

CAPÍTULO XI

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

Derecho Privado (II)

Cosas u objetos de Derecho se han tomado aquéllos que pueden proporcionar al hombre, sujeto también de derechos, una utilidad, y la manera como el hombre vincula directamente a sí mismo las cosas para lograr de ellas esa utilidad, constituyen los derechos reales. Si el beneficio no se realiza mediante relación directa de sujeto a objeto, sino a través de otro sujeto obligado a una prestación, el vínculo constituye el derecho personal u obligación. Según el Derecho Romano, cosa es tanto el objeto que directamente proporciona al hombre una utilidad, como el derecho que se le otorga mediante un sujeto pasivo; de allí que en la doctrina y en las Leyes quedaran comprendidas, dentro de la misma clasificación genérica, tanto las cosas propiamente dichas o bienes, como las obligaciones. Pero a pesar de esta unidad, no se mezclan indistintamente ambas categorías de cosas, sino que son objeto de principios y de normas especiales cada una, y esta distinción se acentúa en la legislación española.

La composición y naturaleza de las cosas no son propiamente materia jurídica, pero como esas naturalezas

diversas dan lugar a una variedad de relaciones o derechos a favor del sujeto, se acostumbra hacer una clasificación de las cosas tal como los romanos nos enseñaron y transmitieron hasta nuestros días a través de las legislaciones subsecuentes, entre las cuales la española siguió con meticulosidad, especialmente en las *Siete Partidas*.

Son bien conocidas las divisiones que usualmente se hacen de las cosas, baste citar por vías de recordación las más importantes: muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, corporales e incorpóreas, consumibles y no consumibles, divisibles y no divisibles, cosas dentro del patrimonio y fuera de él; entre éstas, las cosas sagradas, religiosas y santas propias del Derecho Divino, y las comunes, públicas y las pertenecientes a las comunidades. Todas estas divisiones pasaron del Derecho Romano al Español; no así las *mancipii* y *nec mancipii* de aquél.

Más no es lo esencial en esta materia el conocimiento de las cosas en sí mismas, sino las relaciones o derechos que las vinculan al hombre para satisfacción de sus necesidades. Si bien es cierto que estas necesidades son iguales en todos los hombres, dada la igualdad que por naturaleza existe entre ellos, circunstancias de medio y de momento, así como la mayor o menor facilidad para obtener los elementos propios para satisfacerlas, traen como consecuencia actitudes y modalidades diversas que se reflejan en el Derecho, haciendo que éste, perenne y permanente en sus elementos esenciales, se modifique y adapte por sus accidentes al tiempo y al medio.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

Estas consideraciones explican el por qué las relaciones jurídicas sufren alteraciones o cambios que el ambiente les impone, que obedecen a los obstáculos que presenta la naturaleza y a los que unos hombres ponen frente a otros; de tal suerte, que frente a estos obstáculos el hombre reacciona de diferentes maneras, obedeciendo a veces a atractivos del momento, y otras sacrificándose con miras a fines más remotos. Las reacciones de mayor número –dice el maestro Esquivel Obregón– forman la conducta de un pueblo, su actitud ante el problema de la convivencia tan especial y tan distinta de cada uno, de manera que el Derecho, como el idioma, dice más adelante el citado maestro, lo hace el pueblo, y el error del jurista es semejante al de los gramáticos que creyeran que ellos habían hecho el idioma. Y el jurista que se sale de su papel y quiere hacer el Derecho, causa los mismos males que produciría el gramático reformando el idioma. Consideraciones que conviene tenerlas en cuenta al estudiar en su evolución histórica la relación jurídica-derecho, en la forma más amplia y completa que vincula las cosas con el hombre, y que se conoce con el nombre de derecho de propiedad o dominio.

Convendría recordar el concepto que de la propiedad tuvieron los romanos, al que llamaban *piena in re potestas*, y que los comentadores del Derecho Romano han definido como *jus utendi, fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*. Este concepto implica un carácter de derecho absoluto, aún cuando no debe exagerarse como algunos antiromanistas pretenden, y sufrió modifi-

cación importante debido a la influencia del Cristianismo, el que, si nunca condenó ni ha condenado la propiedad como derecho individual, sí deja establecido que éste derecho se debe en importancia a los bienes espirituales. Entre otros Doctores o Padres de la Iglesia, tanto San Agustín como San Ambrosio reconocen la existencia de ese derecho como algo natural al hombre; pero el primero, sin atacarlo, sí ataca el mal uso que de él se haga; en tanto que el segundo, considera que los bienes materiales imponen la obligación a quien los posee de hacer partícipes de ellos a los pobres. Estas ideas acerca de la propiedad fueron desarrolladas y fijadas en el siglo XIII por Santo Tomás de Aquino, estableciendo que si los hombres están regidos por la suprema Ley de la armonía, y el derecho de la propiedad fuere ilimitado al extremo de romper esa armonía, no sería Derecho; pero si la propiedad es necesaria para obtener de las cosas la debida utilidad, impone al que la tiene deberes para con el que no la tiene y no puede extenderse hasta convertirse en nociva, estableciendo así los principios de la propiedad como función social, ajustándose siempre al deber moral.

Así, el sentimiento instintivo humano hacia la propiedad, se concilia con el ideal cristiano. Imperando estos principios en el Derecho Español del período que nos ocupa, sin dejar de tener la propiedad los elementos esenciales fijados por el Derecho Romano, se restringió su carácter absoluto, apareciendo en las *Partidas* la definición de dominio como señorío, que “*es poder que home ha en su cosa de facer della o en ella lo que quisiere, segund*

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

Dios o segund Fuero". En esta virtud, surge en la Edad Media española una constante aplicación de bienes con fines de obras de beneficencia y de caridad, estableciéndose institutos como hospitales, escuelas, capellanías, obras pías, etc., en gran número, que han de perpetuarse más tarde en América.

Este concepto cristianizado del derecho de propiedad, emanado de antecedentes romanos, permitió en muchos casos la ocupación de la tierra por el trabajo, de manera que tierras no cultivadas, con dueño cierto, podían ser objeto de cultivo por parte de extraños, con la facultad de que éstos hicieran suyos los frutos, mediante determinada compensación al dueño.

En Castilla –dice Costa– citado con Menguijón, las siguientes expresiones *hacer presura*, *tomar presura*, que suenan con frecuencia en diplomas antiguos, significaron ocupar la tierra de monte, romperla o descuajarla, poblarla; *jus adprisionis*, derecho o facultad de roturar con licencia o concesión real tierras yermas que nadie poseía ni poblaba, establecer o alzar en ellas casa de labor. Esta facultad se encuentra concedida en no pocos Fueros municipales, y en la Ley 13, Título 23 del *Ordenamiento de Alcalá*, se encuentra también una prueba de que los solariegos tenían ese derecho de adquirir tierras roturándolas. El *Fuero Viejo* expresa:

“Esto es Fuero de Castiella que si alguna tierra yace erial, o la labra algund labrador; e

quando viene el tiempo de coger el pan, viene suo dueño de la tierra, e quier la segar, e lavare el pan della, deve el que la labró labar el pan della, e al dueño darle suo Derecho de tercio, o de quarto, qual fuer la tierra, maguer que la aya labrada sin mandado de suo dueño”.²³

Otra modalidad especial que aparece en esa época, es la conocida con el nombre de *tanteo* y *retracto*, en virtud de la cual, reconocido por el *Fuero Viejo*, se establece un derecho de preferencia a favor de los parientes del vendedor, de manera que si éste vende la heredad de patrimonio o de abolengo, está obligado a darle preferencia a los parientes en igualdad de precio. Pero el pariente que adquiere así la propiedad ha de jurar que la adquiere para sí y no para ningún otro. El *Fuero Real*,²⁴ establece como norma general que el pariente más próximo del abolengo de donde proviene la heredad que se va a vender, no sólo tiene el derecho de *tanteo*, es decir, el de adquirir con preferencia a otro y por el mismo precio, sino también el de *retracto* durante nueve días desde que la heredad fue vendida, entregando al comprador el precio que le costó, y jurando que la quiere para sí.

En cuanto a la posesión, cuya doctrina y reglamentación nos legó Roma, de manera tan precisa y técnica, fue también recibida en el Derecho Español, distinguiéndola como simple hecho del derecho de propiedad y estable-

23 *Fuero Viejo*. Ley 3^a, Título 3, Libro IV.

24 *Fuero Real*. Libro III, Tit. 10, Ley 13.

ciendo sus bases en los dos elementos clásicos: *corpus* y *animus*, siendo definida en las *Siete Partidas*, en los siguientes términos: “según dijeron los sabios antiguos, posesión es tenencia, Derecho que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento”.²⁵ El hecho posesorio es protegido por la Ley, ya sea manteniendo al poseedor en él o haciendo que recupere la posesión perdida, empleando para ello los interdictos posesorios, o bien, transformando al poseedor en propietario, después de cierto tiempo que la Ley fija con los demás requisitos establecidos por la *usucapión* o prescripción; u otorgando al poseedor de buena fe los frutos de la cosa poseída o, en fin, exonerando al poseedor de la prueba en contienda con quien le reclama la cosa.

No quedaron libres la doctrina y las normas españolas relativas a los temas que nos ocupan, de algunos antecedentes germánicos, especialmente a lo relativo a adquisición de la propiedad, por lo tanto, antes de exponer esta materia, procede hacer breve alusión de dichos antecedentes. Desde luego, debe advertirse que la distinción entre propiedad y posesión no la conocía el antiguo Derecho Germánico, pues el poseedor era considerado como dueño, ya que, como lo hace notar Minguijón, lo que se tenía en cuenta era el hecho externo, visible y notorio de la posesión, simple manifestación externa de propiedad. Tampoco se distinguía este derecho, que el citado autor llama *posesión propiedad*, de los demás derechos reales, ya que lo que para los romanos era un señorío,

25 *Partidas*. 3^a, 30, I.

para los germanos era un disfrute. Estos denominan *geuere* a este derecho que fue usual traducir por investidura, y que los franceses llamaron *saisie*; de allí que no se concibiera que la tradición de la cosa fuera diversa que la adjudicación misma; o, en otros términos, no concebían que en un acto se obligara uno a entregar la cosa y en otro a transferir el dominio de ella: consentimiento y transmisión eran un sólo acto.

De estos principios, se seguía que la transmisión de los bienes tuviera que hacerse mediante una investidura corporal, que requería la presencia de enajenante y adquirente ante numerosos testigos, y en ese acto el primero entregaba al segundo un puñado de tierra o una rama si se trataba de finca rústica, o un caldero suspendido sobre el hogar, o una cadena de la puerta, si se trataba de una casa; hecho lo cual, el adquirente manifestaba en forma material que entraba en posesión de la casa: entrando y saliendo de la finca o habitación, dando vueltas alrededor del bien enajenado y por fin saliendo el enajenante del lugar. Estas formalidades pasaron al Derecho Español, y aún suele encontrarse en los documentos forenses o notariales de nuestros días la descripción de hechos como los referidos, dando muestra con ellos de la transmisión de la cosa.

Otros medios de adquirir el dominio son: la ocupación, la accesión, la cesión de derechos, la adjudicación y la Ley, aparte de aquéllos de que se ha hecho alusión, o sea, la tradición y la usucapición o prescripción, acerca de los

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

cuales baste decir que en sus elementos esenciales siguen los precedentes romanos que, en realidad, han perdurado hasta nuestros días.

Por lo que hace a la prescripción, el Derecho Germánico señaló el término de un año y un día, para que pudiera operar; sin embargo, como ya se ha dicho, en virtud de que la parte que en el suelo de España tocó a los visigodos estaba exenta de tributos, el rey tenía interés de proteger a los hispano-romanos, y las acciones para reclamar la tierra entre los nuevos y los antiguos pobladores prescribían en 50 años, y a veces no prescribían contra los godos; en tanto que prescripción contra el rey era sólo de 30 años. En el período de la Reconquista, en varias legislaciones locales, quedó establecida la prescripción de un año y un día.²⁶

Por su parte, las *Partidas* reestablecieron el sistema romano, determinando que la prescripción sobre muebles se realizaría en tres años, y respecto a los inmuebles en diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Consideración especial merece el punto relativo a propiedad minera, que con más amplitud será tratado en el régimen establecido en la Nueva España; sin embargo, conviene recordar algunos antecedentes.

Fue doctrina común en Roma y en el Derecho posterior, que las sustancias minerales pertenecían al propietario del suelo, aplicando la máxima de que el derecho de éste se

26 *Fuero Viejo*. 4. 4. 2. 8 y 9.

extendía *usque an infernos et ad sideras*; y sólo en virtud de una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, se otorgó la facultad a cualquiera persona para explotar una mina en fundo ajeno, pagando un diezmo al fisco y otro al dueño del suelo; pero nada tendría que pagar si el fundo era propio.²⁷ Los textos romanos parecen negar que la propiedad del subsuelo fuera del estado, pues aún cuando éste se dedicó a la explotación minera en muchos casos, lo hacía en terreno del que era dueño.

En el período visigótico y en el de la Reconquista, no se encuentra propiamente Derecho especial de minas, respecto de las cuales se aplicaban las normas de la tradición romana; pero se creó un impuesto minero que por su monto fue llamado *quinto*, expresión que llegó a ser antonomásica del impuesto sobre metales. En el año de 1387 se permitió que todo *regnícola* pudiera buscar y cavar en sus propias tierras y heredades minas de oro y plata, de azogue, de estaño, de piedras y otros metales, y que las puedan otrosí buscar y cavar en otros lugares, no haciendo perjuicio uno a otro en cavar y buscar haciéndolo con licencia de sus dueños, debiendo dividirse lo obtenido previa deducción de los gastos en tres tercios, de los cuales uno correspondía al minero y dos al rey.²⁸

Si bien en el Derecho Romano no se encuentran textos expresos que otorgan al estado la facultad de expropiar,

27 *Código* 11, 6, 3.

28 *Ordenanzas Reales* bajo Juan I, 6, 12, 8.

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

generalmente se admite que no faltaron algunas expropiaciones, como algunos casos en que con fines a la construcción de acueductos establecidos para el bien común, se llevaron a cabo expropiaciones a los particulares. Igualmente, se ha sostenido que en el Derecho Español, ante la falta de textos expresos, no se haya nunca facultado al estado con estas atribuciones; sin embargo, ante la utilidad general y las atribuciones del poder público, sin duda alguna que se llevaron a cabo algunas expropiaciones que, posteriormente en las *Siete Partidas*, se justificaron con el texto que a continuación se cita:

“Et si por aventura gelo hobiere a tomar (et predio) por razón que el emperador hobiere menester de facer alguna cosa en ello que se tornase a pro comunal de la tierra, tenuada es por Derecho de dar ante buen camio por ello que vala tanto o más, de guisa que él quede pagado a bien vista de homes buenos. Ca magüer los romanos que antiguamente ganaron con su poder et señorío que habien sobre las gentes para mantener e defender derechamente el procumunal de todos, con todo eso non fue su entendimiento del facer señor de las cosas de cada uno, de manera que los podiese tomar a su voluntad, sino tan solamente por alguna de las razones que desuso son dichas”.²⁹

Por otra parte, se encuentran frecuentes limitaciones a la propiedad en casos como los siguientes: 1.- Privando a

29 *Partidas*. 2^a 1, 2.

determinada persona del derecho de enajenar sus bienes en lo absoluto, o bien, limitando ese derecho, de manera que sólo pueda hacerse la enajenación a personas del lugar donde los bienes se encuentran; 2.- En virtud del derecho de *tanteo* de que se ha hecho mención, concedido a los parientes como preferentes para adquirir bienes que constituyen patrimonio familiar o de solariego; 3.- Por razones de pública conveniencia, prohibiendo vender mercancías a mayor precio que el tasado por la autoridad; y, 4.- Limitando la facultad de exportar determinados bienes producidos en España. Estas limitaciones confirman lo que al principio se ha dicho respecto de la amplitud con que en España se consideró al derecho de propiedad, restringiendo su aspecto absoluto por razones de orden público o de utilidad colectiva.

En relación con otros derechos reales, o sea los desmembramientos de la propiedad constituidos sobre bienes ajenos, usualmente conocidos como servidumbres, puede afirmarse que en sus lineamientos generales, y aún en muchos detalles, se siguió la legislación romana.

Teniendo en cuenta que las servidumbres, aún las reales, se constituyen en último extremo en beneficio de las personas, las *Siete Partidas* las definen diciendo que son el “*Derecho o uso que home ha en los edificios o en las heredades ajenas para servirse dellas a pro de las suyas*”.³⁰ Entre las servidumbres personales la más importante de todas, siguiendo la tradición romana, es el

30 *Partidas*. 3^a, 31, 1.

usufructuo, y la naturaleza de este derecho, así como su reglamentación, coincide con la legislación romana.

Entre las servidumbres reales, igualmente se siguieron los lineamientos de la Ley romana, especialmente en las dos más importantes, o sea las servidumbres de paso y las de agua. El *Fuero Viejo* contiene algunos preceptos relativos a las servidumbres, y las *Siete Partidas* prácticamente transcriben sobre el particular las Leyes romanas. Especial atención merecería estudiar la servidumbre de pastos, que dio lugar al establecimiento de una institución famosa a través de los siglos en España, conocida con el nombre de la *Mesta* o *Cabaña Real*, acerca de la cual se ha hecho mención en temas anteriores. Se encuentra también en la legislación española como otros derechos reales, las garantías que se otorgaban para el cumplimiento de obligaciones personales, especialmente la prenda, llamada en la legislación española *peño*.

En el Derecho Germánico, el acreedor prendario podía quedarse con la prenda si la deuda no era pagada al vencimiento, y fue usual en España emplear tal procedimiento. Pero la tenaz oposición de la Iglesia contra la usura, logró realizar modificaciones a ese sistema que en el Derecho Romano, y aún en el posterior, se conoce con el nombre de *pacto comisorio*, quedando prohibido en la legislación civil a iniciativa de las normas canónicas tal procedimiento, considerado con razón como usurario, de allí que de la hipoteca poco o nada se encuentra en la legislación española, pero eso es debido a que no existía

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

distinción entre bienes muebles e inmuebles, sino que indistintamente unos y otros podían darse en garantía por vía de empeño o prenda, y así lo expresan las *Siete Partidas* en más de un texto. Fue conocida y usada la garantía real legalmente obligatoria en ciertos casos, como el de la dote prometida por la mujer al marido, y otras en beneficio de menores en forma análoga. No es sino hasta las *Leyes de Toro*, cuando aparece en la legislación española la palabra *prenda*, aún cuando la institución haya sido conocida de más atrás.