

CAPÍTULO X

EL DERECHO ESPAÑOL EN EL PERÍODO DE LA RECONQUISTA (Cuarta Parte)

Derecho Privado (I)

Aun cuando la distinción en Derecho Público y Derecho Privado arranca de antecedentes romanos bien definidos, a través de la legislación medioeval no puede marcarse una diferencia siempre tajante, sino que penetra uno de los aspectos del Derecho en otro y, puede afirmarse, que aún en nuestros días no es posible en muchos casos trazar límites absolutamente fijos. Muestra de esto es que aún en nuestras recientes codificaciones de Derecho Civil, se encuentran normas que abarcan tanto al Derecho Público como al Privado, tales son los conceptos o nociones esenciales acerca de la Ley, y las circunstancias y condiciones en que opera.

El concepto de Ley no es exclusivo del Derecho Privado. Sin embargo, tanto en las compilaciones o Códigos modernos, como en las obras de Derecho de épocas anteriores, comienzan generalmente por nociones esenciales acerca de la Ley, que conviene en el caso tener presentes para determinar cuáles eran tales conceptos en el período de la Reconquista de España. Se ha citado la definición

explicativa que da el *Fuero Real* de la Ley; con conceptos análogos, desarrollan las *Siete Partidas*, en el Título I de la Partida 1a., lo que debe entenderse por Ley; ¿cuáles son las virtudes de las Leyes?; ¿cómo deben ser hechas las Leyes?; ¿qué provecho viene de éstas?; etc., y la Ley I de la citada Partida dice que:

“Leyes son establecimientos, porque los omes sepan biur bien, e ordenadamente, según el plazer de Dios; e otrosi segund conuiene a la buena vida deste mundo, e a guardar la Fe de Nuestro Señor Jesú Christo cumplidamente, assi como ella es. Otrosi como biuan los omes vnos con otros en Derecho, e en Justicia: segund adelante se muestra en las Leyes, que fablan en cada vna destas razones. E las señaladamente pertenescen a la creencia, segund Ordenamiento de Santa Iglesia, pusimos en la primera Partida deste libro. E las otras que fablan del mantenimiento de las gentes, son puestas en las seys Partidas que se siguen después”.

El principio religioso, hondamente arraigado, impera en estos conceptos esenciales de Ley que se tiene como ordenamiento, y que puede tomarse en dos sentidos, ya sea como precepto o medio de armonizar las partes entre sí o las partes con el todo, recordando al respecto la definición, que seguramente era conocida en España, que Santo Tomás de Aquino da respecto de la Ley, diciendo que es: *“ordinatio rationis ad bonum comunem ab eo qui*

curam comunitatis habet promulgata". Es decir, que la Ley, ordenamiento en el doble sentido a que antes aludimos, procede de la razón y va a la razón o, en otros términos, debe emanar de juicio ajustado a la realidad y a la conveniencia, y dirigirse a los seres racionales. Este concepto de Ley es, sin duda, básico dentro de la estructura jurídica del período que nos ocupa.

Si de la Ley, expresión primaria del Derecho, pasamos al sujeto a quien se aplica, o sea a la persona, nos encontramos con otro concepto también básico, ya que este concepto de persona es dato esencial del que depende en gran parte todo el sistema jurídico. Si por persona se entiende el simple individuo como parte integrante de un todo, el sistema será de individualismo intrascendente; pero si por persona se entiende al ser que por razón de su naturaleza inteligente y libre no se concreta con la realización de un fin social mediante el acomodo adecuado dentro del grupo de sus semejantes al que pertenece, sino que tiene un fin propio para el cual la sociabilidad y el estado mismo son medios, el sistema será muy diverso. En este caso el Derecho y dentro de él, la Ley, no sólo tiene como finalidad la armonía social, sino que sin desconocer ésta, la realización de la Justicia en todos sus aspectos será la meta a la cual tienda, dando a cada quien lo que a cada quien corresponde, sin excluir el reconocimiento de la libertad personal para la realización de su fin propio y trascendente.

Puede afirmarse que el concepto que de la persona se tenía, no era otro que lo que el Catolicismo enseñaba, el

que los teólogos de esa época explicaban, y que Santo Tomás define como *id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*. (Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza racional, o sea, el ser subsistente en la naturaleza racional).⁶ Se concebía a la persona humana como ordenada directamente a Dios como a su fin último absoluto, y esta ordenación a Dios trasciende a todo bien común creado, bien común de la sociedad política y bien común intrínseco del Universo, como lo expone en nuestros días Maritain. Se explica así la definición descriptiva de Ley, que se encuentra en las *Partidas*, así como la del *Fuero Real*.

Tales conceptos básicos no deben perderse de vista, si se quiere lograr una explicación e inteligencia de la estructura jurídica que nos ocupa. Y no sólo en la organización estatal española, sino en su actuación que más tarde desarrolla en América con la población de este continente.

Bajo estos supuestos, examinaremos los elementos esenciales de la persona en el terreno jurídico; ¿cuándo surge la personalidad jurídica?, ¿cuándo termina?, las diversas clases de personas, etc. Siguiendo la tradición romana, la persona surge con el nacimiento, pero se le protege desde la concepción: *infans conceptus pro jam natu habetur...* (Al concebido se le tiene por nacido siem-

6 Aquino, Tomás de. *Summa Theologica*. I. q. 29.3.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

pre que sea en su provecho). En términos análogos consigna este principio la *Lex Romana Wisigothorum*, cuando establece la pena de muerte para la mujer que impide el nacimiento de su hijo. Sin embargo, en cuanto a la capacidad en materia de derechos sucesorios las diversas Leyes difieren; la *Lex Romana Wisigothorum* exige que el niño sea bautizado, y viva diez días; el *Fuero Real*, que el hijo póstumo sea bautizado;⁷ pero esta condición se suprime en las *Partidas*, que sólo exigían que el hijo naciera vivo y consignaban el principio romano de que al hijo se le tiene por nacido para todo lo que sea favorable.⁸

También existieron divergencias a través del tiempo y de las Leyes, acerca de la fijación de la edad o condiciones para alcanzar la plena capacidad jurídica. Según la tradición germánica, no había edad determinada para que una persona pudiera comenzar a disfrutar y ejercer sus derechos, sino que dependía del hecho de que pudiera llevar la framea y el escudo. El *Fuero Juzgo*, establece la mayor edad de los huérfanos a los 15 años; pero si vive la madre, ésta estará capacitada para ejercer la tutela, previo inventario que haga de los bienes. El mismo ordenamiento omite establecer edad para contraer matrimonio; pero consigna la norma de que no debe casarse mujer mayor con hombre mucho menor que ella.⁹ El *Fuero Viejo* establece la mayor edad a los 16 años; pero el huérfano mayor de siete años y la huérfana mayor de 12, pueden

7 *Fuero Real*. III, 6, 3.

8 *Partidas*. 6^a. 6, 16 y 4^a., 23, 3.

9 *Fuero Juzgo*. 3, 1, 4.

disponer por testamento de la quinta parte de sus bienes a favor de su alma.¹⁰

El *Fuero de Castilla*, establece la mayor edad a los 25 años.¹¹ Según el *Fuero Real* el testigo debe ser de 16 años o más. Las *Partidas* establecen que en causa criminal, el testigo debe ser de 20 años o más, y en asuntos civiles basta que haya llegado a los 14 años; este ordenamiento últimamente citado, establece que el mayor de 14 años y el menor de 25 años estará sujeto a curatela, siguiendo en esto el principio romano; y mientras el hijo esté bajo la patria potestad, no puede disponer por testamento, sino de su peculio castrense y *cuasi* castrense; si es caballero o letrado, no estando bajo la patria potestad, el hombre podía testar a los 14 años y la mujer a los 12.¹² La Ley 5 de *Toro* modificó estos preceptos, permitiendo al menor hacer testamento aún cuando se encontrara bajo la potestad paterna.

Respecto de la capacidad de la mujer, debe recordarse que, según el Derecho Romano, existió para ella la tutela perpetua, aún cuando bajo Teodosio le fue permitido el ejercicio de la tutela sobre sus hijos a la muerte de su marido, y a la viuda se le otorgó la libre disposición de sus bienes. Entre los germanos, la mujer estaba también sujeta en incapacidad perpetua, y a falta del padre o del marido caía bajo el *mund* del hijo mayor o del pariente más cercano.

10 *Fuero Viejo*. 5, 4, 3.

11 *Estilo*, Ley 70.

12 *Partidas*. 6^a. 1, 13.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

Debido a influencias del Cristianismo, la legislación posterior otorgó a la viuda la tutela sobre sus hijos, y el *Fuero Viejo* da iguales derechos al padre y a la madre respecto a la educación de los hijos,¹³ pero no permite que la mujer sea fiadora ni celebre compra-venta sin consentimiento del marido.¹⁴ Según el *Fuero Real* y las *Partidas*, la mujer no puede representar a otro, aún cuando esta última compilación le permite representar a sus ascendientes en línea recta, cuando éstos no tengan otra persona que pueda hacerlo.

Entre las diversas categorías de personas hay que tener en cuenta a los esclavos, acerca de los cuales se han apuntado las nociones esenciales en el tema anterior. Debe también tenerse en cuenta la situación de los extranjeros; a éstos, en España, no se les privó de todo derecho como aconteció en otras legislaciones de Europa en la Edad Media, entre las cuales subsistió el principio germánico que les consideraba como enemigos. El *Fuero Juzgo* establece, en su beneficio, que en los conflictos que surgen entre ellos deberán ser juzgados por sus jueces, y según sus propias Leyes.¹⁵ Algunas otras Leyes establecen incluso protecciones especiales para el extranjero, entre otras, por ejemplo, las *Partidas* declaran incapaz de testar al que estorbó hacerlo a un peregrino, y si éste muere intestado deben entregarse al obispo sus bienes, para que éste avise a los parientes.

13 *Fuero Viejo*. 5, 4, 1.

14 *Ibidem* 5, 1, 9.

15 *Fuero Juzgo*. 11, 32.

Los judíos, mahometanos y herejes recibieron trato especial de acuerdo con las Leyes españolas, limitando las facultades de la persona. El *Fuero Juzgo* prohíbe a los judíos declarar como testigos en las causas de los cristianos, así como que éstos sufran tormento en las de aquéllos. Prohíbe también a los judíos tener siervos cristianos, celebrar la Pascua y guardar el sábado.¹⁶ Las *Leyes de Estilo* establecen que el delito que judío o moro cometa contra cristiano, debe tener mayor pena que el cometido por un cristiano contra judío o moro; pero también establece que si el pleito ocurre entre judíos, han de conocer de él sus adelantados o *rabíes*, cuyas sentencias pueden ser apeladas ante el rey. La Legislación de Alfonso X, prohibía que se obligara a los judíos a trabajar en sábado, así como que se les obligara a convertirse al Cristianismo. Para los herejes, las Leyes no tuvieron consideración alguna, y si practicaban el culto de una secta fuera de la ortodoxia, eran quemados vivos. Otras penas en la legislación civil se encuentran numeradas contra la herejía.

No desconoció la legislación española, siguiendo la tradición romana, la existencia de la persona moral, y este concepto fue especialmente aplicado a la Iglesia, a quien siempre le fue reconocida la plenitud de los derechos de la persona. Conviene recordar que también se dio la categoría de persona a los cuerpos municipales, y las *Siete Partidas* establecen no pocas normas acerca de los derechos de los socios contra la sociedad.

16 *Ibidem.* 12, 2 y 3.

Estableciendo así los principios generales acerca de la persona, habrá que examinar las siguientes instituciones: matrimonio, esponsales, barraganía, patria potestad, adopción, tutela y curatela.

Matrimonio

El matrimonio se rige por los preceptos canónicos que la legislación civil hizo suyos; de suerte que ya sea en lo relativo a la esencia o naturaleza de esa institución, cuanto a lo relativo a impedimentos y formalidades, la legislación canónica y la civil son prácticamente una misma.

Siguiendo las doctrinas de la Iglesia, el matrimonio es estrictamente monogámico e indisoluble de acuerdo con el texto evangélico:

*“non legistis quia qui, fecit hominem ab initio, masculum et feminam fecit eos? et dixit: propter hoc dimittet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una itaque iam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo deus coniunxit, homo non separet.”*¹⁷

Esta unidad e indisolubilidad del matrimonio sostenida por la Iglesia, no fueron aceptadas sin oposición en un

17 San Mateo, XIX, 4-6. “No habéis leído que Aquél que al principio creó al linaje humano, crió un solo hombre y una sola mujer y dijo: Por esto dejará el hombre padre y madre y se unirá a su mujer y serán dos en una carne. Así que ya no son dos, sino una carne. Por lo tanto, lo que Dios unió, el hombre no lo separe”.

principio, pues esto iba contra los antecedentes tanto romanos como germánicos, pero la doctrina de la Iglesia logró al fin imponerse, siendo plenamente aceptada por todas las legislaciones civiles. Las capitulares de los reyes francos hicieron suyos estos principios y las Leyes españolas hicieron otro tanto, quedando consignada la indisolubilidad del matrimonio, entre otras, en el *Fuero Real*¹⁸ y en las *Partidas*,¹⁹ además de algunas más. Las *Siete Partidas* dan del matrimonio la siguiente definición descriptiva que confirma la fuente canónica:

“es ayuntamiento de marido e de mujer fecho con tal entención de vevir siempre en uno e de non se departir, guardándose lealtad cada uno de ellos al otro e non es ayuntando el ome a otra mujer nin glle a otro varón, veviendo ambos o dos”.

Por lo que hace a los elementos esenciales para contraer matrimonio, éstos se basan en la finalidad de él, a saber: perpetuación de la especie humana, recíproca ayuda en las cargas de la vida y freno a la concupiscencia, las dos primeras finalidades no eran ajenas al Derecho Romano, en tanto que la tercera es de carácter moral-religioso consignada en la doctrina canónica, y que las Leyes de *Partidas* reproducen.

Estas finalidades suponen, la primera, edad y capacidad, y por lo tanto no habrá matrimonio sin haber llega-

18 *Fuero Real*. Lib. III, Tít. I. Ley 8.

19 *Partidas*. 4^a. 2, 7.

do a la pubertad que los cánones fijaron en los 14 y 12 años, respectivamente, para el hombre y la mujer, a menos de casos de precocidad (*nisi malitia supleat aetatem*); la segunda, implica el consentimiento de los contrayentes, pero no así el de los padres, como lo exigía el Derecho de Roma. Estos elementos también los hizo suyos el Derecho Civil, por más que en algunas normas se encuentre como requisito la autorización paterna, pero que acabó prácticamente por no exigirse.

Por lo que hace a las formalidades, la Iglesia y con ella el estado no requerían ninguna, por más que fue entonces y sigue siendo práctica social celebrar el matrimonio revestido de ceremonias. El Concilio de Trento prohibió los matrimonios clandestinos, e impuso la obligación de celebrarlo ante el cura párroco correspondiente, u otro sacerdote autorizado por el obispo, y dos o tres testigos. En cuanto a impedimentos, se dividen en dos clases: dirimentes e impedientes. Los primeros, vician de nulidad al matrimonio; los segundos, lo hacen moralmente ilícito pero no nulo.

Las *Siete Partidas* que incorporaron a la legislación civil todas las normas canónicas respecto del matrimonio, no sólo enumera, sino explica y reglamenta las dos clases de impedimentos minuciosamente. Entre los dirimentes, el error sobre la persona, la condición civil de uno de los cónyuges, el voto solemne, el parentesco hasta el cuarto grado, el homicidio cometido en uno de los cónyuges para contraer matrimonio con el supérstite, la disparidad de

cultos, la fuerza, el orden sacerdotal, el matrimonio previo y no disuelto de quien pretende contraer otro y la afinidad; a éstos, se añadió en las Leyes españolas el matrimonio clandestino, cuando el Concilio de Trento declaró nula esta unión. Entre los impedimentos impeditivos, con igual detalle se ocupan las *Siete Partidas* del matrimonio contraído en tiempo prohibido por la Iglesia; esponsales previos con diversa persona, y voto simple. Con el fin de evitar los matrimonios en los que mediaran impedimentos, se aceptaron las normas del Concilio IV de Letrán (año de 1215), relativas a las publicaciones y amonestaciones públicas previas a la celebración del matrimonio. Parece inútil decir que el carácter sacramental que la Iglesia da al matrimonio, fue aceptado plenamente por la legislación civil.

Esponsales

Su antecedente es romano, *sponsio et repromissio futurarum nupliarum*; y tuvieron gran importancia en la legislación española; era casi un matrimonio sujeto a condición suspensiva, y constituían impedimento impeditivo para contraer otro, según se ha visto. Para celebrar esponsales, era usual que el hombre entregara arras que perdía si por su culpa no se celebraba el matrimonio, y la mujer tenía que devolver con otra cantidad igual, si ella era la responsable. El *Fuero Viejo* y las *Partidas*, se ocupan con detalle de esta institución.²⁰ Se consideraban los

20 Esquivel Obregón, *op. cit.*, supra nota 3. Pág. 184.

esponsales como matrimonio con palabras de futuro, en tanto que éste se contraía por palabras de presente.

Barraganía

Sin duda alguna que una reminiscencia del concubinato romano, por una parte, quizás también de influencia islámica, el concubinato era tan frecuente que aun cuando condenado por la religión, las costumbres y la Ley, lo veían con tolerancia bajo el nombre de barraganía. El *Fuero Juzgo* ya hace alusión de ella, y en cuanto a las *Siete Partidas*, explicaban la tolerancia legal en estos términos:

“Barragana defiende Santa Iglesia que non tenga ningún cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los antiguos que hicieron las Leyes, consintieron que algunos las pudieran haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal de haber un que muchas, e porque los hijos que naciesen fueren más ciertos”.²¹

La barraganía estaba prohibida dentro de los mismos grados de parentesco en el matrimonio.

Régimen de bienes en el matrimonio

El régimen de los bienes en el matrimonio difería en España del régimen romano. En la legislación visigoda,

21 *Partidas*. 1^a, 1, 3.

que subsistió en Asturias y León, se establecía la dote, que debería ser igual a la mitad de los bienes del marido; en otras regiones, se aplicaba únicamente como dote el 10% de dichos bienes, lo que fue expresamente consignado en el *Fuero Real*. Sin embargo, el *Fuero Viejo* fijó la dote en una tercera parte de los bienes del marido; pero muerto éste, los herederos podían rescatarlo, entregando por ello a la viuda 500 sueldos. Los *Fueros Municipales*, siguieron diversas normas sobre este particular; mientras unos conceden cierta libertad de dotar, otros fijan un determinado monto obligatorio para la constitución de la dote.

Había además, entre los esposos, comunidad de bienes; pero las ganancias no se repartían por igual, sino en proporción a los haberes de cada uno, salvo disposición foral local. En la legislación de las *Partidas*, siguiendo el Derecho Romano, se cambió el concepto de la dote, considerando como tal la aportación de la mujer al matrimonio.²²

Los bienes gananciales eran aquéllos que, adquiridos durante el matrimonio, se atribuyen a ambos cónyuges, y cuando el matrimonio se disuelve han de ser divididos entre dichos cónyuges, o sus herederos. El marido era el administrador de la sociedad conyugal; pero la libre disposición de los gananciales estaba restringida en algunos casos, según reglamentación especial de los diversos Fueros locales.

²² *Partidas*. 4^a, 11. 1.

Patria Potestad

Las diversas compilaciones de Derecho Hispánico, con más o menos amplitud, se refieren a la patria potestad; pero dado que con muy pocas variantes el sistema y los principios que lo forman son los que rigen en las legislaciones modernas, omitimos comentarios especiales sobre ella.

Tutela y Curatela

Estas instituciones se rigen en el Derecho Español por antecedentes romanos, y en cuanto a la distinción entre tutela y curatela deberá tenerse en cuenta el sistema romano, que difiere del que actualmente impera en el Código Civil actual. Para los romanos, como en el Derecho Hispánico, la tutela se daba a los impúberos, en tanto que la curatela era la protección otorgada a los menores de 25 años y mayores de 14 o a los enajenados. Sin embargo, a diferencia de la legislación romana clásica, la tutela fue conferida también a la madre a falta de padre, y no subsistió tampoco la tutela perpetua de las mujeres.