

CAPÍTULO II. EL DERECHO HISPÁNICO	31
A. <i>Observaciones generales</i>	31
B. <i>El derecho español hasta el siglo XII</i>	32
C. <i>El derecho español desde el siglo XII hasta el comienzo del siglo XIX</i>	35

CAPÍTULO II

El derecho hispánico

A. OBSERVACIONES GENERALES

Desde comienzo del siglo **xvi**, dos grandes corrientes se encontraron en México, y se amalgamaron bajo fuerte predominación de la más adelantada. La primera era una civilización neolítica, en su aspecto jurídico de carácter predominantemente azteca, y la segunda la civilización hispánica, en cuyo derecho las influencias romanas se mezclaban con restos de derechos germánicos, normas canónicas, mucha reglamentación monárquica e inclusive (cuando menos en la terminología) rasgos arábigos.

Debemos ahora describir el sistema jurídico hispánico en tiempos de la Conquista; lo expondremos como producto de su historia, pero en ella sólo tomaremos en cuenta los elementos que han dejado sentir su influencia en la Nueva España; no tiene objeto extendernos sobre instituciones hispánicas medievales cuyo impacto no haya sido notado aquí.

También ciertos temas muy interesantes para historiadores del derecho hispánico, como el carácter territorial o personal del Breviario de Alarico y del Codex Euricianus no tienen un debido lugar en un texto como el presente.¹

Además debemos subrayar que, por depender el Imperio ultramarino de la Corona de Castilla, sólo el derecho *castellano* (entre los múltiples derechos territoriales españoles) ha sido derecho subsidiario para la América Latina.

Desde el comienzo del siglo pasado, la historia del derecho español ha encontrado un meritorio expositor en Martínez Marina.² A fines del mismo siglo, Hinojosa³ introdujo un moderno espíritu crítico y académico en la investigación respectiva, y desde entonces un grupo de eminentes investigadores ha estado escribiendo sobre esta materia, desde la península, entre los cuales actualmente se destaca Alfonso García Gallo.⁴ Algunos han combinado

¹ Para este tema, véase sobre todo A. García Gallo, *Nacionalidad y Territorialidad del Derecho en la Época Visigoda*, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid XIII (1936) pp. 168 y ss. y A. D'Ors, *La Territorialidad del Derecho de los Visigodos*, en *Estudios Visigóticos*, Roma-Madrid, 1 (1956), pp. 91-150.

² Martínez Marina F., *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y de Castilla*, 1ª ed., 1808; 3ª ed. 1845.

³ La incompleta obra de E. de Hinojosa, *Historia general del derecho español*, Madrid, 1887, sigue siendo clásica.

⁴ García Gallo, A., *Historia del derecho español*, 2 vols., Madrid, 1942/3; *Idem*, *Curso de historia del derecho español*, 3 vols., Madrid, 1950-1956; *Idem*, *Manual de historia del derecho español*, 2 vols., Madrid, 1959-1964.

Para completar el aspecto jurídico, una buena moderna historia de España es: Ballesteros y Berreta, *Historia de España y su influencia en la Historia Universal*, 12 vols.,

su interés respectivo con un profundo conocimiento del derecho que estuvo vigente en el Imperio Ultramarino (Rafael Altamirano y Crevea, J. M. Ots Capdequí, A. Millares Carlo, J. I. Mantecón, J. Malagón Barceló, J. Miranda y otros —varios de ellos— entre tanto transmigrados hacia estas tierras) y se encuentran al respecto en compañía de excelentes autores latinoamericanos, como el finado T. Esquivel Obregón, Silvio A. Zavala, y R. Levene, norteamericanos como L. Hanke, Clarence H. Haring, L. B. Simpson —también finado—, y la Srita. N. L. Benson, o de otra nacionalidad, como F. Chevalier.

B. EL DERECHO ESPAÑOL HASTA EL SIGLO XII

Varias influencias prerromanas habían coexistido en la península española: los celtas, invasores desde el norte, los iberos —amalgama, en parte llegada desde África—, los fenicios y los griegos; y al lado de todos estos invasores, que en parte eran de cultura avanzada, los autóctonos continuaban practicando sus costumbres, en regiones remotas. La creciente influencia de Roma en la península, desde la derrota de la colonia fenicia, Cartago, trajo consigo una romanización cultural que se extendía al derecho, y que recibió un estímulo más cuando Roma concedió la ciudadanía a los españoles libres (73 o 74 d.C., bajo Vespasiano).

Así, cuando menos en las ciudades, comenzaba a aplicarse un derecho romano no muy sofisticado, más bien vulgar, mientras que en las zonas rurales continuaban los diversos derechos consuetudinarios prerromanos.

Un nuevo elemento cultural se presentaba en España durante el cuarto siglo, cuando la religión cristiana primero dejó de ser perseguida en el Imperio (311, 313 d.C.) y luego se convirtió en la religión oficial (380). Uno puede discutir sobre la fuerza de la influencia que esta religión tuvo en el derecho, pero que, cuando menos, haya influido en materia de familia está fuera de duda.

Cuando Roma tuvo que retirar sus tropas para defender contra los visigodos el corazón del Imperio de Occidente, la península hispánica quedaba al arbitrio de los invasores germánicos. Primero llegaron los vándalos (que luego se establecieron en el norte de África), alanos y suevos (que se establecieron en el noroeste de la península); luego los visigodos tomaron allí el poder, derrotando a los suevos; primero se consideraban aún como vasallos de Roma, pero desde Eurico comenzaron a comportarse como nación autónoma.

Desde luego, trajeron sus propias costumbres jurídicas. Este primitivo derecho visigótico fue pronto codificado en el Código de Euriciano (Codex

Barcelona-Madrid, reimpresión de 2ª ed., 1953. España, 3 vols. Madrid, 1954-1956. En vía de publicación está una obra colectiva, comenzada bajo iniciativa de Menéndez Pidal, *Historia de España*, Madrid, varios tomos desde 1939.

Es útil combinar el panorama, ofrecido por estas obras, con Vicens Vives, *Manual de historia económica de España*, Barcelona, 1959.

Euricianus), que conocemos por fragmentos.⁵ Como los monarcas visigóticos no podían impedir la aplicación del superior derecho romano a los pobladores ya romanizados, por órdenes de ellos se codificó el derecho romano (una generación antes de la labor correspondiente de Justiniano) en el Breviario de Alarico, también llamado *Lex Romana Visigothorum* (506).⁶

La conquista de zonas sureñas de la península por el emperador bizantino Justiniano (554) y su incorporación en el Imperio Bizantino (del que salieron de nuevo en 622), dieron allí vigencia a la gran compilación justiniana, llamada posteriormente el *Corpus Iuris Civilis*. En el resto de la península, el derecho romano que se aplicaba fue más bien un derecho romano vulgar, ni clásico, ni tampoco justiniano (o sea romano-bizantino).

Desde entonces comenzaba a formarse de los elementos germánicos y romanizados la nueva nación hispánica, con un propio idioma, un propio sentimiento de solidaridad, y con una frontera natural bastante buena, los Pirineos —convertidos en frontera cuando las victorias de los francos (510) obligaron a los visigodos a limitarse a su territorio español, abandonando el suelo de la actual Francia—. Desde la capital visigótica, Toledo, y con fuerte influencia eclesiástica, en varios concilios se elaboró un derecho español territorial en sustitución del Breviario y del Codex. Euricianus (derechos personales), siendo el resultado el *Fuero Juzgo*,⁷ del cual hubo varias ediciones (la primera bajo Recesvinto) cada vez ampliadas, desde 654.⁸ Pocos años después de la última edición de esta obra, desde 711, Tarik —con un ejército no muy grande, sobre todo de bereberes, pero aprovechando el descontento general con la monarquía visigótica, socialmente no muy equilibrada— logró reducir el poderío de la nobleza visigótica a algunas regiones montañosas del norte de España (Asturias, Cantabria, los Pirineos, regiones pobres, no muy romanizadas). Allí ni siquiera lograron organizar un poder político más o menos unificado: el resto de estos cristianos independientes se dispersó entre varios núcleos políticos, donde a menudo subsistieron prácticas jurídicas prerromanas.

También encontramos allí rasgos típicamente germánicos, como las relaciones de enemistad oficial entre *sippe* y *sippe*, que nacieron de ciertos delitos, relaciones que dieron derecho a la venganza de la sangre, a no ser que se llegara a una reconciliación (generalmente mediante composición), sellada por el ósculo de la paz y la prestación de la fianza de estar a salvo. Otros

⁵ Véase A. d'Ors, *El código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960.

⁶ Edición importante: Haenel, *Lex Romana Visigothorum*, Leipzig, 1838; reedición 1949.

⁷ Sin tratarse de una edición crítica moderna, para el *Fuero Juzgo*, así como el *Fuero Viejo* de Castilla, las *Leyes del Estilo*, el *Fuero Real*, el *Ordenamiento de Alcalá*, las *Siete Partidas*, el *Espéculo*, el *Ordenamiento de Montalvo*, las *Leyes de Toro*, la *Novísima Recopilación* y las *Ordenanzas de Bilbao* pueden utilizarse “Los Códigos Españoles Concordados y Anotados”, Madrid, 1847-1851 (2ª ed., 1872-1873), obra fácil de encontrar en nuestras bibliotecas.

⁸ El problema de la territorialidad de este código es controvertido. Véase supra, nota 1.

rasgos interesantes son la extensión de la “paz del rey” hacia ciertos aspectos de la vida pública (el tránsito en los caminos, los mercados), incurriendo en la ira del rey y la “privación de la paz” el que la violara. Otros rasgos germánicos en la vida jurídica de la España de entonces eran los “cojuradores”, las ordalias, la prenda extrajudicial, tomada por una persona que considerara violados sus derechos, para obligar al violador a que compareciera ante la justicia, algunas figuras del derecho sucesorio (como las mejoras) y relativas al aspecto patrimonial del matrimonio (las arras, una institución en sentido inverso a la dote romana), la *Morgengabe* (donación morganática, el día después de la boda, como indemnización por la virginidad perdida), el compadrazgo o sea la hermandad artificial (con efectos sucesorios), y ciertos formalismos en la celebración de los contratos como la palmata, o la *wadiation* (entrega a un tercero de un objeto simbólico que éste debe devolver después de comprobar que el entregante cumplió con cierto deber contraído).⁹ En esta fase, los francos, bajo Carlomagno, para proteger mejor su frontera, conquistaron Cataluña, donde luego estuvieron en vigor los capitularia de la corte franca, al lado del Fuero Juzgo para los habitantes visigodos.

En aquel entonces, la cultura islámica era muy superior a la cristiana, y el forzado, íntimo contacto con aquella, era, desde luego, favorable para las regiones ocupadas. Sin embargo, entre todos los tratados arábigos traducidos al primitivo español, no encontramos obras de derecho, y no hay evidencia de grandes infiltraciones de derecho islámico en la vida jurídica de los grupos que, por convenio especial, continuaban viviendo como cristianos, bajo el poder político islámico. Tomando en cuenta la íntima liga entre derecho y religión en el sistema islámico, lo anterior no es sorprendente. Sólo en materia agraria, mercantil y política hubo cierta recepción de figuras musulmanas. Donde sí se nota claramente el impacto islámico en el derecho hispánico antiguo y aun moderno, es en múltiples términos administrativos y comerciales, por ejemplo: aduanas, tarifa, alhóndiga, almacén, alcalde, alcaide, albaacea, alcabala, alguacil, almojarifazgo, etcétera. Los cristianos que se arreglaban amistosamente con el poder político islámico, y que se conocen bajo el nombre de los mozárabes (distintos de los renegados, los muladíes) continuaban viviendo bajo el sistema del Fuero Juzgo; los cristianos independientes, en zonas pobres del norte de España, también conocían, generalmente, esta obra, pero al mismo tiempo —y de preferencia— sometían su muy primitiva vida jurídica, como ya dijimos, a costumbres locales, a veces de índole prerromana, en otros casos germánica.

El debilitamiento del poder islámico durante los últimos decenios del primer milenio y su dispersión entre provincias autónomas, desde 1031, además de la toma de conciencia del occidente cristiano, que observamos a partir del comienzo del segundo milenio, motivaron aquel importante movimiento que llamamos la reconquista (a menudo no más que una repoblación de tierras de nadie) y que termina en 1492 cuando los moros pierden con Granada su

⁹ Véase J. M. Ots. Capdequí, *Manual de historia del derecho español en las Indias*, Buenos Aires, 1943, p. 67.

último baluarte en la península, encontrando la energía española y su fervor catequizante inmediatamente una nueva salida en la labor conquistadora y cristianizadora del Nuevo Mundo, descubierto aquel mismo año.

Un primer producto jurídico de la reconquista es el Fuero Viejo de Castilla (desde aproximadamente 1050), obra antipáticamente favorable para los nuevos influyentes, los guerreros, que tuvieron ahora una buena oportunidad de alcanzar nobleza; este rasgo, desde luego, es fácilmente explicable a la luz de las necesidades de la Corte que expidió esta legislación.

La reconquista no contribuyó a una unificación del derecho de los cristianos en España. En las regiones recientemente conquistadas, los nuevos territorios políticos insistían en la conservación del derecho que se había desarrollado allí bajo la dominación islámica, o en caso de repoblarse las innumerables zonas desiertas, los nuevos distritos o ciudades trataron de subrayar su relativa independencia, reclamando del poder central un derecho de su propia elección. Así surgió el sistema de los diversos derechos forales (cartas pueblas, fueros municipales). Estos propios sistemas jurídicos —forales—, eran a veces productos de una concesión del rey, o del señor municipal, a veces también de un acto autónomo del municipio, no contradicho por la Corona o el poder feudal supraordinado al municipio en cuestión. Muchas disposiciones forales son copiadas, generalmente, de otros fueros; inclusive hubo casos de recepción total de algún fuero ya existente, de modo que se distingue entre fueros-tipos y fueros-filiales, formándose así “familias” de derechos forales. Un importante fuero-tipo fue el Fuero Real, elaborado bajo Alfonso X, entre 1252 y 1255, con el fuero de Soria y el Fuero Juzgo como principales fuentes de inspiración. Con el deseo de unificar paulatinamente todo el derecho dentro del territorio castellano, el rey concedió este Fuero Real sucesivamente como fuero municipal a diversas importantes ciudades (Madrid, Soria, Béjar, Sahagún).

Para los huecos en los sistemas forales podía servir, desde luego, el Fuero Juzgo como sistema supletorio; sin embargo, en las regiones sometidas a la Corona de Castilla, el Fuero Viejo, como derecho especial, predominaba sobre el Fuero Juzgo.¹⁰

El hecho de que los “moros de paz” continuaban viviendo bajo el régimen cristiano, conservando su propio derecho musulmán, añadía otro elemento más a este complejo mosaico de sistemas jurídicos.

C. EL DERECHO ESPAÑOL DESDE EL SIGLO XII HASTA EL COMIENZO DEL SIGLO XIX

Durante la Baja Edad Media se observa, en todo el Occidente —inclusive en Inglaterra— un vivo interés universitario por el derecho justiniano, interés

¹⁰ Todavía en la actualidad el problema que surgió así por la reconquista, sigue en pie, y a pesar de cierta unificación bajo los Borbones, durante el siglo XVIII en algunas regiones —muy importantes—, el Código Civil Español tiene que competir con los derechos forales.

que nació del redescubrimiento del Digesto en el norte de Italia (a fines del siglo xi; Imerio) y de la creciente conciencia de la necesidad de un derecho racional y unificado en Europa Occidental, donde el comercio comenzaba a sentir las inconveniencias de la existente dispersión jurídica.

Esta Baja Edad Media es también la fase del surgimiento de las ciudades, lo cual cambió el panorama político de España. Los burgueses penetraron en las Cortes, como “estado llano”, y balanceaban el poder de los señores feudales, arrancando, por un hábil juego diplomático, a la Corona o a los feudales, varios privilegios (propios sistemas de derecho, murallas, mercados independientes, milicia, etcétera). Como los juristas burgueses, a menudo consejeros del rey, habían estudiado el derecho en las múltiples universidades occidentales que enseñaban el derecho justinianeo, por su influencia el sabor germánico que el derecho español de la Alta Edad Media había tenido, comenzaba a ceder ante el sabor romanista (que tan claramente notamos en las Siete Partidas).

El derecho romano tuvo que imponerse al tradicionalismo de los campesinos y de las clases feudales, pero encontró cierto apoyo en su frecuente alianza con el derecho canónico. Éste había recibido más consistencia por la elaboración del Decreto de Graciano —1120-1140— (y, más tarde, por las Decretales, compiladas en España misma y consagradas en 1234 por Gregorio IX como una de las importantes bases jurídicas de la Iglesia), y como la Iglesia aceptó el derecho romano como derecho supletorio, esta alianza de los “dos derechos”¹¹ logró cambiar el tono del sistema jurídico español de la Baja Edad Media.

Es a Castilla que España debe importantes intentos de unificación jurídica. El rey que más contribuyó a esta tarea fue, en la Edad Media, Alfonso el Sabio (Alfonso X), el cual continuaba al respecto las ideas de su padre, Fernando el Santo (aunque, quizás, por piedad, atribuyó a éste más mérito de lo que hubiera correspondido a los secos hechos). Las obras jurídicas de Alfonso el Sabio comprenden dos ramas: la legislación positiva, y las consideraciones moralistas y filosóficas acerca del derecho. A la primera pertenece el Fuero Real (1255), destinado a regir en las tierras directamente dependientes de la Corona (y sustituido, desde 1272, de nuevo, por el Fuero Viejo en las materias reglamentadas por éste, bajo presión explicable por parte de los señores feudales, tan favorecidos por la antigua legislación). A la segunda pertenece el *Speculum* y el *Septenario* (que sólo conocemos en forma incompleta), curiosos monumentos de la confusa cultura medieval, en la que supersticiones, mal digeridos fragmentos de la literatura antigua, cristianismo, ciencia arábiga, etcétera, se mezclan. Una combinación de ambas ramas se encuentra en la obra jurídica de Alfonso X que más influencia ha tenido: las Siete Partidas (primera versión, 1256-1263; segunda 1265), obra compilada por el maestro Jacobo (autor de las “Flores de las Leyes”, un “Doctrinal de

¹¹ Aunque también hubo a menudo conflictos entre los romanistas y los canonistas —cf. la prohibición de la enseñanza del derecho romano en la Universidad— episcopal —de París, en 1219.

los Pleitos” y “Los Nuevos Tiempos de los Pleitos”), el obispo Fernando Martínez de Zamora (autor de la “Summa Aurea de Ordine Juridiciario”) y el maestro Roldán (también autor del “ordenamiento de las Tafurerías”, o sea de las casas de juego).

En las Siete Partidas predomina el derecho romano, cosa fácilmente explicable. El régimen de Alfonso el Sabio coincidía con el florecimiento de los estudios académicos acerca del Corpus Iuris. Este derecho romano-bizantino, compilado y en parte creado por el emperador Justiniano y sus colaboradores, había alcanzado de nuevo gran fama en círculos universitarios occidentales, como ya dijimos, cuando se redescubrió un ejemplar de la mejor parte del Corpus Iuris, o sea el Digesto, en Pisa, a fines del siglo xi. Los resultados de varias generaciones de análisis del Corpus Iuris en la escuela de los Glosadores, fueron condensados en la Gran Glosa de Acursio (1227?), sobre cuya base surgió la escuela de los posglosadores, que floreció sobre todo (aunque no exclusivamente) en el norte de Italia. Es conocido que algunos de los colaboradores de Alfonso el Sabio estudiaron en Bolonia, y la influencia de sus enseñanzas en las Siete Partidas es muy visible.

Éstas fueron propuestas originalmente como una legislación modelo en la que los juristas y legisladores españoles podrían inspirarse para sus innovaciones o interpretaciones, pero un siglo después, bajo el régimen del bisnieto de Alfonso el Sabio, o sea Alfonso XI, alcanzó oficialmente en Castilla la categoría de derecho supletorio, mediante el Ordenamiento de Alcalá.¹² Estas partidas contienen una versión popularizada de normas romanistas, en mezcla con figuras de inspiración visigótica y canónica. En el curso de los siglos, encontraron importantes comentaristas (Gregorio López, sobre todo) que mediante sus glosas acercaron las Siete Partidas más aún a las obras de los posglosadores.

Otras importantes obras legislativas hispánicas de la Edad Media eran el ya mencionado Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), que además de varias otras normas, sobre todo de derecho civil, penal, procesal y feudal, contiene un intento de jerarquizar las diversas fuentes del derecho medieval castellano, en la forma siguiente: primero debía aplicarse este Ordenamiento mismo; luego los fueros locales (considerándose probablemente el Fuero Juzgo como supletorio de los locales) y finalmente las Siete Partidas, en silencio de las demás fuentes.

Para el derecho *feudal* español eran importantes los *Libri-Feudorum* de origen lombárdico. Sin embargo, el sistema feudal español tenía muchos rasgos *sui generis*, como las behetrías, comunidades que podían ofrecerse (“encomendarse”) como vasallos a señores de su elección, que pertenecieran a una familia determinada (behetría de linaje) o de cualquier familia noble (behetría de mar a mar).¹³ Otro sector importante en el complejo pano-

¹² Sin embargo, en algunos casos, desde antes, ya fue utilizada la obra ante los tribunales, y no como simple derecho supletorio.

¹³ Figuras de sabor feudal, como los mayorazgos, recibieron luego un tratamiento interesante por autores españoles como Luis de Molina.

rama jurídico de la España medieval era el derecho mercantil, para cuyo aspecto marítimo los Rrooles de Olerón tenían mucha autoridad.

Importantes organismos, formados desde abajo, que llegaron a tener gran importancia pública, fueron la Mesta, poderosa organización de ganaderos, que arrancaron al estado importantes privilegios en beneficio del libre movimiento del ganado y en materia de arrendamiento de terrenos, pero en perjuicio de la agricultura; la Santa Hermandad, organización cívica con atribuciones justicieras, para proteger las vías de comunicación contra bandoleros, etcétera, y los Consulados de comerciantes (como el de Burgos —1494—, de Bilbao —1511—, etcétera) con sus propios tribunales, donde se aplicaba un derecho especial: el derecho mercantil.

Al iniciarse la Baja Edad Media, Castilla ya comenzaba a ser una confederación de ciudades; éstas, con su influencia en las Cortes (al lado del clero y de los feudales), y con sus fuertes alianzas de ciudad a ciudad, además de la presencia de tantos consejeros-burgueses, asistentes del monarca, que habían estudiado en las nuevas universidades, y eran compañía más interesante que los rudos caballeros feudales, comenzaban a ser el factor dominante en España (sin que esto quiera decir que la España de entonces se acercaba al moderno ideal de una democracia, ya que la política de las ciudades fue dictada, a su vez, por cofradías, gremios, etcétera, en los que predominaba a menudo una oligarquía local).

Pero esta tendencia democrática fue reversada por la política centralizadora de la Corona. Ésta comienza a influir en las ciudades, mediante representantes monárquicos en los consejos municipales, además de arrancar cada vez más materias (“casos de Corte”) a los tribunales feudales o municipales. También la penetración de la moneda, y la creciente posibilidad de impuestos en dinero (en vez de en especie) hace posible el crecimiento de un sistema fiscal central, monárquico, y la paulatina sustitución de los señores feudales por funcionarios asalariados. Otro aspecto de esta centralización del poder en manos monárquicas (ahora estamos refiriéndonos especialmente a los reyes de Castilla-León) era el patronato eclesiástico, que concedió al rey cierta influencia en la distribución de los beneficios eclesiásticos y en los nombramientos de dignatarios de la Iglesia, además de concederle una participación en los diezmos.

En vista de esta cristalización de la vida española alrededor de ciertas cortes monárquicas, la unión de las dos coronas españolas más importantes (matrimonio de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, 1469; consolidación política de sus dos reinos, 1479), significa un paso hacia una superunificación, no dentro de cada monarquía, sino entre las monarquías mismas. Con esto se inicia una nueva fase en la colorida historia de este fascinador país.

El crecimiento de la corriente de las disposiciones monárquicas, que acompañaba el aumento del poder de la Corte de Madrid, hizo necesario la compilación de Alonso Díaz de Montalvo, (1485), llamada Ordenanzas Reales de Castilla, y cuando las Cortes, pese a esta compilación, protestaban por la condición laberíntica del derecho positivo español (agravada por el hecho

de que las obras de los posglosadores gozaban de gran prestigio) las 83 Leyes de Toro, de 1505 vinieron a resolver varias dudas, añadiendo nuevas. Contienen importantes innovaciones, *inter alia* en relación con el derecho de familia y el sucesorio (admitiendo —no sin antecedentes— el testamento por mandatario, reglamentando las mejoras y los mayorazgos, etcétera).¹⁴

Dentro de este conjunto, como ya dijimos, el derecho romano, en reinterpretación medieval (sobre todo por autores italianos —Bartolo, Baldo— de modo que esta manifestación del derecho romano se llama el *Mos Italicus*) seguía jugando un papel importante. Desde la Baja Edad Media, la Corona había tratado de limitar esta influencia; en 1427, Juan II prohibía el uso forense de autores posteriores a Bartolo y Juan Andrés; en 1499 los Reyes Católicos limitaron el derecho de citar la literatura romanista y canónica a cuatro autores: Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad Panormitano. En 1505, empero, la primera de las Leyes de Toro revoca la medida de 1499 y parece prohibir la aplicación del derecho romano y de los comentarios de los posglosadores. A pesar de esto, el derecho romano —en forma del *Corpus Iuris*, pero también de frondosos comentarios— continuaba siendo utilizado en los tribunales, y en las universidades los (únicos) “dos derechos” que los futuros juristas tenían que estudiar, seguían siendo el derecho romano y el canónico. El hecho de la continuada utilización del derecho romano, a pesar de la prohibición de 1505, fue reconocido por una norma expedida en 1713 por el Consejo de Castilla, que cuando menos intenta limitar el papel del derecho romano al de ser derecho supletorio.

Este caótico derecho español llegó a tener vigencia en las posesiones de ultramar de la Corona española, como derecho supletorio de las normas especiales, expedidas por la Corona para estas posesiones (todas o parte de ellas) y en convivencia con otras normas, expedidas para ciertas regiones de dichas posesiones (por ejemplo la Nueva España) por las autoridades allí establecidas.

El estudio universitario del derecho, en todo el Imperio español —también, por lo tanto, en la Nueva España— se limitaba a “los dos derechos”, o sea el romano y el canónico. “El derecho español o el indiano ya se aprenderían en la práctica...” Desde 1741, la Corona inicia una nueva política al respecto, exigiendo que las universidades también enseñaran el derecho nacional, pero costaba muchos años de persuasión e insistencia dar vida real a esta norma.¹⁵

Como el derecho hispánico, en su desarrollo posterior a la conquista, seguía siendo un sistema supletorio del muy fragmentario derecho indiano, es indispensable en un panorama de la historia del derecho mexicano esbozar las grandes líneas del derecho peninsular desde la Conquista (1519-1521) hasta

¹⁴ Es fácil encontrar en nuestras bibliotecas el famoso comentario por Antonio Gómez a estas leyes, que en general fueron trasladadas luego a la Nueva Recopilación.

¹⁵ Un paso adelante, al respecto, fue la publicación del primer buen libro de texto para el derecho nacional, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, por Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, obra que tuvo varias ediciones desde 1775, y que con frecuencia hallamos en las bibliotecas de América Latina.

el momento en el que los caminos del derecho mexicano y del español se separaron (1821). Así debemos mencionar la Nueva Recopilación promulgada en 1567, bajo Felipe II, 12 libros, con más de 4 000 leyes, coronación —no muy perfecta— de una serie de esfuerzos, a la cual pertenece el ya mencionado Ordenamiento de Montalvo, y diversos otros intentos más (de Galíndez de Carvajal, López de Alcocer, Escudero, López de Arrieta y Atienza). La primera edición fue seguida por tres reimpresiones, de 1581, 1592 y 1598; la edición de 1640 es ampliada, así como la de 1723. Desde la edición de 1745, las añadiduras fueron compiladas aparte, en un tercer tomo, el de los Autos Acordados (sistema de esta edición y de las de 1772, 1775 y 1777).

Se trata de una obra no muy bien sistematizada, y que no implica la derogación de las normas allí no recopiladas. Finalmente es refundida en la Novísima Recopilación de 1805, con su curiosa bipartición entre el texto básico y las “notas”, obra mercedamente criticada por el precursor de la historiografía jurídica española, el sacerdote Francisco Martínez Marina (1754-1833), en su “Juicio Crítico de la Novísima Recopilación” (1820), y cuya vigencia formal para Nueva España ha sido discutida.¹⁶

Un aspecto del derecho español, interesante para la realidad colonial, eran las leyes desamortizadoras, desde la Real Cédula del 19 de septiembre de 1798, que ordenaron que la “mano muerta”¹⁷ (en este caso especialmente las fundaciones eclesiásticas) soltara sus bienes inmuebles, prestando el producto de la venta a una Real Caja de Amortización, que pagaría un interés del 3%.

Otro aspecto interesante de la historia jurídica española es el de las relaciones entre Estado e Iglesia. A menudo se presenta la Corona española como una fuerte y a menudo oscurantista colaboradora con los aspectos menos apreciables del antiguo catolicismo, aspectos que el católico moderno prefiere dejar en un discreto crepúsculo. Y, efectivamente, el establecimiento, en 1480, del Tribunal del Santo Oficio, en España, y luego en los territorios ultramarinos, parece confirmar tal opinión; también la trágica figura de Felipe II, hijo de primos, disfrazando su sadismo mediante un fanatismo religioso, ha dado lugar a famosas fantasías literarias, arraigadas en la imaginación del lector promedio de nuestra época, contribuyendo así a la idea popular de que existió una fuerte liga entre Madrid y el Vaticano. Sin embargo, en realidad observamos una corriente constante de conflictos e irritaciones entre estos dos núcleos de poder. Las relaciones entre ellos, tan estrechas al comienzo de la Conquista, enfriaron en diversas ocasiones, durante los siglos posteriores. El derecho emanado del Concilio de Trento todavía fue incorporado tal cual en el derecho monárquico español, en 1664, pero en el siglo

¹⁶ Véase la nota 1 en pp. 516/7 de la *Historia del derecho mexicano*, parte del *Curso completo de derecho mexicano*, de Jacinto Pallares, México, 1904.

¹⁷ La “mano muerta” es un término genérico para aquellas personas jurídicas que no enajenan sus bienes: la Iglesia, ciertas comunidades rurales, etcétera. A este concepto pertenecen también los fideicomisos de familia, como los mayorazgos, que vinculan ciertos bienes “para siempre” dentro de una familia determinada. En cierto sentido, la propiedad ejidal constituye una moderna manifestación de la “mano muerta”.

posterior, la influencia de las ideas de los filósofos franceses (el racionalismo, el enciclopedismo) y el “galicanismo”, que considera a la Iglesia como una confederación de autónomas iglesias nacionales, provocaron diversos conflictos. También el Real Patronato de la Iglesia, a cargo de la Corona española, era una fuente de fricciones (cf. el derecho que la Corona se arrogaba, de conceder pase, o negarlo, a las Bulas Papales). Varios Concordatos (1737, 1753) entre Madrid y el Vaticano, no arreglaron esta sorda lucha por la preeminencia, y la Corona llegó finalmente al extremo de someter inclusive las relaciones entre particulares y el Vaticano al control estatal, mediante una secretaría especial en Roma, dependiente de la Corona española. A esta serie de conflictos menores o mayores pertenece también la expulsión de los jesuitas, en 1767, de gran importancia para la Nueva España, no sólo por privarla de excelentes educadores, y por desprestigiar a la Iglesia a los ojos del proletariado asombrado, sino también por dar lugar al famoso conflicto entre los EEUU y México sobre el Fondo Piadoso de las Californias.

Una rama importante del derecho español fue el mercantil, independizado del civil desde el siglo xii, y finalmente codificado en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, de 1737 —en parte inspiradas en las Ordenanzas francesas de Comercio Terrestre (1673) y de Marina (1681), obras de Colbert.

A partir de 1810, una rama especial del derecho español llegó a tener gran importancia para nuestro país: la rama constitucional. Durante la guerra de independencia entre España y el ocupador francés (1808-1814) surgieron dos Constituciones, la de Bayona o sea la napoleónica (1808) y la que emanó de la resistencia española —o sea del Consejo de Regencia, que convocó las Cortes españolas en Cádiz (1810-1814)—.¹⁸ En estas Cortes trabajaron distinguidos delegados mexicanos, acostumbrándose allí a la práctica parlamentaria que luego iniciarían en el México independiente, e imbuyéndose de argumentos acerca de la libertad del comercio, la separación de Iglesia y Estado, etcétera, que más tarde jugarían un importante papel en la vida constitucional mexicana. Pero, desde otro punto de vista aún, esta Constitución de Cádiz era importante. Fernando VII, una vez en el trono (1814) derogó inmediatamente esta Constitución y sus leyes orgánicas, de modo que en la Nueva España esta obra sólo estuvo en vigor entre 1812 y 1814 y parte de 1820 y 1821. En el año de 1820, la revolución liberal (Rafael del Riego) contra el régimen autocrático de Fernando VII, obligó al monarca a readmitir la Constitución de Cádiz, y fue precisamente el miedo a esta obra liberal —es decir “impía” y “peligrosa”—, el que impulsó al clero y a los criollos mexicanos a forzar la independencia mexicana, utilizando como instrumento a Iturbide (1821).

A partir de este momento, la interesante historia del derecho español deja de ser parte de la historia del derecho mexicano. El lector, interesado en el ulterior desarrollo del derecho peninsular, podrá informarse al respecto en las excelentes obras recientes, mencionadas al comienzo de este capítulo.

¹⁸ Véase *Colección de decretos y órdenes... que han expedido las Cortes... desde 1811 a 1823*, 10 vols., Madrid, 1813-1823.