

REVISTA DE REVISTAS

HISTORIA DEL DERECHO 288

La conclusión del autor resulta evidente: “el proceso *adversary del common law*, especialmente en su versión norteamericana, no parece funcional a la verificación de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia” (p. 629). A partir de esta conclusión, el procesalista italiano formula la hipótesis de que la estructura fundamental de dicho proceso “no está funcionalmente orientada hacia el descubrimiento de la verdad” (p. 630).

Por último, el profesor Taruffo pone de manifiesto la existencia, en la propia doctrina norteamericana, de dos concepciones radicalmente diversas sobre lo que debe entenderse por verdad. Por una parte, la concepción que entiende a ésta como característica de la reconstrucción judicial de los hechos y según la cual el juez verifica la verdad en cuanto su conocimiento se aproxime más a la efectiva realidad histórica de los hechos. La segunda concepción no se preocupa por esta correspondencia, sino por el método procesal a través del cual se llega a la “verdad”; encerrada en una tautología, estima que sólo es verdadero lo que se obtiene mediante el *adversary system*, dando por descontado, obviamente, que éste es el mejor método de verificación de la verdad. Al margen de la debilidad de la argumentación de esta última concepción, ella cumple un papel bien preciso: “conduce a reducir los términos del problema relativo a la relación entre *adversary system* y búsqueda de la verdad, eliminando de raíz eventuales dudas destructivas de la bondad integral del modelo *adversary*” (p. 633).

Se trata, sin duda, de un excelente análisis crítico que contribuye en forma considerable a la comprensión de la relación entre el *adversary system* y la búsqueda de la verdad, y que cuestiona con seriedad numerosas actitudes y creencias hacia tal sistema. Apoyado por un amplio y actual acervo de fuentes —a las que no escapan las investigaciones empíricas de sociología del derecho—, el valioso trabajo de Taruffo profundiza y plantea cuestiones con un rigor poco común y señala notorios avances en el estudio del derecho probatorio comparado.—José OVALLE FAVELA.

HISTORIA DEL DERECHO

HANKE, Lewis, “Cómo estudiar la historia del derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 7, 1978, pp. 121-130, Santiago de Chile.

El profesor Lewis Hanke se ocupa en este breve ensayo del problema del estudio de la historia del derecho indiano, tema muy importante

que ha sido objeto de la atención de diversos investigadores en repetidas ocasiones y que siempre ofrece interés al estudioso. Desde este punto de vista, la labor del profesor Hanke es encomiable. Sin embargo, el contenido del ensayo no deja de llamar la atención, ya que en realidad su objetivo principal es destacar que la historia del derecho indiano *no debe* estudiarse como ha sostenido Alfonso García-Gallo que debe hacerse.

En efecto, el contenido fundamental del ensayo es la crítica severa al método postulado por Alfonso García Gallo para el estudio de la disciplina en cuestión, y por otra parte la ponderación de la obra de Jorge Basadre respecto del mismo tema, lo cual no es extraño ya que el ensayo es precisamente un homenaje a este último.

Para lograr su objetivo, es decir, demostrar la inoperancia del método propuesto por García-Gallo, a quien le reconoce una amplia labor en la investigación de éstos y otros temas, procede de la siguiente manera:

En el apartado I atiende al significado jurídico de “obedézcase pero no se cumpla”, explicando cómo esta frase ha sido utilizada por los detractores de la obra de España en América.

El apartado II está dedicado a la crítica de la metodología propuesta por Alfonso García-Gallo para el estudio de la historia del derecho, a saber: que esta disciplina debe ser abordada por juristas, “con espíritu y con métodos jurídicos, aunque con técnica de historiadores”, advirtiendo que este enfoque es desalentador para los estudiosos de la misma.

En el apartado III para ilustrar “la naturaleza de este problema metodológico”, pone como ejemplo la historia de la regulación de la mita en las minas del Alto Perú. A su juicio, no obstante lo mucho que se ha trabajado sobre el tema, “no se ha escrito todavía una monografía realmente sustancial sobre la mita”. A pesar de que esto pueda ser cierto, no sólo por lo que a la mita se refiere, a mi juicio el hecho no demerita los esfuerzos de juristas e historiadores sobre el tema.

En este mismo apartado señala que no se cuenta con “un estudio de las consecuencias que produjo la contigüidad de las costumbres y normas indígenas con el derecho español en América”, y la explicación que proporciona para encontrar la razón de las deficiencias o las carencias del estudio del derecho indiano “podría ser la actitud de aquellos historiadores que insisten en que solamente los juristas deberían estudiar la historia del derecho”. Esto, a pesar de la razón que pueda asistir al profesor Hanke al afirmarlo, es un contrasentido puesto que la metodología que critica es precisamente la de un jurista, bien que dedicado a la historia del derecho.

Finaliza este apartado afirmando que “cuando los historiadores del

derecho indiano se decidan a investigar el derecho indigenista (*sic*) y sus múltiples relaciones e influencias sobre el derecho español, se sorprenderán de que tanto los españoles como los indios eran gente notablemente apegada a las formas legales, sumamente interesados y hasta obsesionados por las leyes y los litigios"; reflexión que, a mi juicio, no tiene nada que ver con la idea que trata de desarrollar el profesor Hanke.

En el apartado IV propone que el estudioso de la historia del derecho indiano debe tener nociones de otras disciplinas para la total comprensión del fenómeno que estudia, y que "ningún español podría omitir los aspectos morales de la conquista..." afirmación que nos hace pensar si este tema de estudio es privativo de los españoles. Pasa a continuación a destacar la importancia de la *Política Indiana* de Solórzano Pereira y el lector se queda sorprendido ya que no logra percibir si el profesor Hanke la pondera o no, como útil y necesaria para el estudio del trabajo de los indios.

Finalmente, en el apartado V se cuestiona si los debates sobre la mita a que ha hecho referencia no son una "demostración efectiva de la necesidad de estudiar el derecho indiano con espíritu amplio y no meramente con enfoque jurídico..." y cita a Martiré, Sánchez Bella, Maraval y Basadre como prototipos de historiadores con amplia visión de su esfera de conocimiento.

Hasta aquí la descripción del contenido del ensayo del profesor Hanke, pero antes de poner punto final a esta breve nota creo que vale la pena hacer una consideración general sobre el texto reseñado. No es mi interés defender o criticar la forma propuesta por el autor para el estudio de la disciplina tantas veces aludida, ya que esto merecería mucho más espacio que el de una simple reseña hemerográfica, pero sí me interesa señalar que sea cual fuere el camino que se elija para dicho estudio es conveniente proceder de manera ordenada, para que el producto de nuestros esfuerzos no deje en los estudios de esta disciplina el sabor de boca que le queda a uno después de la lectura del ensayo del profesor Hanke, a saber: que es preferible tener un mal método para investigar, que carecer de método alguno y en consecuencia obtener resultados desarticulados y difíciles de comprender, que es en última instancia el resultado del esfuerzo del profesor Hanke.—María del Refugio GONZÁLEZ.

OTERO, Mariano, "Apuntes para la biografía de Francisco Javier Gamboa", estudio preliminar por Daniel Moreno, *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo XXVIII, núms. 105-106, enero-junio de 1977, pp. 342-368, México.

Gracias a la labor del profesor Daniel Moreno nos ha sido posible ver reeditados, en el órgano de difusión de la Facultad de Derecho de la UNAM, varios documentos importantes para el conocimiento del pasado jurídico de nuestra patria. Esta vez el profesor Moreno nos entrega la biografía de Francisco Javier Gamboa escrita en 1843 por Mariano Otero. Con todo y que Gamboa cuenta con otras biografías escritas en el pasado por Antonio de Alzate y Toribio Esquivel Obregón, el primero, científico y autor de numerosas obras redactadas en el último tercio del siglo XVIII y el segundo, historiador del derecho en México y autor de los conocidos *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, 1939, la que hoy podemos consultar tiene la virtud de haber sido escrita en el siglo XIX por uno de los más destacados juristas mexicanos, Mariano Otero y en consecuencia nos permite apreciar el juicio de este autor sobre uno de los personajes más importantes, en el campo del derecho, de la época colonial.

La presentación del profesor Moreno, como en otras ocasiones, tiene por objeto ubicar al lector dentro del contexto en que la obra que reedita fue publicada. Esta vez, nos proporciona datos sobre la vida de Otero, sus estudios y su participación en la vida pública nacional, resaltando el hecho —poco frecuente a su juicio— de que "un gran jurista se preocupe por estudiar las figuras de otros grandes juristas que le han precedido".

Aunque a más de una centuria de la aparición de la biografía de Gamboa hecha por Otero, a nosotros nos interesaría hacer algunos comentarios sobre ella, ya que gracias al esfuerzo del profesor Moreno la podemos nuevamente consultar.

Otero hace una relación esquemática de los primeros años de la vida de Gamboa, sus estudios, la importancia de la profesión de abogado en México en la época colonial y los hechos que llevaron a Gamboa a la fama de un día para otro.

Pasa a revisar brevemente cuál era el estado de la jurisprudencia en Europa y en México en la época en que vive y escribe el jurista novohispano. A juicio de Otero, tal estado era de decadencia, esta conclusión le da pie para destacar el superior estilo de Gamboa, sobre todo en los *Comentarios a las Ordenanzas de Minería*, obra que pondera por su erudición, sencillez y claridad, y a la que censura el defecto atribuible

a todos los hombres de la época de “ocurrir para todo a las citas del derecho romano”.

Para realzar la figura de Gamboa, Otero recurre a las opiniones de Alzate, contemporáneo de Gamboa, quien expresa que en todos los asuntos importantes de la época estuvo presente siempre éste. A continuación da noticia del viaje de Gamboa a España y de la importancia que este hecho revistió en su formación, ya que estuvo en contacto con “las ciencias exactas y la bella literatura”, inaccesibles a juicio de Otero, a un criollo novohispano. Asimismo se refiere a la huella que dejara en Gamboa el contacto con los jesuitas en México.

Otero dedica un amplio apartado, el décimo, a comentar los trabajos del jurista novohispano sobre la minería, comparables, a su juicio, sólo a los de Velázquez de León. Para este liberal decimonónico los *Comentarios a las Ordenanzas de Minería* reúnen “cuanto tiene relación con la minería y en las variadas cuestiones que en ella se contienen, se encuentra cuanto sobre ellas se sabía en aquella época”.

Hace referencia a la intervención de Gamboa para lograr la mejora de los operarios de los obrajes y encuentra esta actitud influenciada por los filósofos del siglo XVIII, ya que “sólo a ellos se deben las mejoras de la legislación criminal”. Asimismo da noticia del código negro para gobierno de los esclavos realizado por Gamboa en Santo Domingo, y de las Ordenanzas de la Audiencia de ese lugar, cuya elaboración se encargó a Gamboa y a muchas otras actividades en que participó, poniendo siempre al servicio de la causa o misión que se le encargaba todos sus conocimientos, lucidez y honradez; entre ellas destaca la solución al conflicto de la sublevación de los operarios del Real del Monte, en México, en 1776.

Otero finaliza sus notas lamentándose de la dispersión de las obras de Gamboa, a quien contempla, al igual que a otros ilustres mexicanos, como “hombres que hubieran ilustrado cualquier época, y honrado cualquier nación”.

Las notas de Otero son sumamente interesantes y permiten apreciar que no todos los hombres del siglo XIX rechazaron en bloque el pasado colonial, como se ha querido ver en ocasiones, por el contrario, muchos de ellos eran conscientes de que había que dar la espalda a lo negativo y aceptar aquello que permitía su adaptación a los tiempos que corrían. El juicio que le merece la obra de Gamboa es acertado, como lo es el que le merecen los contemporáneos de éste, quienes sentaron las bases para el cambio de mentalidad que tuvo como consecuencia la revolución de independencia. Por otra parte, estas notas de Otero permiten

rescatar del olvido a uno de los juristas más destacados de la segunda mitad del siglo XVIII.

Por otra parte, para finalizar, cabe agregar que es digna de encomio la labor que viene realizando el profesor Moreno de hacer accesibles para el lector de nuestros días textos que conforman parte del pasado jurídico mexicano, sobre todo, de los correspondientes al siglo XIX del que es tanto todavía lo que ignoramos.—María del Refugio GONZÁLEZ.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Bixio, Andrea "Individualità e eguaglianza", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, vol. LIV, núm. 1, enero-marzo de 1977, pp. 3-17, Milán, Italia.

El profesor Andrea Bixio, de la Universidad de Roma, plantea en este trabajo una serie de cuestiones sobre el *igualitarismo*, con el propósito de aclarar algunos de los principales aspectos de esta dirección del pensamiento filosófico-político.

Según nuestro autor, cabe preguntarse, desde luego, acerca de la pretensión de realizar la igualdad sustancial (económica y social) y de instrumentarla en su logro, garantizando a los individuos las mismas oportunidades en cuanto al punto de arranque y a la meta de llegada; así como definir tanto la posición del sujeto frente a la organización y ejercicio del poder como el criterio objetivo (méritos y necesidades) o subjetivo (trabajo y aptitudes) conforme al cual han de distribuirse los derechos y las cargas u obligaciones en la sociedad, cuestiones todas de cuyo adecuado esclarecimiento depende la mejor comprensión del significado de la "igualdad". El profesor italiano se propone examinar aquí, por una parte, si los fundamentos del igualitarismo radican en una correcta concepción de la esencia de las relaciones que estructuran la vida de los hombres en sociedad (aspecto teórico) o en el riguroso análisis de la red de mecanismos por los que aquéllos buscan la igualdad (aspecto práctico), y, por otra, esclarecer la crisis de fundamentos por los que atraviesan las diversas concepciones igualitarias.

En primer término, intenta el autor determinar el significado que generalmente se atribuye al "igualitarismo", el cual, en tanto que tesis pragmática, han de definirse en función de sus propios fines. La cuestión de las metas del igualitarismo es abordada en sus relaciones con los