

El Derecho Español en el período de la Reconquista

Capítulo VII. Primera parte	279
<i>Usos y costumbres</i>	283
<i>Fueros y Cartas Pueblas</i>	286
<i>Leyes</i>	288
<i>Jurisprudencia y Fazañas</i>	291
Capítulo VIII. Segunda parte	293
<i>Derecho Público</i>	293
<i>Monarquía</i>	295
<i>Oficios palatinos y Consejo Real</i>	300
<i>Concilios y Cortes</i>	302
<i>Jurisdicciones territoriales</i>	305
<i>Consejos u organización municipal</i>	306
<i>Behetrías</i>	309
<i>Hermandades</i>	310
Capítulo IX. Tercera parte	313
<i>Derecho Público II</i>	313
<i>Clases Sociales</i>	313
<i>La Nobleza</i>	316
<i>La Iglesia</i>	318
<i>Hombres libres</i>	320
<i>Los siervos</i>	321
<i>Las Corporaciones de Oficios</i>	322
Capítulo X. Cuarta parte	323
<i>Derecho Privado I</i>	323
<i>Matrimonio</i>	331
<i>Esponsales</i>	334
<i>Barraganía</i>	335
<i>Régimen de bienes en el matrimonio</i>	335
<i>Patria Potestad</i>	337
<i>Tutela y Curatela</i>	337
Capítulo XI. Quinta parte	339
<i>Derecho Privado II</i>	339

CAPÍTULO VII

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

A principios del siglo VIII, los árabes invaden la península ibérica y parte de Francia; arrojados de ésta, consolidan su dominio en España, de la que se adueñan con excepción de una pequeña fracción en el norte, en donde la población se hace fuerte y es el punto de partida de una tenaz y paulatina lucha para la recuperación del territorio. Iniciada esa lucha en Covadonga, según quiere la tradición en el año 711, no ha de tener fin sino siete siglos más tarde al ser tomada la ciudad de Granada, último reducto de los moros, en el año de 1492, el mismo año del descubrimiento de América.

La pugna por la Reconquista tuvo períodos de calma, hubo claudicaciones, ambiciones de señores y de magnates; actos que pudieron haber obedecido más a codicia que al amor de la tierra y a la patria, pero el aliento que esencialmente impulsó a las varias generaciones de españoles durante esos siete siglos, fue el mantenimiento de todos dentro de la Iglesia Católica y el triunfo de sus principios como únicos, ciertos y verdaderos, capaces de realizar la unión nacional, aunando los esfuerzos de todos y cada uno en el servicio de Dios y del rey, personi-

ficación del estado. Esto formó el carácter de los españoles, que no dejaron de tener presente el concepto de la persona humana como ser cuya finalidad trasciende a lo puramente social o estatal, a la que el estado no sólo no podía oponerse, sino que debía coadyuvar a su logro.

Esta mentalidad fortísimamente arraigada en la conciencia, hicieron de la lucha de Reconquista una guerra de cruzados, y no es de extrañar que, al terminar ésta, coincidiendo con el descubrimiento del Nuevo Mundo, se emprendiera la lucha por su conquista con el mismo espíritu, con la misma finalidad, con la misma fe, y si se quiere con las mismas deficiencias que eran innatas al español.

Es importante, por lo tanto, examinar cómo se formó el carácter español durante ese período que nos ha de ocupar ahora y, lo que más nos interesa, cómo reaccionó en la vida del Derecho; en qué sentido evolucionó éste, cómo llegó a constituirse tanto en su aspecto público como privado, y cuáles fueron, al menos, sus elementos esenciales que habían de aportarse al continente americano.

Para darse cabal cuenta de todo esto, se necesitaría una revisión minuciosa de la Historia de España durante esa época, pero ante la imposibilidad de hacerla nos concretaremos con aquellos hechos o episodios de índole puramente jurídica, y aún éstos sólo en sus elementos esenciales o más sobresalientes.

Lo primero que a este respecto debe observarse, es el fenómeno inverso al que hemos hecho alusión como pro-

pio del período visigótico; en éste, como vimos, el afán, y al fin el logro, fue la unificación del Derecho, cuya máxima expresión fue el *Fuero Juzgo*; durante la Reconquista, por el contrario, la multiplicidad de los derechos imperó, fenómeno muy explicable por la fuerza de los acontecimientos.

Al ser invadida España por los árabes, sólo la región montañosa de Asturias quedó libre, y fueron los *astures* los que iniciaron la lucha. Éstos conservaron el Derecho Visigótico que los había regido, no hubo motivo para olvidarlo ni abandonarlo. Después de éstos, los leoneses fueron los primeros en liberarse del invasor, y como aún tenían fresco el recuerdo de su Derecho anterior, no hicieron sino seguir usándolo, de manera que al incorporarse uno a otro estos dos primeros grupos, libres del poder sarraceno, y constituir el primer estado, el asturo-leonés, el Derecho anterior sobrevivió en León y en Asturias, y siguió siendo su máxima expresión y cuerpo fundamental el *Fuero Juzgo*.

Pero no aconteció lo mismo con el resto del territorio y de sus habitantes; habían de pasar muchos años, y para algunos varios siglos, antes de liberarse, y para éstos la memoria del Derecho Visigótico fue borrándose en gran parte, pero ante la necesidad de normas que los rigieran, fueron creándose sistemas jurídicos de carácter consuetudinario, con base en antecedentes romanos y bárbaros, unos y otros plenamente cristianizados, de manera que cuando un territorio era liberado y se incorporaba a algu-

no de los reinos o señoríos libres, pasaba con su propio Derecho, y exigía que el rey o señor bajo cuya potestad entraban jurara reconocer y respetar el Derecho de los que así se le sometían, expidiendo entonces el señor la *Ley Foral*. En otros casos, el rey daba el Fuero, de allí la pluralidad de Derechos que, hay que hacer notar, no eran impuestos por el soberano, rey o señor, sino aceptado y reconocido por éstos, quienes bajo jurada condición se obligaban a respetarlo, al hacer ellos mismos su promulgación, ya en virtud de pacto, ya espontáneamente.

Conviene recordar que no se realizó la labor de Reconquista por un solo señor o linaje de señores o soberanos, sino que se fueron constituyendo diversos estados independientes los unos de los otros, cuyos jefes dirigían la lucha de reincorporación de nuevos territorios a sus propios estados. Sabido es que tras el estado asturo-leonés, más tarde reino de León, surgió el condado y después reino de Castilla; Navarra y Aragón aparecen por otra parte, el Condado de Barcelona por un lado, y las Provincias Vascongadas por otro, son otras tantas entidades estatales independientes, cuya fusión final sólo se realizó después de unidades parciales, al unirse las coronas de Castilla y Aragón a fines del siglo XV, con el matrimonio de doña Isabel y don Fernando, soberanos respectivamente de uno y otro reino.

Sin poder entrar en detalle de estos acontecimientos generales, pasemos a estudiar las fuentes formales del Derecho de la época que nos ocupa. Dichas fuentes pueden agruparse de la siguiente manera:

- Usos y costumbres;
- *Fueros* locales y Cartas Pueblas o encartaciones;
- Leyes (ordenamientos, pragmáticas, etc.); y
- Jurisprudencia y Fazañas.

A estas fuentes, que son las mediatas, deberán añadirse las fuentes inmediatas o remotas, que pueden reducirse a dos principales: a) la influencia de la Iglesia; y, b) los acontecimientos de la lucha por la Reconquista.

Usos y costumbres

El maestro Esquivel Obregón, bajo el epígrafe de *Derecho Tradicional*,³ examina, guiado por las obras de don Joaquín Costa, la vida jurídica del pueblo español en su aspecto tradicional y consuetudinario, y de los datos suministrados por este último, se obtienen los siguientes informes que como esenciales en los usos y costumbres, deberán retenerse:

A través de la monarquía española, en todas sus etapas, la costumbre en muchos casos predominó sobre la Ley escrita, en vista de la tendencia de dejar a los pueblos que se gobernarán por sus antiguas y propias cos-

3 Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*. T. I. Págs. 137-170.

tumbres, siempre que no estuvieran en abierta pugna con normas imperativas de orden público. En vista de esta liberalidad, conservaron los pueblos hispánicos sus instituciones tradicionales o las modificaban según las necesidades de los tiempos. Las Leyes expedidas por los monarcas españoles como Alfonso XI, Enrique II, Juan I, Juan II y los Reyes Católicos en disposiciones reiteradas, que luego pasaron a formar parte integrante de las compilaciones, incluso en la *Novísima Recopilación*, dejaron consignado:

“A las ciudades, villas y lugares de nuestros reinos les sean guardados los privilegios que han tenido de los reyes, nuestros antepasados, los cuales confirmamos, y que les sean guardados sus libertades y franqueza y bienes, usos y costumbres, según que les fueron otorgados y por nos fueron confirmados y jurados”.

No fue sino con el establecimiento del sistema parlamentario, cuando se nota la tendencia destructora de la espontánea manifestación de la cultura jurídica ante el afán de los legisladores de imponer su criterio, en el que domina más la vanidad del orador y del político, que la conveniencia del bien social; pretendiendo además con esto, llevar a cabo la unificación del Derecho en la forma rígida de las codificaciones modernas. Así es como en nombre de la libertad —dice el maestro Esquivel Obregón— se ha tiranizado y torturado a los pueblos, y éstos llegan al fin a no agotar las novedades y a olvidar

sus tradiciones, quedando sin Ley; en tanto que los monarcas llamados absolutos respetaron las libertades y franquicias, que eran al mismo tiempo garantía de estabilidad, lealtad y paz.

La forma de establecer el Derecho espontáneo, constituye una manera eficaz de democracia directa, como se ha realizado en España, hasta épocas recientes, en la que en no pocos pueblos o lugares se convoca a los habitantes del lugar para que se reúnan después de la Misa Mayor, a discutir las medidas que deben tomarse respecto de la utilización de las tierras, la distribución de los ganados y otras medidas de carácter e interés generales, que se hacen constar como normas que quedan redactadas en el *libro de pueblo*, constituyendo el Derecho espontáneo y regional adaptable a las necesidades del momento y del medio.

Este Derecho espontáneo ha sido objeto de no pocas normas consuetudinarias, en que predominan los antecedentes germánicos sobre los romanos;⁴ conviene citar como característica de este aspecto del Derecho, la institución conocida con el nombre de *iresura*, que es una forma de apropiación del usufructo de la tierra por quien pone en ella su trabajo; derecho que subsiste mientras la tierra se trabaja, pero se pierde cuando este requisito falta.

Otro aspecto de este Derecho es la institución que se refiere al aprovechamiento de los frutos de los árboles de

4 *Ibidem*. Págs. 145-152.

propiedad privada y en suelo común, estableciendo la distinción de lo que en términos forestales se llama *el suelo* y *el vuelo*. En gran número de pueblos españoles hay aún tierras comunales, donde los vecinos tienen el derecho de plantar árboles que quedan de su propiedad, y no pueden acotar el terreno para que éste quede libre para el resto de los ganados. Según el *Fuero de Vizcaya*, los vecinos tenían el derecho de plantar árboles en las plazas y ejidos, y el fruto sería en beneficio común, con tal de que se indemnizara al plantador.

El disfrute de la tierra por el vecino de un pueblo, tratándose de tierras de comunidad, no tiene más límite que el de la capacidad de trabajo del que dispone de ella, y de este sistema surgió en el siglo XVI el sistema llamado de *alpujarras*. Por último, debe recordarse sobre el particular la existencia de tierras comunes de vecindario, íntimamente ligadas también con el sistema municipal.

Fueros y Cartas Pueblas

Los Fueros locales o municipales, en sentido amplio, son aquellos documentos que encierran las normas que regulan, a veces incompletamente, la vida colectiva de los habitantes de determinada localidad. Hay que distinguir entre los Fueros municipales y las *Cartas Pueblas* o cartas de población; los primeros, son Leyes de un grupo de población ya formado, en tanto que las *Cartas Pueblas* tienen por objeto atraer a los pobladores para que se establezcan en determinado lugar, y a quienes para ello se les

conceden atractivos o ventajas tales como exenciones de tributos, concesiones de tierras, casas o aprovechamiento de montes y prados.

Tanto los Fueros como las *Cartas Pueblas* eran otorgados por la autoridad real, siempre que se tratara de tierras de realengo, pero, aún tratándose de aquéllos que en ciertos casos otorgaba por vía de señorío eclesiástico o secular, llevaban implícita la autorización real que les daba su carácter de Ley. Como se ha dicho, en muchas ocasiones los Fueros se formaron espontáneamente por los pobladores de cierta región que al ser incorporados a los reinos o señoríos reconquistados, el rey o los señores que realizaban la Reconquista reconocían esas normas que expedían, jurando respetarlas en todo.

Muchos fueron sirviendo de modelo a otros que vinieron posteriormente, de suerte que aún cuando su número excede, sin duda alguna, de mil, los Fueros tipos fueron relativamente pocos, ya que unas ciudades o grupos de habitantes aceptaban o en ciertos casos se les imponían los Fueros de otras localidades.

No es posible determinar cuáles hayan sido los primeros Fueros locales, y aunque algunos autores citan algunos desde el siglo IX, otros se remontan al VIII, pero puede afirmarse que el apogeo de los Fueros fueron los siglos XII y XIII. Los primeros Fueros son cortos, es decir, encierran pocas normas o disposiciones, en tanto que los posteriores, por lo general, fueron haciéndose más exten-

sos, de donde la división usual entre los tratadistas entre Fueros cortos y largos.

Entre los Fueros que deben citarse como ejemplares o tipos de los posteriores, se encuentran los de *Logroño*, *Benavente* y *Cuenca*, siendo éste uno de los que se citan como genuina expresión del Derecho Castellano, y de donde se tomaron otros muchos, tales como los de *Consuegra*, *Baeza*, *Alcázar*, etc. Dentro de estos Fueros aparecen no pocas normas de origen germánico, mereciendo citarse, entre las principales, la venganza de la sangre, la pérdida de la paz y la prenda extrajudicial.

Leyes

Las diversas normas de obligatoriedad general emanadas de los soberanos españoles, unas veces sin intervención de otra autoridad y a veces con la de los consejeros, o bien emanadas de las Cortes, constituyen un número importante dentro de las fuentes formales de Derecho, dándose el nombre de *Ordenamiento* a los acuerdos tomados por las Cortes, que a partir del siglo XII comienzan a funcionar, y el de *Pragmáticas* a las normas emanadas del rey, sin el concurso de las Cortes.

Unas y otras de las citadas normas fueron objeto de compilaciones originariamente de carácter privado, y más tarde oficialmente expedidas. En estas compilaciones no solamente se insertaban las Leyes emanadas del rey, sino que, en muchos casos, se adicionaban con las

normas generales entresacadas de los diversos Fueros, o bien de los usos y costumbres.

En el período de la Reconquista que nos ocupa, debe citarse, además del *Fuero Juzgo* que siguió rigiendo en León, y que más tarde se otorgó como Fuero local a algunas poblaciones del sur tales como Córdoba y Sevilla, a las siguientes obras: *Fuero Viejo de Castilla* (año de 992); *Fuero Real* (año 1255); las *Siete Partidas* (1263); *Espéculo* (1280); *Leyes de los Adelantados Mayores* (1282); *Leyes de Estilo* (1310); *Ordenanzas Reales de Castilla* (1485); *Ordenamiento Real* (1490); y las *Leyes de Toro* (1505). De las citadas Leyes sólo haremos alusión de las más importantes:

El *Fuero Viejo de Castilla*, aun cuando con antecedentes remotos, tomó la forma en que hasta la fecha nos es conocido en 1365, durante el reinado de Pedro I, y encierra normas de carácter consuetudinario y varias sentencias o *fazañas*. Consta de cinco libros que comprenden: el primero, Derecho Público; el segundo, Derecho Penal; el tercero, procedimientos en los juicios; el cuarto, Obligaciones y Prescripciones; y el quinto, normas relativas a relaciones y pecuniarias entre consortes. Esta compilación se conoce también con el nombre de *Fuero de los Fijosdalgo*.

El *Fuero Real* es la primera entre las compilaciones debidas a don Alfonso el Sabio, y se halla dividido en cuatro libros, de los cuales el primero trata de asuntos religiosos, del rey y su familia, de las Leyes en general, de los

alcaldes y su jurisdicción, de los escribanos, voceros y personeros; el libro segundo, trata de los juicios y sus procedimientos, de las ferias y de la prescripción; el libro tercero, se refiere al Derecho de Familia, testamentos, herencias y contratos; y el cuarto, de los apóstatas, herejes y judíos, de los delitos y penas de los romanos, y de los navíos. El *Fuero Real* tomó parte de sus disposiciones del *Fuero de Soria*, adicionado con varias normas del Derecho Romano, así como del Canónico.

Las *Siete Partidas*, conocido en su época también como el Libro o *Fuero de las Leyes*, como su nombre lo indica, está dividido en siete partes, y las fuentes que lo informan son algunos textos de los Padres de la Iglesia; el Derecho Romano de Justiniano, los Cánones de diversos Concilios, pero predominantemente el Derecho Romano impera, motivo por el cual esta compilación, apartándose del Derecho tradicional, no entró en vigor sino como Ley supletoria hasta épocas más posteriores, aplicable siempre que no hubiera disposición de los Fueros locales. Esta famosa obra de Derecho, la más amplia de todas, trata en sus diversas partes de los temas siguientes: la primera, el Derecho Eclesiástico; la segunda, del rey, de los funcionarios públicos y de sus atribuciones; la tercera, de los Jueces y del procedimiento judicial; la cuarta, la quinta y la sexta, de las diversas materias propias del Derecho Civil; y la séptima, del Derecho Penal.

El *Ordenamiento de Alcalá*, formulado en las Cortes celebradas en la población que le dan su nombre, y con-

firmado por Alfonso XI en 1348, está dividido en 32 títulos y cada uno de éstos en Leyes. Trata de las diversas materias del Derecho, principalmente del procedimiento, prescripción, testamentos, delitos y penas; y tuvo como objeto principal fijar el orden y valor de las diversas Leyes compiladas, y en él aparece la disposición que determina que las *Siete Partidas* deben tenerse como Ley supletoria.

Jurisprudencia y Fazañas

Por *Fazañas* se entienden las sentencias dictadas por los tribunales que, sentando precedente, constituyen preceptos aplicables a casos análogos posteriores y, como se ha dicho, no pocas de las compilaciones citadas insertan, entre sus normas, *fazañas* que han sentado jurisprudencia.

Como se ha dicho, a estas fuentes formales de Derecho hay que añadir las múltiples circunstancias de carácter general durante el período de lucha de la Reconquista y, por encima de todo, los principios unánimemente aceptados por los españoles de la religión Católica, a los que reyes, señores y vasallos se sometían y que, en muchos casos, formaban parte integrante de las Leyes de la época y de épocas posteriores.

CAPÍTULO VIII

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

Derecho Público

Del examen de las diversas fuentes formales del Derecho, se obtiene el conocimiento de la estructura jurídica en su aspecto interno, es decir, se puede determinar cuáles son las diversas instituciones a través del período de la Reconquista. Deberá tenerse en cuenta, sin embargo, que no existía en esa época una división ordenada entre las normas de Derecho Público y las de Privado, aún cuando en algunas de las compilaciones, y muy especialmente en las *Siete Partidas*, se marca la separación, aun cuando no sin algunas confusiones.

El Derecho de ese período, como se ha hecho notar en toda su integridad comprende las normas que rigieron a los diversos estados, cuya unificación completa no se realizó sino al final de la Reconquista, y si el estudio hubiera de ser completo, habría que analizar las normas especiales de los diversos estados tales como León, Castilla, Aragón, Navarra, etc. Pero de tomarse el Derecho de España como antecedente que fue del que rigió en América, y dada la vinculación que el régimen implanta-

do en este continente tuvo con el de Castilla, bastará estrictamente a nuestro propósito examinar el Derecho Castellano, como antecedente del pensamiento jurídico y de las instituciones que habían de regir en la Nueva España, más tarde México. A fin de ordenar la presente investigación y estudio, separaremos las normas y principios de orden público de las de orden privado, para estudiar separada y sucesivamente aquéllas de éstas. Por lo que hace a la estructura del estado, que correctamente puede designarse como Derecho Constitucional, subdividiremos el tema en los dos siguientes aspectos:

- Organización o Constitución Política; y
- Constitución Social.

En el primer aspecto, examinaremos los órganos gubernamentales en los siguientes aspectos:

- Monarquía;
- Oficios Palatinos y Consejo Real;
- Concilios y Cortes;
- Jurisdicciones Territoriales;
- Consejos u Organización Municipal;
- Behetrías; y

- Hermandades.

En cuanto a la Constitución social, conviene dividir la materia en los siguientes temas:

- Clases sociales;
- La Iglesia;
- Solariegos;
- Siervos; y
- Corporaciones.

Monarquía

El sistema monárquico, continuación del establecido en el régimen godo, surge en el período de la Reconquista en Asturias, y se extiende más tarde a lo que habría de ser el reino de León y los diversos estados que van constituyéndose a medida que progresa la recuperación del territorio, pues se configura en cuanto al sistema político bajo el sistema monárquico pero con marcada tendencia patrimonial, es decir, que el monarca ostenta, además del carácter de jefe de estado, el de dueño de la soberanía que posee, con facultad de hacer uso de ella para adjudicarla en vida o *post mortem*, disponiendo de ella como de bien patrimonial. Este sistema paulatinamente va rectificándose, quedando abolida la facultad del soberano de

hacer uso de este aspecto patrimonial en la función. A esta rectificación contribuye el hecho de que la monarquía visigótica, como la que le sucede en el período de la Reconquista en los primeros años de ella, no fue de carácter hereditario sino electivo.

Dos actos intervienen en el nombramiento del monarca, uno de carácter civil y otro de carácter religioso, el primero es la elección que se hace de la persona que ha de ocupar el trono vacante, a lo que era usual denominar como *alzar* al rey, que materialmente consistía en levantarlo sobre un escudo sostenido por el grupo de electores, funcionarios palatinos o infanzones, entre los cuales se hacía la elección, considerando que el electo era igual a los electores. El electo, al ser levantado, blandía la espada como símbolo de su potestad, y debía preceder a este acto el juramento de guardar el Derecho vigente, especialmente el respeto de la paz y del régimen imperante.

La ceremonia religiosa o canónica es la *unción*, con carácter sacramental de acuerdo con el ritual romano. En virtud del juramento, el monarca, obligándose a respetar la Ley, se obliga implícitamente a respetar y a acatar los principios religiosos, a velar por el bien común, a administrar Justicia, a velar por las buenas costumbres y a que sus actos se ajusten al beneficio común de todos, ya que por Ley debe entenderse lo que más tarde el *Fuero Real* consigna, al expresar que:

“la Ley ama y enseña las cosas que son de Dios, y es fuente de enseñanza, o muestra de

Derecho, e de Justicia, e de ordenamiento, e de buenas costumbres, e guiamiento del pueblo e de su vida; y es también para los hombres como para las mujeres; e también para los mancebos como para los viejos; e también para los sabios como para los no sabios; e también para los de la ciudad como para los de fuera; y es guarda para el rey e para sus pueblos”.

La disposición siguiente del mismo código exige que la Ley “*sea conveniente a la tierra e al tiempo; e sea honesta, e derecha, e igual e provechosa*”.

El resurgimiento del Derecho Romano favorece la centralización del poder, y de esta manera los principios de este Derecho del Bajo Imperio que consideran al primer mandatario del estado o emperador con potestad omnímoda, son la base para la consolidación del centralismo en manos del soberano.

De electiva que fue la monarquía en sus orígenes, paulatinamente pasa al sistema hereditario, empleando en un principio para ello, el procedimiento de designación en vida del sucesor al que se presta juramento como tal, de manera que a la muerte del rey queda el heredero en funciones de nuevo rey.

Las facultades del rey, simplemente enumerándolas, son las de dar Leyes e interpretarlas, pero pronto quedó consignado que las Leyes que el rey expidiera no podían

ser contrarias a los Fueros vigentes, a menos de que la modificación se hiciera en virtud de acuerdo previo tomado en las Cortes. Tal norma de carácter consuetudinario, en un principio fue consignada por escrito en las Cortes de Briviesca, celebradas en 1387. Eran facultades del rey cobrar impuestos ordinarios, tales como los llamados *moneda forera*, *fonsadera*, *yantares*, *conducho* y en ciertos casos y lugares, los conocidos como *marzadga* o *martiniega*; pero para recaudar tributos extraordinarios, fue requisito indispensable la aprobación previa por las Cortes; acuñar moneda, que en España fue exclusiva del monarca, a diferencia de lo que aconteció en otros estados feudales de Europa.

Era atributo también del rey el nombramiento de los altos funcionarios judiciales y palatinos, y originariamente designaba a los jefes o funcionarios superiores encargados de los gobiernos locales, que andando el tiempo se convirtieron también en cargos con derecho sucesorio. Era el rey el jefe supremo del ejército y Justicia mayor del reino, considerada esta función como fundamental en la realeza. En virtud de esta función jurisdiccional, conocía el rey por sí solo, o en colaboración con la *Curia* que lo asesoraba y por vía de última instancia, de todos los asuntos que pudieran ventilarse ante los diversos tribunales, y en ciertos casos era tribunal de única instancia; gozaba el rey, además, de la facultad de otorgar indultos.

Una vez constituido el sistema hereditario en la monarquía, pueden establecerse como normas de carác-

ter constitucional básicas, el consentimiento de los representantes de la nación, la consagración religiosa y el uso del derecho hereditario de la potestad real. Estas facultades tenían sus limitaciones, que aparecen consignadas en la Ley Primera, Título Primero, del Libro Primero del *Fuero Viejo*, que dice:

“Estas cuatro cosas son naturales al señorío del rey, que non las deve dar a ningund omne, nin las partir de sí, ca pertenescen a él por razón del señorío natural: Justicia, Moneda, Fonsadera; e suos yantares”.

Las Cortes fueron, al establecerse, el poder moderador y limitador de la potestad real, como suscintamente veremos más adelante. Otra restricción de la potestad real era la de no poder escapar a ser sujeto en la aplicación de las Leyes, de manera que podía ser demandado por cualquiera de sus súbditos, y debía litigar con arreglo al procedimiento establecido y atenerse a lo que el tribunal competente resolviera. Esta norma, que tiene sus antecedentes en el *Fuero Juzgo*, fue consignada más tarde en las *Leyes de Estilo*.

Fue tradicional también, y más tarde consignado expresamente en las Cortes de Toro de 1317, que el rey no mandaría matar, ni prender, ni lisiar, ni tomar a ninguna persona o cosa de los suyos, sin ser antes llamada, oída y vencida por Fuero y por Derecho. Merece hacerse observar que estas limitaciones, tienen las características

de lo que en las Constituciones modernas se conoce como garantías individuales o constitucionales. Cuando quedó establecida la sucesión al trono por vía hereditaria, no se excluyó a las mujeres, y así quedó consignado en el *Fuero Real*, en el *Espéculo* y en las *Siete Partidas*.

Oficios Palatinos y Consejo Real

Los auxiliares inmediatos del monarca fueron originariamente, según antecedentes germánicos, funcionarios domésticos o palatinos, entendiéndose por tales los cargos que dentro de la casa o Palacio Real desempeñaban en la administración de la misma. De la función doméstica se pasó a la función pública, aún cuando conservando los nombres primitivos, y todos ellos, unos de carácter civil y otros de carácter religioso, constituían la *Aulea Regia*, llamada más tarde *Curia* o Corte.

Era el primero de ellos el Mayordomo o Jefe de toda la servidumbre palaciega, al que se hallaban subordinados diversos empleados, tales como el Camarero encargado de la custodia de las prendas de vestir, las camas, las joyas y los cofres del rey; el Repostero, encargado de guardar los objetos de uso personal inmediato del rey; el Posadero, encargado de aposentarle en los viajes; el Dispensero, que atendía a su aprovisionamiento. Todas estas funciones que tradicionalmente existieron en Castilla, aparecen confirmadas en las *Siete Partidas*.⁵

5 *Partidas*. 2ª, 9, 12 y ss.

Cuando aparecen los títulos nobiliarios, fue usual invertir con uno de ellos, por lo menos, al Mayordomo, y a menudo los demás servidores gozaban también de esta prerrogativa. Al lado de éstos, debe citarse al Canciller, especie de notario mayor, que refrendaba los despachos y cartas reales, y subordinados a él se establecieron después diversos notarios coadyuvantes de la función del primero. Todos estos servidores domésticos u oficiales palatinos, fueron paulatinamente adquiriendo funciones de orden gubernamental, encargándose unos del tesoro público, otros de los bienes propios del soberano, otros de las relaciones que entre él y sus representantes en las diversas jurisdicciones debían existir, siendo así investidos con carácter ministerial, que andando el tiempo habrían de fijarse en las constituciones y Leyes administrativas modernas. No debe omitirse entre estos funcionarios el Alférez, que llegó a ser, después del rey, el jefe del ejército, función que en algunos casos desempeñó el Condestable (*Comes stabuli*), que no fue en su origen sino el encargado de las caballerizas reales.

Este grupo de auxiliares del soberano constituyeron el Consejo Real como cuerpo reglamentado, de planta fija y de funciones propias, como quedó establecido en las Cortes de Valladolid del año de 1385, bajo el reinado de Juan I, estableciendo que el número de estos funcionarios debería de ser doce, seguramente a imitación de los doce pares de Francia y de los cuales cuatro eran prelados, cuatro caballeros y cuatro ciudadanos. Este Consejo, además de funciones administrativas, tuvo, reunido en cuer-

po colegiado, funciones judiciales, constituyendo la suprema autoridad jurisdiccional.

En el siglo siguiente, o sea en el siglo XV, año 1426, se aumentó el número de estos Consejeros hasta llegar a 75; pero tales cargos debieron considerarse más bien como distinción honorífica. Enrique IV fijó el número de este Consejo en dos obispos, dos caballeros y ocho letrados.

Concilios y Cortes

Siguiendo la tradición de los Concilios de la época visigótica, especialmente la serie de Concilios de Toledo, siguieron celebrándose en el siguiente período estas asambleas, pero cada vez más se restringieron sus atribuciones a los asuntos eclesiásticos. Sin embargo, en muchas ocasiones el soberano convocaba a asambleas de los funcionarios eclesiásticos para someter a su consideración la resolución de asuntos de carácter administrativo y, por otra parte, las normas que se dictaban en los Concilios en que se ventilaban asuntos eclesiásticos fueron usualmente incorporadas a las Leyes civiles, formando parte integrante de la legislación general del reino.

De esas asambleas convocadas por el soberano, nacieron las llamadas Cortes, pero es difícil determinar la fecha en que tuvieron el carácter con que habían de aparecer más tarde, en que no solamente intervenía el elemento eclesiástico sino la nobleza, y los representantes de los municipios o Consejos.

En estas asambleas asistían, por derecho propio, los Arzobispos, los Maestros de las Órdenes Militares y algunos Abades; los Condes, ricos-hombres hidalgos o vasallos inmediatos al rey, a quienes éste hubiera convocado; pero entre ellos algunos adquirieron este derecho por razón de linaje. El brazo popular estaba representado por los delegados de los Consejos locales, y era requisito para que se consideraran constituidas las Cortes la presencia de este tercer elemento.

El número de las ciudades o consejos que asistían a las Cortes no fue constante, y los representantes de tales consejos eran designados por elección en algunos casos, y en otros por turno o por sorteo según las costumbres locales. En no pocas ocasiones, se hizo notar la intromisión abusiva del poder real en los nombramientos de los Procuradores. Los Procuradores, mientras estaban en el desempeño de su cargo, gozaban de prerrogativa de inmunidad, o una especie de lo que más tarde debería considerarse como fuero de la persona.

La convocatoria a Cortes se hacía en todos aquellos casos de interés general o de gran importancia, aún cuando esta regla en algunos casos no fue observada estrictamente; pero desde luego, debe hacerse notar que para la imposición de gravámenes extraordinarios fue siempre indispensable la aprobación de las Cortes, para que tales gravámenes o impuestos se fijaran.

Fue usual que al convocarse a Cortes, con objeto de obtener algún subsidio extraordinario, los Procuradores, al otorgar lo que el rey les pedía a este respecto, presen-

taban como especie de contraprestación proyectos de Leyes o acuerdos, obligando de esta manera al rey a otorgar las peticiones, a fin de obtener el subsidio pedido. Por lo que hace a la función legislativa, las Cortes tuvieron amplios poderes, incluso para modificar normas forales preexistentes, ya que el rey por sí mismo no podía legislar contra los Fueros. Estas normas constan en las Cortes de Briviesca, y las consignan también las *Siete Partidas* en la Ley 18, Título 1 de la Partida 1ª. Con fines a la declaración de guerra, solían también convocarse las Cortes, y fue también función de este cuerpo hacer jurar al rey el respeto a las instituciones y Leyes, y a su vez prestar juramento de fidelidad al rey o al presunto heredero del mismo.

Para reunir a las Cortes, el rey convocaba por escrito a los nobles, prelados y ciudades al efecto; pero nunca se fijó período especial para la celebración de Cortes, sino que ésta se convocaba al arbitrio del soberano. El rey, en la primera sesión, exponía los motivos de la convocatoria; pero esto fue modificado más tarde, ya que quedó establecido que al hacerse esta convocatoria debería expresarse el objeto de la asamblea.

A nombre del Clero, llevaba la voz el Arzobispo de Toledo, Primado de España; a nombre de la nobleza, el Jefe de la Casa de Lara, y a nombre de los Consejos uno de los Procuradores de la ciudad de Burgos. Al terminar las asambleas, se expedían cuadernos de las peticiones y respuestas que se entregaban a los diversos Procuradores. Las Cortes de Castilla nunca tuvieron reglamento

especial para sus sesiones, a diferencia de las Cortes de Aragón que sí lo tuvieron.

Jurisdicciones Territoriales

El territorio reconquistado se dividía en *comitatus*, a cuyo frente se encontraba un representante del rey con el título de Conde, función originariamente vitalicia, y que pasó más tarde a ser hereditaria, si no en todos los casos, en muchos de ellos. En aquellas regiones en que las necesidades de la guerra no fueron apremiantes, se nombraba a un representante del rey con el título de *merino*, y así fue dividida Castilla en diecisiete *merindades*. Estos funcionarios, que originariamente no tuvieron sino funciones económicas supeditadas al Mayordomo de la Corte, adquirieron facultades judiciales más tarde. Jerárquicamente superiores a los merinos, se encontraban los *adelantados mayores* al frente de grandes circunscripciones administrativas, y que resolvían en apelación los asuntos de Justicia de los tribunales inferiores. Las *Siete Partidas* consignan el establecimiento de esos funcionarios en la Ley 22, Título 9, Partida 2ª. Además de estas circunscripciones territoriales, existían determinadas tierras, villas, iglesias, lugares y castillos independientes de los condados y de las merindades que el rey otorgaba a favor de Condes, señores, Iglesias, Monasterios u órdenes militares, y las funciones variaban según los términos de la concesión que a cada uno se otorgaba.

En muchos casos al hacer el rey estas concesiones, otorgaba lo que se denominó inmunidad a favor de los

titulares de ellas, y en virtud de este derecho gozaron dichos señores de la facultad de recaudar impuestos que aplicaban para sí, y en otros casos, junto con esta prerrogativa, se otorgó la facultad jurisdiccional, de manera que los señores locales tenían estas atribuciones. Sin embargo, la autonomía de tales señoríos no daba a los investidos con estas prerrogativas, independencia respecto del rey.

Consejos u organización municipal

Este tema es, sin duda alguna, de los más interesantes no sólo dentro de su estructura y organización en la época que nos ocupa, sino como antecedente de los municipios y ayuntamientos modernos. Los antecedentes históricos a este respecto repercuten de modo directo en las instituciones actuales, explicando su razón de ser, su organización y sus funciones.

El origen del municipio ha sido muy discutido, pues en tanto que unos autores lo hacen partir de instituciones romanas, otros pretenden encontrar antecedentes germánicos en su origen, encontrándose entre éstos a Hinojosa. La cuestión ha sido muy debatida, y creo que puede afirmarse que los municipios tienen participación de las dos fuentes, romanas y germánicas. Respecto de la primera, basta apuntar que el origen del estado romano fue esencial y eminentemente municipal; Roma, antes de ser un Imperio, fue simplemente una *civitas*, a la manera que lo fueron los estados griegos en sus orígenes, que no

eran sino *polis*. En Roma, ya en tiempos históricos, la organización del estado-ciudad descansa en el gobierno de dos funcionarios o Cónsules asistidos de un cuerpo colegiado, y esta estructura fue modelo para la organización de las ciudades y agrupaciones sociales que paulatinamente fueron incorporándose al estado romano.

Otro aspecto de esta famosa institución es su carácter natural, entendiéndose por tal, la necesidad que la naturaleza misma impone a los hombres o, mejor dicho, a las familias, de agruparse para convivir y satisfacer más eficazmente sus necesidades, que los individuos aislados o aún las familias no podrían lograr. Es, por lo tanto, una organización que la naturaleza social del hombre pide, de suerte que las normas jurídicas no crean propiamente estas agrupaciones, sino las reconocen y, en algunos casos, las reglamentan.

Estos grupos de familias que en el período de la Reconquista van incorporándose con la tierra que les es común al territorio libre, llevan su organización propia y en muchos casos minuciosa reglamentación de sus actividades y funciones, constituyendo los Fueros municipales de los que ya se ha hablado. A los cuerpos colegiados encargados de la administración, se les conoce en España con el nombre de Consejos, y dentro de ellos siempre existía un representante del poder central o del señor del territorio a quien se le daba los nombres de *senior*, *primus, terrae, villicus*, etc. Dentro de estas agrupaciones se nombraban los jueces, a los que usualmente se les dio el

título de Alcaldes, y que eran nombrados por elección popular, durando en su cargo un año.

En cada pueblo, los diversos cargos municipales eran de elección popular, y todos los vecinos podían aspirar a ellos, pero en los pueblos de señorío eclesiástico o laical que no fueran de realengo, tales funciones eran desempeñadas, en muchos casos, por nombramientos del señor. Además de los Alcaldes y miembros del Consejo o ediles, como se les llamó más tarde, existían los cargos de Alférez, con la función de mandar la milicia del lugar; al Alguacil Mayor, que era el custodio de la bandera; los Mayordomos, que tenían a su cargo la Hacienda Municipal; los fieles, que cuidaban de la policía y de los mercados; los alarifes, inspectores de obras públicas; el *sayón*, que era el pregonero elegido por el Consejo, y el escribano, personaje siempre importante en todo acto de carácter administrativo o judicial.

Para la elección de los miembros del ayuntamiento, se recurría a dos procedimientos: el de cabildo abierto, en que todos los habitantes mayores de edad, varones, intervenían; y el cabildo cerrado, en el que únicamente el propio Consejo sesionaba. Respecto de los recursos y fondos con que contaba el municipio, debe tenerse en cuenta que como persona moral, y por lo tanto sujeto de derechos patrimoniales, tenía en su propiedad bienes a los que se denominaba *propios*, cuya explotación era la fuente de ingresos para el sostenimiento y las necesidades locales; y únicamente en casos en que los propios no alcanzaran,

en razón de circunstancias especiales, como inundaciones, guerras, etc., se recurría a una especie de derrama para obtener de la población los fondos faltantes, a los que se les denominaba *arbitrios*.

Esta autoridad local de carácter natural, respetada y reconocida por el monarca es, sin duda alguna, la expresión más clara y eficaz de un sistema democrático, que al pasar el Derecho Español a América arraigó en este Continente en forma extraordinaria, y no fue sino hasta mediados del siglo pasado cuando se desvirtuaron los derechos tradicionales de estos organismos, de los que volveremos a tratar más concretamente al ocuparnos del régimen municipal de la Nueva España.

Behetrías

Acerca de esta institución, el maestro Esquivel Obregón se extiende en su estudio analizando sus orígenes, según las diversas doctrinas de Cárdenas, de Sánchez Albornoz y de Mayer. La *behetría* se estableció mediante un vínculo, en virtud del cual una persona cedía a un protector o señor la tierra que a aquél pertenecía, reservándose el derecho de cultivarla y de pagar un *canon* o servicio al señor, a cambio de que éste le diera protección. La propiedad de la tierra no pasaba, por lo tanto, al señor, si no la conservaba aquél que había de trabajarla, obligándose simplemente al pago de una especie de tributo. Para Cárdenas, el origen de la *behetría* es el de las tierras reconquistadas de los moros, por el

esfuerzo de individuos sin dependencia o relación con los reyes; especie de pequeñísimos reinos destinados a ser absorbidos a la postre por los más grandes, cuyo protector era el señor que realizaba la Reconquista, como protector de los habitantes de esa porción territorial y de los que en ella habitaban.

Para Sánchez Albornoz, el origen de la *behetría* es la *commendatio* romana que, como su nombre lo indica, era el medio de que se valían los agricultores que, acosados por el Fisco, se ponían bajo la protección de un influyente para librarse de los impuestos. Para Mayer, esta institución se establece en los orígenes del período visigótico, entre los godos como protectores y los hispano-romanos como hombres de ella. Difícil será escoger entre estas tres teorías la más verosímil; el maestro Esquivel Obregón se inclina por la de Mayer, pero parece más fundada la de Sánchez Albornoz que la vincula a antecedentes romanos; de cualquier manera, es institución ésta de gran interés como antecedente de las encomiendas que hemos de ver aparecer más tarde en la Nueva España, y en general en América.

Hermandades

Eran estas hermandades confederaciones de municipios, organizadas con arreglo a ordenanzas propias, dice Minguijón, para buscar en la unión la fuerza para atender los fines de policía y seguridad. Diversas formas y aspectos se establecieron entre las partes integrantes de

estas agrupaciones, sin que hubiera una reglamentación general en todos los casos, hasta que en las Cortes de Madrigal, en el año de 1476, se expidieron las ordenanzas reformadas de Torreslaguna, constituyendo a la llamada *Santa Hermandad*, con fines de asegurar el orden, la paz pública y la extinción del bandolerismo.

CAPÍTULO IX

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

Derecho Público (II)

Siendo de principal importancia dentro del Derecho Público la organización política del estado, sería incompleto el sistema constitucional de él si no se toma en cuenta, además, la constitución social, como ya se ha indicado en el tema anterior; y habiendo examinado en él la organización política, corresponde completar ese aspecto fundamental del Derecho Público, examinando la constitución social, respecto de la cual lo primero que surge es la diversidad de clases existentes en la sociedad.

Clases Sociales

No es el caso examinar en el campo especulativo, si en una sociedad o en un grupo social han de existir necesariamente diversas categorías o diferentes clases entre los hombres; si dada en la naturaleza de ellos se impone la absoluta igualdad o, por el contrario, deben estar divididos en grados o en grupos más o menos jerarquizados. Problemas éstos que son materia de algunas ciencias sociales o, a menudo, y en un terreno más práctico que

especulativo, la política plantea y pretende resolver en uno u otro sentido.

Desde el punto de vista histórico, que es el que nos interesa, los datos con que contamos nos llevan a la conclusión de que, a través de la vida de la humanidad, en todo lugar y en todo tiempo la absoluta homogeneidad de los hombres organizados en sociedad no es un hecho histórico, sino que, por el contrario, las desigualdades han sido siempre fenómeno constante, más o menos acentuadas, más o menos radicales; con diversidad en cuanto a las causas, así como en cuanto a las prerrogativas de que unos gozan frente a otros que carecen de ellas. *Eupátridos* y *tetas* en Atenas, patricios y plebeyos en Roma, por no citar más que los principales en la antigüedad que las doctrinas de Aristóteles y de Platón no sólo confirman, sino que llegan a pretender justificar con fundamento en una supuesta desigualdad natural, confirman el hecho histórico de la diversidad de clases sociales que, pese a las doctrinas y a las luchas modernas, no se logra borrar. Nada de extraño, por lo tanto, si en la Europa medioeval, y concretamente en España, se encuentra una división en la sociedad, en la que por un lado como casta o grupo dominante se encuentran los nobles, y por la otra los villanos o *pecheros*.

Examinaremos, por lo tanto, cuáles son estos diversos grupos o clases sociales para que, determinando los antecedentes históricos de ellas, analicemos la situación que jurídicamente tienen dentro de la constitución social.

Desde luego, como se ha dicho, existen los nobles y los villanos, y como una tercera clase social, la Iglesia.

El sistema feudal imperante en Europa a través de la Edad Media, tiene por característica una desmembración de la potestad que aparece distribuida, en forma jerárquica, en una multiplicidad de jefes, caudillos o señores, a cuyo vértice se encuentra el soberano, generalmente con título de rey, y a quien rinden homenaje y vasallaje los demás señores. Éstos, a su vez, reciben el homenaje de otros señores de inferior grado, y de esta manera, jerárquicamente, se llega hasta el grupo, el más numeroso de todos, de aquéllos que carentes de toda potestad, constituyen lo que usualmente se denominó el tercer estado, comúnmente conocidos como villanos, y en España, como *pecheros*.

Los diversos jefes, caudillos o señores contribuyeron, en algunas ocasiones, junto con su soberano, y en otras independientemente de él, a las diversas constituciones nacionales, ya sea mediante las guerras o luchas entabladas contra enemigos comunes, o por medio de la protección y amparo de quienes voluntaria o coactivamente se les sometían. Tales señores constituyeron un grupo que por su función y por sus actos, gozaban de prerrogativas que en muchos casos no fueron sino compensación a sus servicios, justificando así la situación de privilegio de que gozaron.

En España, el feudalismo no tuvo todas las características propias del régimen de otras naciones de Europa; no

hubo esa jerarquía propia de ese sistema medioeval; pero sí existieron grupos más o menos numerosos de caudillos o jefes que bajo la hegemonía del soberano contribuyeron a la organización del estado español, y surgió de esta manera la nobleza que, además, se explica en virtud de que los pertenecientes a ese grupo privilegiado fueron en general los godos, o descendientes de los godos dominadores del resto de la población hispano-romana.

La Nobleza

La clase noble se caracteriza por la colaboración en las funciones de la *potestad regia*, por su concurso en la lucha de Reconquista, y por la defensa, administración y gobierno del territorio, como consecuencia de todo lo cual gozó de privilegios y prerrogativas que le fueron exclusivas. Entre estas prerrogativas, es fundamental la exención de tributos, que si en un principio fue gracia individualmente concedida, se convirtió en derecho hereditario que quedó consignado en varias disposiciones legales, tales como las resoluciones dictadas en las Cortes de Haro en 1288, y en las de Valladolid de 1351; y aún cuando esta franquicia de carácter fiscal fue objeto de modificaciones a través del tiempo, y aún de intentos de derogación, de hecho no fueron aplicadas estas restricciones. Sin embargo, la exención de tributos no fue absoluta, ya que nunca dejaron de estar sujetos los nobles al pago de los pechos concejiles, de la alcabala, del diezmo eclesiástico o de contribuciones especiales en forma de empréstitos.

El segundo privilegio del que gozó la nobleza, fue el de desempeñar cargos públicos, tales como asesores del tribunal del rey o el gobierno de las diversas circunscripciones territoriales. Como reminiscencia germánica, el valor que por vía de compensación se asignaba al noble siempre fue superior al del villano, ya que el primero se estimaba en 500 sueldos y el segundo en 300. Otro privilegio era el de que ciertos bienes de los nobles no podían estar sujetos a embargos, tales como sus palacios o moradas, sus caballos y sus armas. Privilegio de nobleza era también el de ser juzgados por sus iguales, es decir, por otros nobles.

Entre los nobles, algunos fueron especialmente privilegiados, otorgándoseles dentro de los gobiernos locales franquicias y privilegios especiales, tales como el derecho propio para asistir a las asambleas nacionales, ya fueran los Concilios de la primera época o las Cortes de época posterior, o bien desempeñar funciones jurisdiccionales en los territorios cuyo gobierno se les encomendaba. A esta categoría se les conocía con el nombre de *ricos-hombres*.

De categoría inferior dentro de la misma nobleza, los infanzones no gozaban generalmente de facultades jurisdiccionales ni de otras otorgadas a los *ricos-hombres*. Tercera categoría era la de los caballeros que, considerándolos dentro de la nobleza, eran hombres libres que generalmente hacían de la milicia su profesión principal.

La milicia a la que todo noble servía, especialmente en las luchas contra los moros, y en general, como aconteció en el resto de Europa, en las guerras contra el poder mahometano, hicieron surgir las órdenes de caballería, que con fines de lucha de cruzada en España contribuyeron eficazmente a la labor de Reconquista, y en el resto de Europa a las guerras y expediciones hacia Tierra Santa, que se conoce en la Historia con el nombre genérico de *Cruzadas*. Los miembros de estas órdenes de caballería por el hecho de estar dentro de ellas, tenían la categoría de nobles, que se adquiría mediante ceremonias que fundamentalmente consistían en la entrega y vela de las armas, recibiendo de esta manera la investidura.

En España, las órdenes de caballería u órdenes militares, que a partir del siglo XII se establecieron, fueron las de Alcántara, Santiago, Calatrava y más tarde la de Montesa. A estas órdenes se les entregaron extensiones más o menos grandes de territorio, dentro del cual ejercían jurisdicción señorial, alcanzando con esto poder y prerrogativas señaladas. Además de los privilegios anteriormente mencionados, gozaban de otros de carácter puramente honorífico, que han sido los que, en general, han perdurado hasta épocas posteriores.

La Iglesia

La Iglesia Católica que desde los tiempos apostólicos penetró en España y se desarrolló y arraigó en las conciencias, llegó a ser parte integrante de la organización

social y política, especialmente después de la conversión de Recaredo al Cristianismo, en el Tercer Concilio de Toledo. La jerarquía eclesiástica formó parte integrante de la estructura política, especialmente las dignidades, tales como los obispos y los abades, quienes gozaron de prerrogativas y privilegios análogos a los reconocidos y otorgados a los *ricos-hombres*.

Privilegio especial para la jerarquía eclesiástica, y para el Clero en general, fue también la inmunidad de tributos, como lo fue para los nobles, y además se estableció el Fuero eclesiástico, o sea los tribunales de la Iglesia, como exclusivos para conocer todos los asuntos que por razón de materia o de persona se refieran a la Iglesia; privilegio éste, que la Iglesia ha mantenido con todo vigor a través de todos los tiempos y que, en general, se le ha reconocido por todos los poderes temporales, como veremos más adelante.

El prestigio de la Iglesia y de sus funcionarios, la piedad de la población, la inmunidad o exención de impuestos, hicieron que la Iglesia reuniera riquezas cuantiosas, que han sido en otras épocas blanco de la codicia de gobiernos y particulares, y que en la Historia de nuestros antecedentes jurídicos debe ser materia de especial estudio.

En el período que nos ocupa y ante el poder espiritual inerme de la Iglesia, se acostumbró que ésta pusiera en muchos casos sus bienes bajo la protección de señores lai-

cos en forma de encomienda, lo que ocasionó, en no pocos casos, usurpaciones y despojos de dichos bienes.

El Clero, a través de sus funcionarios superiores como los obispos, abades y prelados, desempeñó funciones de orden público en los Concilios, en las Cortes o en los Consejos Reales.

Hombres libres

Al lado de las dos clases superiores, existió un grupo numeroso de hombres libres, pequeños propietarios que no estaban sujetos a la dependencia de ningún señor, y estos hombres libres fueron los que al agruparse y convivir en pueblos y ciudades, constituyeron los grupos de menestrales y mercaderes dentro de la organización municipal.

Entre los hombres libres, deben quedar comprendidos aquéllos a quienes se designa con el nombre de *solariegos*, que eran los que se encontraban vinculados a un señor por relación personal y en una situación próxima a la servidumbre, no pudiéndose trasladar de uno a otro lugar, ya que estaban vinculados a la tierra que trabajaban, aun cuando habiendo tenido la facultad de enajenar sus bienes, al disponer así de ellos, se desvinculaban del señor, a diferencia de los siervos de la gleba que no podían gozar de este beneficio. Tanto los hombres libres como los solariegos, estaban sujetos a pagos de impuestos de diversas denominaciones y características, impuestos de que ya hemos hecho mención.

Los siervos

Subsistieron huellas muy marcadas de la esclavitud a través de toda la Edad Media, pero dada la influencia del Cristianismo en esa institución, no fueron considerados los esclavos como objetos de Derecho, sino que se les reconocieron facultades propias de persona humana, en muchos aspectos restringida.

Dos clases de siervos existieron en el período que nos ocupa, los siervos de la gleba y los siervos personales. Los primeros estaban adscritos a la tierra que cultivaban, sin facultad para separarse de ella, y no recibían propiamente compensación por el trabajo que desempeñaban, sino que gozaban de parte del producto de la tierra que cultivaban, con fines de ser aplicado a su sustento. Los siervos personales estaban destinados unos al servicio personal de un amo o señor, y otros a trabajos agrícolas, pero sin estar adscritos a la tierra.

Ni una ni otra de las dos categorías de siervos podían disponer libremente de su persona, ni tener representación ante el poder público. Los siervos, a la manera de los esclavos romanos, podían ser objeto de manumisiones que no requerían formalidades solemnes, que se realizaban en muchos casos ante las autoridades eclesiásticas. En otras ocasiones, se otorgaba la libertad a todos aquéllos que fueran a establecer un centro de población en las regiones fronterizas, con fines de atraer a los habitantes a dichos lugares, generalmente amenazados por el enemigo.

Si bien es cierto que la esclavitud se consideró desde Roma como contraria al Derecho Natural, su abolición no fue, ni pudo ser, brusca, sino que fue necesario el transcurso de los siglos para llegar a la desaparición de esta institución de la que todos los pueblos usaron, y que por esta razón llamaron los romanos institución de Derecho de Gentes.

Las Corporaciones de Oficios

Las agrupaciones constituidas por trabajadores manuales del mismo género se desarrollaron en toda Europa de la época medioeval, y en España surgieron también, e incluso pasaron a América, al establecerse el régimen europeo en este continente.

El origen de tales agrupaciones es para algunos autores romano; y para otros es germánico. En realidad, su origen en la Edad Media fue más bien el de cofradías de carácter religioso, con aspecto cooperativista y mutualista, que no obedece propiamente a antecedentes romanos ni germánicos. Fueron cofradías en las que los trabajadores de una misma actividad se reunían con fines de carácter fundamentalmente religioso, pero que se extendió su actividad a impartir ayuda a sus miembros, que pronto consideraron la agrupación como un organismo de defensa de sus propios intereses. Éstos se dividían en tres grupos, a saber: maestros, oficiales y aprendices, y toda la agrupación se regía bajo la presidencia de un *Prior* o Mayordomo, asistido de Vicarías, todos los cuales eran electos generalmente cada año, previa cuenta rigurosa que daban de su administración.

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 unos 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.

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.

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, masculinum 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 ficieron 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.

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 incorporeales, 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.

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 quantum 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*

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 3ª, Título 3, Libro IV.

24 *Fuero Real*. Libro III, Tít. 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*. 3ª, 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 usucapión o prescripción, acerca de los

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.

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*. 3ª, 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

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.