaciones jurídicas de los hombres, en la manera de juzgar y de regir los actos de la vida humana” (Pallares, 1979: 523).

⁹⁷ Las cursivas son mías.

¹ Antes que nada, durante ese periodo formativo los supuestos comunes fueron expresados y afirmados de manera más clara, debido en parte al carácter constructivo de los juristas que establecieron esta práctica, en un intento deliberado por desasociarse de los orígenes medievales y teológicos de las prácticas jurídicas que los precedieron. Hoy en día, con la práctica de la ciencia jurídica moderna ya bien establecida, los supuestos subyacentes y los modelos metodológicos se utilizan, pero raramente se mencionan. Segundo, las obras doctrinales de ese periodo que están disponibles son comparativamente pocas. La sobreabundancia actual de tratados (muy similares) hace difícil la selección de unos cuantos como muestra. Tercero, la secularización cada vez mayor y el avenimiento del positivismo como ideología jurídica dominante han enterrado las referencias a lo esencialista —como la naturaleza— muy por debajo de la superficie. Hoy, como se ejemplifica más adelante, las referencias a la naturaleza tienen que ver casi exclusivamente con naturalezas jurídicas, y rara vez con la naturaleza humana o con la Naturaleza. Esto no quiere decir que el esencialismo ya no informe la doctrina jurídica —yo propongo lo contrario—, sino que su influencia está mucho más encubierta.

² Lo hago por tres razones: porque es muy probablemente el área en la cual los orígenes teológicos de la ciencia jurídica moderna están presentes de manera más clara; porque es un área de influencia desproporcionada en la dogmática jurídica (lo cual espero demostrar con una breve referencia al derecho administrativo), y porque hace más fácil seguir la genealogía que he ido examinando. La doctrina contemporánea de contratos explica la legislación contemporánea de contratos. La mayoría de los tratados se centran en el Código Civil Federal de 1929 (el cual reemplazó al código de 1884). En el tema del concepto de contratos, los dos artículos centrales del código actual son los siguientes. El artículo 1794 dispone que “[...] para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato”. El artículo 1795 señala: “El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”. Con frecuencia, la doctrina ha leído estos artículos para establecer dos cosas distintas sobre los contratos; por ejemplo, Ernesto Gutiérrez y González los llama “elementos de existencia” en cuanto al primer artículo, y “requisitos de validez” en cuanto al segundo (Gutiérrez, 1997). Ramón Sánchez Meda llama a los primeros “elementos de existencia” y a los segundos “elementos de validez” (Sánchez M., 1999). Todas sus doctrinas, así como todas las que se analizan más adelante y la mayoría de los tratados sobre la doctrina de contratos, por lo general se siguen entre sí, aunque difieren en cuanto a la nomenclatura exacta y las implicaciones que derivan de estos artículos. Señalaré las diferencias interesantes o significativas en las notas conforme siga al autor principal.

³ Al escoger el tratado de Zamora y Valencia procuro ser lo más favorable posible a la doctrina de contratos moderna. El texto de Zamora y Valencia se encuentra entre los libros más prestigiosos y populares en la materia, y el autor está muy lejos de ser considerado un escritor atípico o radical en el ramo. También es, en mi opinión, uno de los libros de texto mejor escritos y más claros en la materia. En las notas también me referiré a otros dos tratados, para así ilustrar mejor y aclarar mis argumentos.

⁴ Lo cual es un buen ejemplo de la importancia de los conceptos y las definiciones en la ciencia jurídica moderna. Véase ahí el capítulo 3, [“La importancia de los conceptos y las definiciones”](#).

⁵ Sánchez Meda, siguiendo el texto del código, relega la “forma” a los requisitos no esenciales de la validez de los contratos (Sánchez M., 1999: 25). Por su parte, Gutiérrez y González presenta dos modelos diferentes. En el primero, de aplicación general, la forma es un “requisito de validez”, y por ende no es esencial para un contrato; en el segundo, el cual es excepcional, la forma se eleva al rango de “solemnidad” porque se requiere expresamente para la existencia del contrato según la ley, como en el caso del contrato de matrimonio (véase Gutiérrez, 1997: 219-221).

⁶ Cf. aquí, en el capítulo I, “Obra doctrinal de los escolásticos segundos”.

⁷ Consentimiento “como elemento de existencia” se define como “la unión o conjunción acordada [*sic*] de voluntades del sujeto contratante, de acuerdo a la norma, para así crear o transmitir derechos y

obligaciones” (Zamora, 1997: 29). Aunque un tanto confusa, esta definición se refiere principalmente a la unión de voluntades, es decir, a un acuerdo.

⁸ Zamora define el “objeto como un elemento de existencia” como “la conducta [...] y esa conducta puede manifestarse como una prestación o como una abstención”. Advierte, en respuesta a una interpretación común, que el objeto como conducta puede confundirse y, a menudo, se confunde (pero no debiera) con “los objetivos o finalidades del contrato, los cuales han de producir las consecuencias que consisten en la creación o la transmisión de derechos y obligaciones”. Considero que su interpretación de qué debe entenderse como “objeto” revela las confusiones creadas con la pérdida de las acepciones técnicas explícitas de las nociones filosóficas que subyacen a la doctrina de contratos. Aquí, el escritor nota la confusión entre la palabra “objeto” como objeto y como objetivo, pero al no estar consciente de los fundamentos metafísicos de la doctrina que interpreta elige una acepción muy distante de la que sería requerida si se reconocieran explícitamente las cuatro causas aristotélicas. Como veremos más adelante, otros escritores enfrentan estas dificultades pero logran interpretar “objeto” como objetivo, o finalidad. Todos los escritores distinguen entre el “objeto” como el objeto “mediato”, y “objeto” como el “objeto inmediato”. Regularmente se refieren al segundo como una cosa o conducta que se involucra en el contrato, y al objeto “inmediato” como “la creación o transmisión de derechos y obligaciones” (Sánchez M., 1999: 25). Gutiérrez y González por lo general coincide con Sánchez Medal, pero utiliza terminología distinta: la “creación o transmisión de derechos y obligaciones” es el “objeto directo” de un contrato, y “una conducta de dar, hacer o no hacer” es el “objeto indirecto” del contrato y el “objeto directo” de la obligación, la cual es el objeto directo del contrato (véase Gutiérrez, 1997: 277). Zamora y Valencia, por su parte, considera que el objeto inmediato es la conducta, y el objeto mediano es una cosa. A la creación de derechos y obligaciones la considera consecuencia de los contratos, y no un elemento (véase Zamora, 1997: 30-31). En cuanto a la correspondencia de los elementos de los contratos a las causas aristotélicas, lo que me interesa es el “objeto directo” u “objeto inmediato” de los contratos, ya que es ahí donde encontramos el elemento con propósito de los contratos, la finalidad o causa final. La confusión que surge de los usos equívocos de los términos técnicos se puede aclarar un poco revisando a otro escritor, Manuel Borja Soriano, reconocido como el más influyente y mejor informado en materia de obligaciones civiles del siglo XX. Él afirma, explícitamente, que el requisito de validez de que el objeto, motivo o finalidad de un contrato sea lícito originalmente se refería a la causa final, y que la preparación del Código Civil mexicano, que no distingue entre esas tres cosas, tenía la intención de anular la distinción que la doctrina había hecho identificando al “objeto” con la cosa o conducta sujeta al contrato. Además advierte sobre la confusión de la causa final de una obligación con su causa eficiente (está hablando de obligaciones, no de contratos, así que explica que la causa eficiente de una obligación puede ser un contrato, un delito, etc.; y no se refiere a la capacidad de las partes o a las partes mismas como causa eficiente) (Borja, 1997: 158-166). No utilizo a Borja Soriano como escritor central, porque su texto fue escrito en 1939 y es fundamentalmente una recopilación de citas de doctrina extranjera, organizada en relación con legislación nacional y extranjera. Su proximidad temporal con las doctrinas más antiguas puede ser la razón por la cual está más al tanto que sus colegas de los significados técnicos de términos como “causa”.

⁹ “La forma [...] es la manera en que el consentimiento en un contrato se exterioriza e incluye todas las señales sensibles de que las partes están de acuerdo o que la ley establece para lograr esa exteriorización” (véase Zamora, 1997). Como se mencionó al analizar la noción de “forma” en la doctrina de contratos del siglo XIX, el término “forma” pierde el significado técnico que tenía en el pensamiento aristotélico y adquiere el significado cotidiano de forma, o sea, la manifestación sensible de algo.

¹⁰ El capítulo 3 del tratado de Zamora y Valencia trata de “Los prerrequisitos de los contratos” a los cuales la mayoría de los otros escritores se refiere como “elementos de validez” de los contratos, a diferencia de los “elementos de existencia”, que se discutieron en los párrafos precedentes. Para Zamora y Valencia son: la capacidad legal de las partes, la falta de vicios en el consentimiento de las partes, y que el “objeto, motivo o finalidad” del contrato ha de ser lícito. Los tres se toman de la lista que presenta el Código Civil; véase artículo 1795, *supra* nota 2, exceptuando la forma, la cual Zamora y

Valencia considera un “elemento” de los contratos, y no un prerequisite de validez. Éstos ya fueron mencionados en el capítulo III, al estudiar la doctrina de contratos según ésta fue informada por el código de 1884, que no distinguía entre elementos de existencia y requisitos de validez. Los requisitos de validez y los elementos de existencia tienen un origen común relacionado con las cuatro causas: la causa final corresponde al elemento “objeto” y al prerequisite de que el objeto, motivo y finalidad sea lícito; la causa material corresponde al elemento “consentimiento” y al prerequisite de que el consentimiento esté libre de vicios —un vicio es “la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos esenciales de una institución”, en este caso el consentimiento (véase Gutiérrez, 1997: 327)—. La causa formal corresponde al elemento de “forma” (o “solemnidad”, para Gutiérrez), y la causa eficiente corresponde a la “capacidad legal de las partes”.

¹¹ El acto jurídico es uno de los conceptos fundamentales de la doctrina jurídica (junto con los hechos jurídicos, que no conllevan efecto jurídico deliberado), de los cuales el “contrato” es una especie. Gutiérrez y González lo define como “la manifestación externa de la voluntad que se hace con el propósito de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque la ley consiente esa voluntad” (Gutiérrez, 1997: 155). Al igual que los contratos, los actos jurídicos también tienen elementos de existencia y requisitos de validez. Aunque no analizo ese concepto en este trabajo, es un ejemplo de la influencia de las causas aristotélicas en la doctrina tan adecuado como lo son los contratos.

¹² Sobre los “requisitos de validez” y su relación con las causas aristotélicas, véase la discusión de los prerequisites de Zamora y Valencia (1997).

¹³ Este último artículo se interpreta en la doctrina bajo la teoría de los tres tipos de cláusulas que un contrato puede contener: esencial, natural y accidental, las cuales mencioné en los capítulos I y III (Gutiérrez, 1997: 451-455; Zamora, 1997). Sánchez Meda (1999: 27) menciona la distinción en tres tipos: esencial, natural y accidental en cuanto ésta se aplica a los elementos de un contrato, mas no de sus cláusulas. Inusualmente, también se refiere los orígenes escolásticos de esta distinción.

¹⁴ De aquí en adelante, en las citas de Gutiérrez y González las cursivas son mías.

¹⁵ Otro ejemplo de cómo la controversia saca a la luz los supuestos que subyacen se puede ver en el “Apéndice 1: La verdadera naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano” de Sánchez Meda. El fideicomiso normalmente se equipara con el “trust” del derecho anglosajón. En su apéndice, Sánchez Meda repasa, entre otras cosas, los errores doctrinales que surgen de equiparar el fideicomiso mexicano con el “trust” anglosajón. El ejemplo es demasiado largo y complejo como para incluirlo aquí, pero el título del apéndice es suficiente para señalar ciertos supuestos subyacentes sobre el papel de la verdad y la naturaleza en el pensamiento jurídico.

¹⁶ Define reticencia como “el silencio voluntario de uno de los contratantes al exteriorizar su voluntad, sobre uno o varios hechos ignorados por el otro contratante, y que se relaciona con el acto jurídico que se celebra” (Gutiérrez, 1997: 381).

¹⁷ El fraude, según el Código Civil (artículo 1812), es uno de los vicios del consentimiento que invalida un contrato. Según el artículo 1815, el fraude es “cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes [...]”

¹⁸ Gordley ilustra cómo los principios y métodos del pensamiento aristotélico-tomista aún informan las doctrinas jurídicas sobre propiedad, responsabilidad objetiva (tort), contratos y enriquecimiento ilícito (Gordley, 2006).

¹⁹ El concepto del “acto administrativo”, al igual que el “contrato”, se construye sobre la plataforma de las cuatro causas. “Los elementos esenciales del acto administrativo son: a) sujeto, b) voluntad, c) objeto, d) motivo, y e) finalidad; [un elemento] no esencial o [bien, elemento] de validez [es] la forma, aunque a veces ésta [también] es [un elemento] de existencia [es decir, un elemento esencial]” (Nava, 1995: 290). El sujeto es el “órgano administrativo”, el cual “expresa su voluntad mediante [...] el funcionario público” (*ibid.*, 291-292). El objeto de un acto administrativo “[...] consiste en producir efectos jurídicos, tales como crear, transmitir, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales”. El motivo se refiere a “las situaciones *de facto* o *de iure* que preceden y pujan por la producción del acto”. “Todo acto administrativo tiene una finalidad general, en tanto es de interés colectivo, y una finalidad propia o específica, la cual lo orienta” (*ibid.*, 293). La forma es cómo “el funcionario público

exterioriza la voluntad del órgano administrativo, el cual la doctrina y legislación reconocen y el cual es de dos tipos: expreso y tácito” (*ibid.*, 294). Si se reorganizan los elementos del acto administrativo con las cuatro causas en mente, el resultado es el siguiente: objeto y finalidad corresponden a la causa final; sujeto y motivo corresponden a la causa eficiente; voluntad corresponde a la causa material, y forma corresponde a la causa formal (y pierde su sentido técnico). La evolución de las causas en más de un elemento probablemente se deba al hecho de que la doctrina de contratos ya había desarrollado las ideas de motivo ilícito, objeto y finalidad de consentimiento como requisitos de validez. Otro cambio tiene que ver con el “motivo”. Aquí, el sentido de “motivo” es distinto y claramente influenciado por el requisito constitucional de que todos los actos administrativos tengan un motivo.

²⁰ Algunas de las estadísticas proporcionadas por la ministra Sánchez Cordero ayudan a apreciar la magnitud de la popularidad de la controversia constitucional. De febrero de 1995 al 7 de junio de 2002 se presentaron ante la Corte un total de 626 controversias constitucionales. Este número contrasta con las 142 acciones de inconstitucionalidad —el otro procedimiento constitucional que apuntaló la expansión de la jurisdicción de la Suprema Corte con la reforma constitucional de 1994— iniciadas durante el mismo periodo. Y sin duda, la utilización de la controversia constitucional ha aumentado desde entonces (véase Sánchez C., 2002).

²¹ SCJN, CC 22/2001. Visible en <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=43595>>.

²² “El orden jurídico constitucional tiende, además de establecer las reglas con base en las cuales deben ejercer sus funciones competenciales las autoridades, a preservar la regularidad en dicho ejercicio, consistente en que éste se lleve a cabo dentro del marco de las atribuciones establecidas, sin nunca rebasar los principios rectores previstos en la Constitución Federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico.” Es de notarse que el “orden constitucional” también se considera como algo con propósito. El uso de la palabra “tiende” recuerda el vocabulario del pensamiento aristotélico.

²³ Salvo pocas excepciones específicas, las sentencias de las cortes mexicanas al resolverse el Caso Electricidad eran privadas. Solamente las partes afectadas tenían acceso a la sentencia completa de la Corte. No obstante, cuando una corte del fuero federal considera que ha fallado en un asunto de importancia doctrinal, publica un fragmento de lo que se puede llamar la *ratio decidendi*, o “tesis”. Cuando cinco casos producen tesis que decidan una misma materia en el mismo sentido, dichas tesis se reformulan y se publican como “jurisprudencias”, las cuales son criterios de la Corte vinculantes para las cortes inferiores. Estas tesis son lo más cercano que existe al *precedent* (precedente) del derecho anglosajón. Solamente los tribunales colegiados y la Suprema Corte pueden producir jurisprudencias.

²⁴ Tanto la construcción de todas las tesis por parte del voto en mayoría, como su relación a la determinación de qué se considera dentro del ámbito de las controversias constitucionales son, a lo sumo, cuestionables. No obstante, este trabajo no se ocupa de analizar la retórica empleada por los votos de la Corte, sino solamente buscar la metodología que emplean.

²⁵ El texto completo es igualmente confuso.

²⁶ Las cursivas son mías.

²⁷ Las cursivas son mías.

²⁸ La mayoría ha anclado su interpretación de la controversia constitucional en el propósito de la justicia y el orden constitucionales. Es decir, se centra en lo que corresponde a la causa final de la justicia constitucional. Omite todo cuestionamiento de los “elementos sustanciales” que corresponderían a las causas materiales, eficientes o formales. Esta omisión, creo, no anula el argumento de que la mayoría está siguiendo el método teleológico-conceptual inconscientemente, pero sí refleja que lo hace de manera deficiente. Y las deficiencias se deben, en parte, al carácter no consciente de su despliegue. No obstante, podemos reconstruir lo que la mayoría pudiera haber contestado si se hubieran formulado las preguntas sobre las otras causas: la causa material es la “función interpretativa y de decisión” del poder. La causa eficiente tendría que ser la Corte misma, y, agregaría, las partes de la controversia.

²⁹ Es de notar que las citas en su mayoría son fragmentos del preámbulo que se refieren a todas las reformas propuestas (las cuales eran muchas y muy diversas), y no específicamente al establecimiento de las controversias constitucionales. Una vez más, la mayoría confunde el género y la especie.

³⁰ La doctrina constitucional mexicana establece que, además de los tres poderes de la Unión, existe un cuarto poder, el Poder Reformador de la Constitución, que en realidad es una compleja interacción entre una “súper mayoría” legislativa a nivel federal y la mayoría de los congresos estatales

³¹ Por supuesto, como se vio en el capítulo II, detrás de estas diferencias se encuentran consideraciones de corte político y no metodológico. Lo que quiero decir con esto es que la forma que estas diferencias toman es cuestión de la aplicación del método.

³² La manera en que los votos fueron redactados puede explicar tanto la similitud como la ejecución superior de los ministros concurrentes. Originalmente, el texto del voto concurrente, específicamente el sexto considerando, se tenía pensado como parte de la sentencia de la Corte. Cuando el ministro Silva Meza no obtuvo suficiente apoyo para su borrador, el ministro Azuela tomó la tarea de redactar la sentencia de la Corte. Así, pareciera que el ministro Azuela modeló su escrito en la estructura del texto del ministro Silva Mesa, pero hizo un peor trabajo a la hora de construir los argumentos.

³³ Aquí vemos de nuevo cómo la legislación positiva, y aun los precedentes judiciales, refuerzan conclusiones sacadas de consideraciones doctrinales, no motivan estas conclusiones. Este carácter secundario de la legislación y la jurisprudencia cabe bien dentro del modelo de creación.

³⁴ Por ejemplo, en un momento, el voto minoritario argumenta que la legislación no establece límites a las cantidades que las productoras privadas pueden vender al gobierno, de acuerdo con dos tipos de producción de energía eléctrica (autoconsumo y coproducción). La minoría aduce que el requisito de que las productoras privadas de energía eléctrica produzcan para su propio consumo no permite la conclusión de que “existe en la propia naturaleza de estas figuras la limitación de la venta de excedentes [de electricidad] a la Comisión Federal de Electricidad [...]”

³⁵ Esta sección fue publicada en parte en el texto Madrazo (2009b).

³⁶ Para una revisión de los cambios regulatorios en la materia véase Madrazo (2009a) y Vela (2010), así mismo *Gaceta Oficial del Distrito Federal* (27 de abril de 2007), décima séptima época, núm. 70, pp. 3-4; <<http://bit.ly/kiPhfd>>; para la exposición de motivos y procesos legislativos véase Asamblea Legislativa del Distrito Federal (2006, 23 de noviembre) *Exposición de motivos y dictámenes de la iniciativa* que reforma los artículos 145, 146, y deroga el 147 y 148 del Código Penal para el Distrito Federal; reforma el artículo 14, fracción II, y se anexa la fracción x del artículo 2 y los artículos 14 bis 1, 14 bis 2, 14 bis 3, 14 bis 4, 15 Bis 5, 14 bis 6 y se derogan los artículos 16 bis 6 y 16 bis 7 de la Ley de Salud del Distrito Federal, 23 de noviembre de 2006.

³⁷ Aunque la defensa de la vida “desde el momento de la concepción” es algo que, como la defensa del “derecho a la procreación” de la CNDH o del “matrimonio” de la PGR, pretende ser *constitucional* —tanto por el lenguaje que utiliza como por los instrumentos normativos que proclama la legítima—, no la analizamos en el presente trabajo. Una razón es el espacio. Otra es que la estructura que informa a esta argumentación no es tan clara como en los otros dos casos, pues dicho derecho simplemente se afirma sin mayor elaboración sobre qué significa y qué implica. Sin embargo, es una línea de argumentación que cuenta, como las otras, con una historia específica asociada al catolicismo.

³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4, párrafo segundo.

⁴⁰ Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por José Luis Soberanes Fernández, presidente de la CNDH, p. 29 previamente visible en <www.cndh.org.mx/lacndh/accionesIncontit/derechoVida.pdf> (en adelante, Demanda PCNDH). El documento se encuentra en archivo con el autor.

⁴¹ Existe una ambigüedad persistente en la totalidad de la demanda, ya que nunca se aclara si la “procreación” se refiere al acto sexual o a la fecundación. Por una parte, habría que identificarla con el acto sexual, por ser la fecundación un fenómeno que no depende estrictamente de la voluntad de una persona y, en consecuencia, no puede constituir el ejercicio de un derecho. Sin embargo, como se verá

más adelante, el “derecho de procreación” implica una “faceta” que depende de que efectivamente se dé la fecundación del óvulo. Una tercera alternativa sería que “procreación” se refiere a coito en la “faceta de libertad” y a fecundación en la “faceta de responsabilidad”, pero entonces habría que separar dos “derechos” por no tener relación ya entre sí. Véase *infra*.

⁴² Demanda PCNDH, p. 32.

⁴³ Utilizo el término “coito” porque se refiere específicamente al “ayuntamiento carnal del hombre con la mujer”, esto es, al acto sexual entre una pareja heterosexual por vía vaginal. Aunque nunca lo refieren explícitamente, creo que los proponentes del “derecho a la procreación” estaban pensando en ese tipo específico de acto sexual y no en otros.

⁴⁴ Demanda PCNDH, p. 32.

⁴⁵ Demanda PCNDH, p. 36.

⁴⁶ Bien puede llevarse a cabo la reproducción humana sin pareja, o el acto sexual, con fines reproductivos, realizarse con más de una persona a la vez. No interesa aquí contravenir su presunción de normalidad, sino simplemente entender cuál es el concepto de “derecho a la reproducción” que nos ofrece.

⁴⁷ Demanda inicial de acción de inconstitucionalidad sometida por Eduardo Medina-Mora Icaza, procurador general de la República, p. 96, en archivo con el autor (en adelante, Demanda PGR). Las cursivas son mías.

⁴⁸ El engrose final incluyó no sólo la sentencia y los votos concurrentes y disidente, sino también — como anexos al voto disidente— el proyecto rechazado y las intervenciones públicas de los tres ministros que formaron la minoría. A continuación se rescatan aquellos elementos del “derecho de procreación” ofrecido por el PCNDH y la PGR que fueron retomados por los ministros disidentes en el voto disidente únicamente por razones de espacio. Sin embargo se invita a quien esté interesado a revisar sus anexos, que son harto reveladores de la racionalidad que suscriben los ministros disidentes. Voto de minoría en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 54, en <<http://informa.scjn.gob.mx/sentencia.html>> (en adelante, Voto de minoría)

⁴⁹ Proyecto de sentencia realizado por el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, p. 368. En adelante, Proyecto.

⁵⁰ Voto de minoría, p. 55

⁵¹ Voto de minoría, p. 163

⁵² Voto de minoría, pp. 163-164. Las cursivas son mías.

⁵³ Voto de minoría, p. 172.

⁵⁴ Voto de minoría, p. 175.

⁵⁵ Voto de minoría, p. 56.

⁵⁶ El análisis de este caso fue tomado del texto Madrazo y Vela (2013). Quiero agradecer a Estefanía Vela la generosidad de permitirme usar nuestra investigación conjunta para enriquecer esta publicación.

⁵⁷ Hasta el año 2000, el Código Civil vigente en el Distrito Federal era el Código Civil Federal. Hacia finales de los años noventa, el Distrito Federal adquirió nuevas competencias y sus gobernantes pasaron a ser electos popularmente, ya no designados por el presidente de la República.

⁵⁸ Este artículo establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

⁶⁰ Se había aprobado en 2006 la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, primera regulación en materia de reconocimiento de las parejas del mismo sexo. La figura de “sociedad de convivencia” es el equivalente a las “uniones civiles” en otros países. La figura persiste hasta la fecha y es una opción *más* para las parejas del Distrito Federal.

⁶¹ Para un análisis pormenorizado del impacto de esta sentencia en la figura del matrimonio, véase Estefanía Vela Barba, *La Suprema Corte y el matrimonio: una relación de amor*, tesis para obtener el título de licenciada en derecho, ITAM, México, 2011.

⁶² Voto disidente del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.

⁶³ Para un análisis de las diferencias entre tratar el artículo 4, párrafo primero como una garantía institucional o como un derecho fundamental, véase (Vela, 2011: 133-138).

⁶⁴ Véase Vela, 2011: 33-34.

¹ Todas las traducciones de Smith, en estas páginas, son del autor.

² Smith lo ejemplifica con los unicornios. “O supón que te invito a un safari a cazar unicornios, y me contestas: ‘Qué absurdo. Los unicornios no existen’. Si te respondo que eres muy naíf metafísicamente hablando y que los unicornios sí existen —los puedes encontrar en la categoría de ‘bestias legendarias’—, no habré entendido tu punto. Y podríamos describir atinadamente estos tipos de pronunciamientos —sobre pegasos y unicornios— como pronunciamientos absurdos” (Smith, 2004: 15). Si considero a los unicornios algo que en mi inventario ontológico se ubica bajo el rubro de bestias legendarias, *i. e.*, un producto de nuestra imaginación colectiva, no puedo invitarte a que vayamos a cazar unicornios.

³ Las cursivas son mías.

⁴ En aras de la simplicidad, entendamos por normas propuestas que unen situaciones con consecuencias de manera normativa. Una norma describe una situación o un hecho abstracto y prescribe una conducta a seguir cuando una situación o un hecho concreto que concuerde con la situación abstracta descrita se presente. Tamayo y Salmorán ofrece una definición más amplia de norma, la cual, sin embargo, no amplía mucho el alcance de la noción que propongo. Menciona que “por ‘norma’ entendemos todo el material jurídico que sin exceso o deficiencia constituye una razón jurídica (un deber; un permiso) para actuar” (Tamayo, 1998: 134). Al hablar de “todo el material jurídico” Tamayo amplía la definición de lo que se considera una norma según descripciones más comunes. En otras versiones de lo que es una norma, las definiciones y los conceptos serían o bien fragmentos o normas, o no serían normas. Sin embargo, Tamayo agrega un filtro en su definición de norma al decir que son materiales jurídicos, razones para actuar “sin exceso o deficiencia”. Con este nivel de precisión, Tamayo puede, más tarde, deshacerse de partes de una definición o de un concepto que no contribuyan a establecer “razones para actuar”. Deshacerse de estos aspectos de definiciones o conceptos, o de valores, es precisamente lo que le permite a Tamayo afirmar que los juristas obran con normas, y sólo con normas; sin embargo, sostengo, es también lo que distorsiona de manera fundamental la representación de lo que los juristas hacen. Por estas razones, creo que la definición de Tamayo puede ser agrupada con confianza con las definiciones de normas más aceptadas, tales como propuestas que le añaden consecuencias normativas a situaciones descritas previamente.

⁵ Los dogmas existenciales que Tamayo simplemente enumera se explican a la luz de los orígenes del modelo de la revelación. La omisión de la relación entre los orígenes teológicos de la ciencia jurídica y los dogmas de la dogmática jurídica se tratará en una sección más adelante.

⁶ En mi opinión, este dogma particular revela de mejor manera los supuestos de Tamayo que los de quienes ejercen la dogmática jurídica.

⁷ Por supuesto, Aristóteles no era precisamente un teólogo, y sus cuatro causas son bastante seculares, pero debemos tener en mente que tanto Aristóteles como las cuatro causas —en la muy católica historia del pensamiento hispánico— estaban íntimamente relacionados con Tomás de Aquino.

⁸ Apunta a la “ciencia clásica,” en concreto a la *Analytica Posteriora* de Aristóteles, como el paradigma kuhneano de la dogmática jurídica (Tamayo, 1984 a: 282); identifica los “principios generales” del derecho con las *regulae* y las *maximae propositiones* (*ibid.*, 281), y hasta dedica un apéndice de su tratado sobre la teoría jurídica a la reformulación medieval de la ciencia jurídica romana.

⁹ “Sobre este punto, me atrevo a decir que los pontífices hicieron con la legislación romana arcaica lo que Publius Mucius Scaevola [Escévola] hizo con el *ius civile* de su época; lo mismo que Ulpiano hizo con el *Ad edictum*, lo que Bartolo con el *Corpus iuris civilis*, lo que Blackstone con las ‘leyes’ de Inglaterra, y lo que los civilistas franceses hicieron con los artículos 1382 y 1383 del *Code Civile*” (Tamayo y Salmorán, 1984a: 284-285).

¹⁰ Esta interpretación de la resistencia al cambio de la ciencia jurídica normal intenta explicar lo que parecieran características constantes extraordinarias de la ciencia jurídica en la tradición continental. Puede ser resultado de una cultura jurídica profesional de antiguo arraigo. Por ejemplo, en

los Estados Unidos, donde una cultura jurídica institucional se desarrolló relativamente tarde, la práctica de la ciencia jurídica pareciera estar más abierta a revisión. Paul W. Kahn (1992) presenta una imagen muy diferente de la teoría constitucional en los Estados Unidos, donde la teoría constitucional evoluciona de manera muy adaptable mediante modelos conceptuales del orden subsecuentes. También podría ser que mi interpretación sea demasiado pesimista, como resultado de haber estudiado lo mucho que la investigación jurídica contemporánea se asemeja a la teología moral medieval.

¹¹ Gordley señala que la supresión de la orientación teleológica de los conceptos ha tenido como resultado el “empacar” consecuencias normativas dentro de las definiciones. Ahonda en cuanto a los problemas que esto presenta (véase Gordley, 1991: cap. 7).

¹² Véase Gordley, 1991: conclusión.

Los glosadores (siglos XI-XIII) nos heredaron el “modelo de la revelación”, en el que se concibe el texto de la ley como la “revelación” de la voluntad del legislador, y corresponde al jurista desentrañarla, apoyándose en las reglas de la lógica, para darle sentido a su palabra. A los teólogos de la Escuela de Salamanca les debemos el “modelo de la creación”, en el que el derecho es reflejo de la voluntad divina tal como quedó plasmada en la naturaleza, por lo que resulta necesario descifrar la esencia de las instituciones jurídicas observándolas a fin de desentrañarlas. Del primero se deriva la relevancia que tiene el texto legislativo para la ciencia jurídica mexicana; del segundo, el peso de la doctrina.

La importancia de *Revelación y creación* radica en demostrar cómo, a pesar de que no se le reconoce, la influencia de la teología en el imaginario jurídico perdura hasta el presente y determina las maneras en que los juristas —incluida la Suprema Corte— enfrentan, conciben y buscan resolver los problemas sociales más significativos de la época. En este sentido, este texto ofrece una imagen más completa del quehacer jurídico contemporáneo y busca provocar reflexiones fundamentales sobre el pasado, el presente y el futuro de la ciencia jurídica.

Revelación y creación es una obra dirigida a quien quiera entender cómo se concibe, interpreta y estudia el derecho en México. En ella se ofrece una genealogía de la ciencia jurídica, que rastrea en la obra de los glosadores y de la Escuela de Salamanca los dos modelos analíticos que estructuran la forma en que concebimos el derecho hasta el día de hoy.

Índice

Agradecimientos	11
Presentación	14
Introducción	18
La arquitectura de la dogmática jurídica	19
La genealogía de la dogmática jurídica	20
Un estudio de caso	22
Los modelos conceptuales del orden	29
Esquema y fuentes	31
I. Revelación y creación. Antecedentes europeos del pensamiento jurídico mexicano	36
Introducción	36
La revelación: el advenimiento de los textos jurídicos	37
Instituciones emergentes y textos autoritativos	39
Interpretación de los textos	43
La expansión del ius commune	51
El ius commune: un acto de fe	53
La creación: el ascenso de la doctrina jurídica	55
Obra doctrinal de los escolásticos segundos	57
La importancia de la metafísica aristotélico-tomista	68
Conclusión	75
II. Migraciones. Revelación y creación en un nuevo mundo	78
Introducción	78
Iglesia, Estado y universidad	81
Leyes reales y derechos reales	82
La ortodoxia religiosa y el fervor evangélico	83
Derecho y burocracia	85
La universidad	87
Educación jurídica en la universidad	89
La encomienda	90
Mercaderes	100
Burócratas eclesiásticos	105
Conclusión	114

III. Fusiones y confusiones en la dogmática moderna	120
Introducción	120
Modernizando el derecho	124
Una ciencia moderna	134
El legado de la revelación	142
Los legados de la creación	148
Conclusiones: contradicciones y el dominio de la doctrina	164
IV. La dogmática jurídica y el pensamiento jurídico hoy en día	169
La dogmática jurídica contemporánea	169
Un papel contemporáneo para el método teleológico-conceptual	173
Controversia constitucional	174
La “controversia constitucional” del voto mayoritario	174
El voto concurrente	177
La mayoría vs. la minoría concurrente	180
El voto disidente	181
El derecho a la procreación	183
El matrimonio	193
Conclusiones: residuos e inercias del modelo de la creación	196
Conclusiones. La brecha ontológica de la dogmática jurídica	199
Brecha ontológica	199
Inventarios ontológicos	200
La brecha ontológica entre la teoría del derecho y la dogmática jurídica	202
¿Un dilema?	207
Bibliografía	216