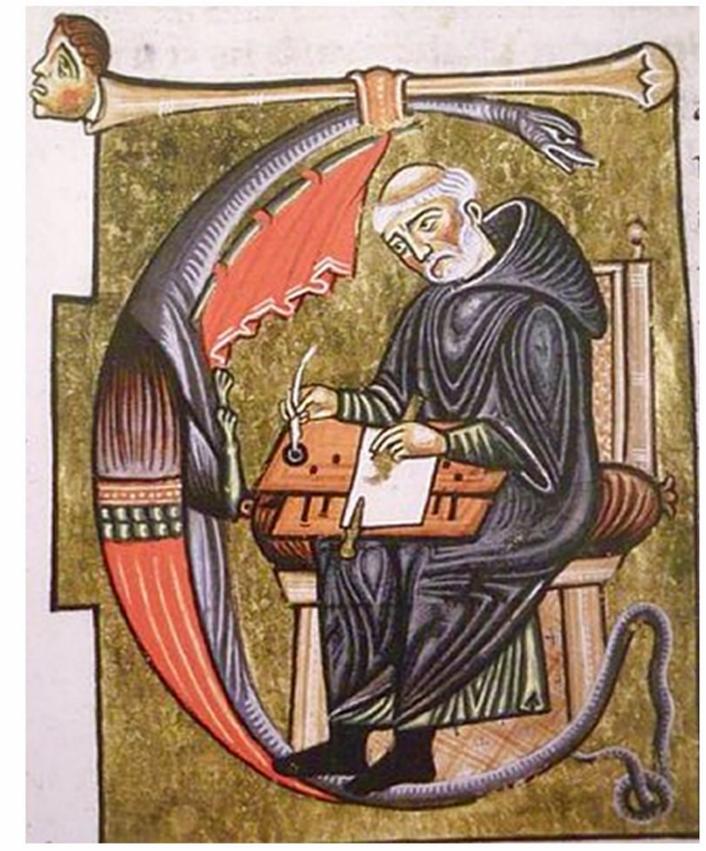


Historia General del Derecho Occidental Vol. I

Coordinadores
Teresa M.G. Da Cunha Lopes
Francisco Javier Ibarra Serrano

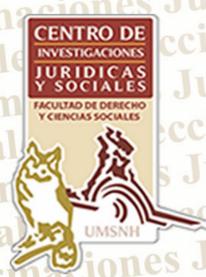


Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

Historia General del Derecho Occidental Vol. I

Coordinadores: Teresa M.G. Da Cunha Lopes y Francisco Javier Ibarra Serrano

Colección:
"Transformaciones Jurídicas y Sociales"
5ª Serie / No. 5



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

www.themis.umich.mx



HISTORIA GENERAL DEL DERECHO OCCIDENTAL VOLUMÉN I

***TERESA MARIA GERALDES DA CUNHA LOPES
FRANCISCO JAVIER IBARRA SERRANO
(Coordinadores)***

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Proyecto CIC



Editado

18 de noviembre 2011

HISTORIA GENERAL DEL DERECHO OCCIDENTAL VOLUMÉN I



Colección

“Transformaciones Jurídicas y Sociales en el Siglo XXI”

5 serie/No. 5

Coordinadores de la Colección

Hill Arturo del Río Ramírez

Teresa M. G. Da Cunha Lopes

Coordinador de la Edición y Diseño Gráfico

Luis López Ramírez

Copyright ©: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales /UMSNH

Impreso en Morelia



DIRECTORIO



Universidad Michoacana de
San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales

Dr. Salvador Jara Guerrero
Rector

Dr. Egberto Bedolla Becerril
Secretario General

Dr. José Gerardo Tinoco Ruiz
Secretario Académico

Mtro. Carlos Salvador Rodríguez Camarena
Secretario Administrativo

C. P. Horacio Guillermo Díaz Mora
Tesorero

Dra. Rosa María de la Torre Torres
Secretaria Auxiliar

Mtra. Ma. Del Rosario Ortiz Marin
*Secretaria de Difusión Cultural
Y Extensión Universitaria*

www.umich.mx

Hill Arturo Del Río Ramírez
Director

Dr. Jean-Cadet Odimba
On'Etambalako Wetsbokonda
Coordinador-General del CIJUS

Lic. Zayuri Aguirre Alvarado
Secretaria Académica

Lic. Damián Arévalo Orozco
Secretario Administrativo

Lic. J. Jesús Rodríguez Morelos
Secretario de Desarrollo Estudiantil

Lic. Miguel Mendoza Barajas
*Coordinadora General de
Licenciatura*

Lic. María Elena Pineda Solorio
*Coordinadora de la Licenciatura
en Derecho, Sistema Abierto*

Dr. Héctor Pérez Pintor
*Coordinador de la División de
Estudios de Posgrado*

www.themis.umich.mx

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
OBJETIVO GENERAL DE LA ASIGNATURA	9
PRIMERA PARTE	
UNIDAD 1: TEORÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes	13
UNIDAD 2: LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO EN EL MUNDO PRECLÁSICO Margarita Alejandra Ramírez Gil	65
UNIDAD 3: EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO EN LA ÉPOCA CLÁSICA Ma. Ovidia Rojas Castro y Teresa M.G. Da Cunha Lopes	81
UNIDAD 4: LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA Teresa M.G. Da Cunha Lopes y Alejandro Calvillo Alcantar	145
UNIDAD 5: LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORÁNEA Francisco Javier Ibarra Serrano	295
UNIDAD 6: OTROS SISTEMAS JURÍDICOS Margarita Alejandra Ramírez Gil	307

SEGUNDA PARTE

UNIDAD 7: DERECHO PRECORTESIANO. 315

UNIDAD 8: DERECHO NOVOHISPANO 325

Francisco Javier Ibarra Serrano y Ma. Elena Pineda
Solorio

PRESENTACIÓN

La guía de Historia del Derecho consta de dos partes importantes para el análisis del derecho a través del tiempo; la primera parte corresponde a la historia general del derecho, y la segunda parte corresponde al estudio de la historia del derecho mexicano.

En la primera parte, que corresponde a la historia general del derecho, se analizarán las instituciones más importantes del derecho, sus orígenes y su evolución a través del tiempo, y con estos antecedentes se podrán detectar cuáles son las instituciones que han influido en el derecho mexicano.

En el análisis de la segunda parte en donde se ubica la historia del derecho mexicano, se pretende conocer la evolución que ha tenido el derecho en México en base a los momentos violentos que ha tenido el país.

OBJETIVO GENERAL DE LA ASIGNATURA

El alumno conocerá y explicará el derecho que estuvo vigente en las diversas culturas en el transcurso del tiempo, y los factores y cambios que contribuyeron a la evolución y transformación de las instituciones jurídicas.

Se tienen como propósito que el alumno conozca y reseñe el desarrollo histórico de las principales figuras jurídicas existentes en el derecho precortesiano, distinga e interprete las distintas etapas de conformación de la cultura jurídica en el México del siglo XIX e identifique las aportaciones jurídicas más relevantes que se han manifestado en la etapa posrevolucionaria hasta la época actual.

PRIMERA PARTE

UNIDAD 1

TEORÍA DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes

OBJETIVO PARTICULAR.

El alumno conocerá la ubicación de la historia del derecho dentro de la teoría del derecho y los propósitos que esta tiene.

CONTENIDO TEMÁTICO.

1.1 SU UBICACIÓN EN EL CAMPO HISTÓRICO GENERAL.

Introducción al Estudio de la Historia.

El origen etimológico del vocablo es griego. Comprende las ideas de inquirir o determinar la causa de un hecho. Es entonces, una disciplina del acontecer, de lo que dio comienzo a distintos fenómenos.

"Se entiende por Historia; *el conjunto de hechos sociales del hombre, que tienen un encadenamiento causal e influyen en el desarrollo colectivo*", nos recuerda, en nuestro medio, el maestro Jaime Eyzaguirre. Y, en efecto, la cuestión de precisar los conceptos aplicables a la Historia, no es ni accidental ni secundaria, sino de capital importancia para precisar los alcances de nuestra disciplina y proyectar sus tareas específicas.

Otros nos indican que la historia es *"la elaboración del conocimiento científico referente al pasado humano"*. Y también para destaca su carácter de disciplina científica, *"el conjunto ordenado y sistematizado de principios*

y reglas que estudian los hechos pasados del hombre que poseen relevancia social".

Al respecto, debe tenerse presente, que "la Historia representa la vida misma en la que germinan las varias manifestaciones del espíritu humano, entre ellas las jurídicas". Ello nos conduce a considerarla como una disciplina de capital importancia, a la hora de precisar las características mismas de la evolución del Derecho y de sus instituciones. Se puede decir, en resumen, que no hay Derecho sin Historia, como no puede existir una institución sin un fundador.

Como puede apreciarse, el tema no resulta para nada baladí. De él se derivan una serie de cuestiones que escapan a un trabajo de esta naturaleza, pero no por ello pueden soslayarse sin siquiera mencionarlos.

En primer lugar, la antigua discusión de la naturaleza del tiempo. Para poder responder a tal cuestión debemos de situar el problema en la dimensión de la creación y su creador. Si consideramos que el Universo y los hechos que en él ocurren, son consecuencia de un acto creador originario, obra de Dios, debemos de concluir forzosamente, que la consecución lineal de los acontecimientos, lo que vulgarmente llamamos "el tiempo" (*de tempora latina*) es también un producto de la creación y que, por tanto, ha tenido un remoto principio, que no conocemos sino por obra de la Revelación divina.

En esta perspectiva los hechos humanos pueden ser clasificados según su ubicación temporal, como:

- **Hechos Pasados**, aquellos que ocurrieron ya; y que por ello se vuelven irrepetibles y únicos.
- **Hechos presentes**, los que ocurren en este momento (como en este instante al leer estas líneas) y;
- **Hechos Futuros**, que aún no ocurren.

De lo dicho se desprende que los únicos hechos que son objeto posible del estudio de la Historia, son aquellos que ya han ocurrido, es decir los hechos pasados, que pueden ser medidos y cuantificados y apreciados en sus diversos aspectos, por la circunstancia misma de haber quedado fijados de manera invariable e *irrepetible*. La irrepetibilidad es la cualidad distintiva del hecho histórico, que, entre otras peculiaridades, hace imposible de ser recreado para experimentar con él, lo que origina un problema subsecuente que veremos más adelante.

Por el contrario, si consideramos que el Universo es una realidad encauzada, sin creación interviniente, la conclusión es que el tiempo es eterno o bien, lo que puede resultar paradójal, que el tiempo es una categoría imaginaria creada por la imaginación humana. "Pura ilusión" dirá Sartre.

Y por ello, la determinación de la categoría de "histórico" para un hecho concreto, resultará puramente arbitraria y subjetiva, de lo que se deriva la imposibilidad de hablar de "historia del conocimiento" o de "historia de las verdades", pues éstas dependen del propio historiador que formula su juicio y no de lo que objetivamente son. A lo más se podrá hablar de "tendencias", "probabilidades", "eventos", pero no de hechos concretos y consecuencias.

En segundo lugar, la cuestión sobre la relevancia o trascendencia de los "hechos históricos". Es decir, si todo hecho humano perteneciente a la esfera del pasado puede llegar a ser constitutivo de historia o si por el contrario no debe sino considerarse histórico aquél que reúna ciertas características específicas que le diferencien de otros hechos irrelevantes para nuestro estudio.

Admitiendo que el tema desborda los márgenes de un estudio introductorio, podemos precisar las condiciones mínimas en que gran parte de los estudiosos concuerda, para hablar de "Hecho Histórico":

1.- El transcurso del tiempo: No es una cuestión precisa, pero se requiere que haya transcurrido una cantidad de tiempo que permita evitar que la indagación en el pasado se vea afectada por las pasiones y prejuicios del historiador.

2.- La desaparición de los protagonistas del hecho histórico, o a lo menos su retiro de la vida activa.

3.- La formación de una adecuada perspectiva desde la cual observar las consecuencias de los hechos históricos.

Como puede observarse la cuestión fundamental es el transcurso del tiempo, pues las dos condiciones finales no son sino una derivación de la primera.

Es en este sentido que Jean Francois Revel señala "La Historia no puede escribirse antes del transcurso de dos generaciones, antes sólo es crónica periodística". Asimismo se ha dicho que el hombre es siempre mal testigo de su época, sentencia que nosotros enmendaríamos indicando que sólo el estadista es un buen testigo de su época y no el historiador.

UTILIDAD DEL ESTUDIO DE LA HISTORIA

Resulta casi un lugar común referirse a la utilidad de los estudios históricos. Ellos nos permiten entender los desafíos de la sociedad a la que pertenecemos y a las que estudiamos desde fuera. Conocida es la máxima que indica que aquellos pueblos que ignoran su historia están condenados a repetirla y podríamos agregar que no sólo la repiten, sino que decaen al volver a cometer los mismos errores.

En palabras de una gran historiadora contemporánea, "La historia no suministra soluciones, pero permite –y sólo ella lo hace- plantear correctamente los problemas, y todo el mundo sabe que un problema bien

planteado está ya medio resuelto. Y sólo ella lo hace porque sólo ella es capaz de hacer el inventario de una situación dada; sólo ella facilita los elementos para determinar esa situación, porque no hay verdadero conocimiento sin recurrir a la Historia, Una verdad evidente allí donde el hombre, la vida del hombre, están en el tapete. Un cuerpo vivo sólo se conoce por su historia.

"Desdeñando la formación del sentido histórico, olvidando que la historia es la memoria de los pueblos, la enseñanza nos hace amnésicos. Se reprocha a veces, en nuestros días, que de las escuelas, de las universidades, salen jóvenes irresponsables formados quizá intelectualmente, pero sin sensibilidad y sin carácter. Esto es grave, sí, pero también hace amnésicos. Como el irresponsable, el amnésico no es una persona completa; ni el uno ni el otro gozan del pleno ejercicio de sus facultades, lo único que permite al hombre, sin peligro para él y para sus semejantes, disfrutar de una verdadera libertad".

En verdad, la mejor forma de evitar la decadencia acelerada de la formación humanista de los jóvenes y de la población en general es estimular el estudio de la Historia. Si las humanidades no han de morir en la era de la técnica, debe retomarse con fuerza el estudio de nuestra disciplina.

Ello resulta particularmente importante y debe ser entendido correctamente por quienes se dedican al estudio del Derecho, pues quien estudia sus instituciones pero desconoce su evolución y origen, ignora gran parte de las primeras, lo que es inaceptable en aquél que pretende abocarse seriamente a la profesión del Derecho.

TRES ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DE LA HISTORIA

Resulta tradicional clasificar las etapas de evolución de nuestra disciplina en 3 grandes zonas, siguiendo el modelo decimonónico de Berheim:

1. **La Historia Narrativa:** Es aquella descripción de los hechos históricos revestida de las formas literarias clásicas que la convierten en una disciplina de pretensiones verídicas pero también heroicas, como la Iliada, la Odisea, la Eneida y "Los nueve libros de la Historia" del gran Heródoto, considerado el padre de la Historia.
2. **La Historia Pragmática:** Es aquella historia que junto con la descripción de los hechos pretende "sacar enseñanzas del pasado y hacer del relato histórico una exposición de máximas morales" En esta etapa encontramos las obras de Tucídides con sus "Comentarios a la Guerra del Peloponeso" y a Flavio Josefo y sus "Antigüedades sobre los Judíos". Este último nos comenta que a su juicio el aporte del historiador debe ser el escribir sobre lo que nunca se ha contado antes
3. **La Historia Genética:** Es aquella etapa en que la historia se transforma de arte a ciencia. No sólo se exponen los hechos en forma secuencial y sus consecuencias de orden moral, sino que se consideran como un complejo de fenómenos que deben ser estudiados conjuntamente, tanto en sus causas cuanto en sus efectos. El siglo XIX aportó a la historia el método y la exposición sistematizada de los factores que la componen, destacando el aporte de los grandes historiadores como Ranke y Niebuhr.

Así, hoy podemos considerar a la historia como una disciplina "Total", entendida como *"el conocimiento del pasado del hombre en la totalidad de sus manifestaciones vitales"* (H. Coing). "Concepto que marca la meta historiográfica ideal de nuestro tiempo para cuya realización se hace necesario el concurso de las diferentes especialidades históricas" auxiliares, como la Paleografía, lexicografía, diplomática, epigrafía, numismática y **heurística** o ciencia de las fuentes del conocimiento.

LA HISTORIA DEL DERECHO

El derecho no es un fenómeno histórico por si mismo, sino por ser el producto del hombre, que es el único ser racional que se desarrolla en el tiempo. Esta dimensión temporal (por adhesión) del Derecho, determina que su evolución esté indisolublemente vinculada con las necesidades humanas y se traduce en que el derecho tenga aquella particularidad de satisfacer las necesidades del pueblo que lo genera. Esta característica debe ser entendida, sin embargo, en el contexto de un adecuado conocimiento de la naturaleza humana, en cuya matriz se encuentran impresos ciertos principios inalterables (en cuanto al espacio y tiempo) que llamamos Derecho Natural.

Precisamente, la Historia del Derecho, nos permite estudiar la evolución del Derecho y la forma en que cada sociedad entiende, en un momento determinado, que se satisfacen de mejor manera sus necesidades jurídicas, o lo que debería ser igual, cómo se explicitan, en un momento y lugar determinado, los principios eternos de la Ley Natural.

La Historia del Derecho no estudia las instituciones jurídicas aisladas las unas de las otras. No es un modelo de análisis estático o fijo. Antes bien, las analiza en forma de un estudio dinámico con el fin de encontrar las causas de su aparición y desarrollo y sus recíprocas influencias.

La Historia del Derecho tiene como sujetos **a las personas naturales y a las personas jurídicas**. Y el objeto de ella está formado **por el conocimiento de los hechos del hombre que han influido en el origen, desarrollo, evolución y extinción del Derecho directa o indirectamente**. Este objeto cubre tanto los aspectos políticos y jurídicos (stricto sensu) como las circunstancias socioeconómicas que condicionan el surgimiento de las instituciones del Derecho.

Así, por ejemplo, cuando hablamos de las Fuentes del Derecho, nos referimos a las llamadas fuentes directas: Ley, Costumbre, Jurisprudencia,

Doctrina y también a las fuentes remotas, indirectas o materiales, que corresponden a todas las circunstancias sociales que condicionan el surgimiento de las primeras, como las condiciones económicas, políticas y sociales del medio en el cual surgen las normas jurídicas.

EVOLUCIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO

Desde la antigüedad la Historia del Derecho ha sido objeto de la atención de los estudiosos. Así, no podemos olvidar que Aristóteles al escribir su "Política", o Tácito en los "Anales", hacen Historia del Derecho al describir las instituciones político-jurídicas de Grecia y Roma respectivamente. De la misma manera, los sabios Padres de la Iglesia, entre ellos muy especialmente, San Isidoro de Sevilla, nos legarán estupendos estudios sobre las instituciones jurídicas de su época.

Pero el desarrollo de la ciencia de la Historia del Derecho, es un fenómeno contemporáneo y tiene fecha y lugar de origen: Alemania a comienzos del siglo XIX.

Aquí debemos destacar la figura del gran jurista Federico Carlos Von Savigny (1779-1861). Savigny sostiene que los pueblos tienen un "espíritu común" que los diferencia y distingue de los demás, es lo que denomina el "**volkgeist**", es decir el espíritu popular, que permea todas las manifestaciones de ese pueblo en particular. Así, se plasma en un derecho propio, en la moral aceptada, el arte, la economía, etc.

Nuestro autor publica en 1814 un pequeño opúsculo titulado "Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del derecho", en el que rechaza los intentos de Thibaut de introducir la Codificación en Alemania.

Savigny sostiene que el Derecho no es una creación "ex novo" del legislador, sino que el producto o resultado de una larga elaboración y fijación de costumbres y hábitos repetidos en el tiempo, que cristalizan en la norma en concreto. Así el derecho evoluciona de la misma manera en que podría hacerlo el lenguaje propio y distintivo de la sociedad a la que rige. El papel del jurista está dado por la necesidad de recoger estas prácticas y costumbres y plasmarlas en una norma particular.

En razón de lo anterior, Savigny postula que el derecho debe evolucionar conjuntamente con la sociedad, en lo que podría denominarse aproximadamente un "derecho consuetudinario" (no es casualidad que Savigny sea el gran opositor de la Codificación del Derecho Civil en Alemania). Prefiere una evolución "espontánea" del Derecho.

Savigny, funda una escuela de seguidores, denominada la "escuela Histórica del Derecho" y sus continuadores desarrollaran la ciencia de la Historia del Derecho como una disciplina de entidad propia y distinta de la Filosofía y la Historia General.

La escuela historicista tuvo una enorme influencia en los estudios del Derecho durante todo el siglo XIX y la primera década del XX tanto en Europa (con la sola excepción de Francia) como en América y en Chile (pese a que nuestro país adopta la corriente codificadora). Como movimiento intelectual evolucionó matizando algunos de sus postulados. Así, otro autor que debe ser tenido en cuenta con relación a la evolución de la Historia del Derecho, es, Rudolph von Ihering (1818-1892).

Seguidor de las tesis de la escuela histórica, difiere de ella en la consideración de que para él, la esencia de la evolución del Derecho es la voluntad consciente de la sociedad y no el Espíritu del pueblo, como lo indica Savigny. La lucha por imponer la norma jurídica es para Ihering, un imperativo ético.

A nuestro entender el principal aporte del historicismo jurídico, ya sea en la vertiente de Savigny o en la de Ihering, radica en haber adoptado métodos de análisis científicos (el método histórico, por excelencia, junto a la inducción), el análisis riguroso de los hechos y el estudio profesional de las fuentes de conocimiento y materiales del Derecho.

LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CIENCIA JURÍDICA O HISTÓRICA

La determinación de la categoría o "estatus" científico de la disciplina que estudiamos ha motivado amplias discusiones entre los autores.

Algunos rebaten su carácter científico, señalando la tradicional opción por "el arte de la historia". Y fundan esta posición indicando que no tiene un método científico y que no permite la reproducción de sus fenómenos en forma de experimentación (no se pueden reproducir los hechos históricos en un laboratorio).

Otros señalan que la Historia del Derecho sí es ciencia, pues tiene métodos científicos propios: el método histórico y las indagaciones auxiliares de la arqueología, paleografía, etc. Además, indican que no todas las llamadas ciencias exactas admiten la experimentación y el método científico cartesiano, como es el caso de la astronomía.

Pero, si se acepta que la historia del Derecho sea ciencia debe precisar a que área pertenecería: Si al Derecho o a la Historia.

Un sector afirma que se trata de una rama especializada del Derecho, la ciencia jurídica por excelencia sería la Historia, pues permitiría explicar las causas de los fenómenos jurídicos".

Pero otros, entre quienes se encuentra Francisco Tomás y Valiente, parten del supuesto que la Historia del Derecho es una disciplina especializada de la

Historia. "El estudio de las realidades pretéritas elaborado con los métodos de investigación críticos y rigurosos que son propios de la historiografía actual es Historia. Y si esas realidades pretéritas son jurídicas, lo que se construye es una especialidad de esa Historia, la ***Historia del derecho***".

GRANDES INTERPRETACIONES E INTÉRPRETES DE LA HISTORIA

Nuestra disciplina se caracteriza por las numerosas aportaciones de grandes pensadores y cuerpos doctrinarios que la han enriquecido a lo largo de las épocas. En consecuencia, estudiaremos dos magnas interpretaciones de la historia vinculadas al pensamiento pagano clásico y al judeo-cristianismo. En efecto, se puede sostener que la Historia, tal y como la conocemos hoy, es una construcción que bebe de dos fuentes: Una bíblica, monoteísta y otra pagana, racional humanista.

Y posteriormente analizaremos en breve recuento el pensamiento –que sobre la Historia y la Historia del Derecho- han desarrollado numerosos filósofos y pensadores desde la antigüedad hasta nuestros días.

LA INTERPRETACIÓN GRECO-ROMANA DE LA HISTORIA

El complejo cultural de lo que hoy por hoy denominamos cultura "clásica" tiene una doble vertiente: Grecia y Roma. La lucha, que en el mito se inicia entre aqueos y troyanos, para que el último de éstos, Eneas funde Roma y ésta someta a aquellos, se desenvuelve en la realidad en una mutua influencia. En un inicio es la cultura griega la que impone sus pautas a la naciente ciudad del Lacio y luego será Roma la que los someterá por la fuerza de sus legiones y el empuje de su Derecho. Es éste uno de los

ejemplos más notables de fusión cultural y social que será la base de lo que será "El Imperio" por antonomasia, hasta hoy: "El Imperio Romano".

Cabe entonces preguntarse cuáles eran las concepciones que acerca de la historia predominaban en esta cultura, y qué papel se le asignaba a su estudio.

- En primer lugar la concepción greco romana elabora la propuesta del "Ciclo histórico". El primer exponente de esta tesis es el historiador ateniense Tucídides quien creía que en el comienzo hubo una "Edad del Hierro" caracterizada por la violencia y el enfrentamiento y que luego los hombres avanzaron a fin de organizar su existencia en forma pacífica, para caer más tarde en la barbarie. Tal planteamiento tiene su base en la observación de la naturaleza, que para una sociedad pagana como el imperio, tenía claras connotaciones divinas o a lo menos demiúrgicas. El ciclo natural se caracteriza por la materia que se degrada y por ello tiene un nacimiento, desarrollo, fructificación, decadencia y muerte. De la misma manera los hechos que componen la historia presentan un ciclo que se repite "*ad infinitum*".
- El ciclo, siguiendo a Polibio, puede ejemplificarse por la evolución de las formas de gobiernos. Así en un comienzo la tendencia natural será la de buscar la unicidad del poder, concentrándole en un líder que se llamará Rey. Nace así la monarquía. Pero luego la dirigencia social constituida por la nobleza exige la deposición del monarca abusivo y funda la Aristocracia, pero también esta tendrá su némesis en la medida que pierda sus virtudes y devenga en oligarquía. Ello puede hacer que el pueblo la arroje del poder y se funde una democracia que a su vez puede transformarse en una demagogia, si sus dirigentes no son virtuosos y así volver a la monarquía en pos de evitar la descomposición anárquica de la Sociedad. El ejemplo más claro de esta tendencia radica en Atenas

(tiranía, aristocracia, democracia, y vuelta al poder único con Alcibíades) y en la propia Roma (Monarquía etrusca, República aristocrática, Democracia o demagogia de los triunviratos y vuelta a la Monarquía, llamada ahora "Imperio").

- Los filósofos clásicos indican que el centro de la historia y de la vida es el propio hombre. Es Grecia la que aporta la noción de "humanidad", y de "ser", en contraposición con las posturas animistas y colectivistas de otras sociedades antiguas, como la egipcia. Es con Grecia y luego Roma, que el hombre adquiere conciencia de su valía de tal. Por ello el estudio histórico alcanza una alta reputación, como un medio de entender los hechos del hombre y sus posibilidades para el futuro.

Ahora bien, de la base que nos facilitan los conceptos recién enunciados, podemos caracterizar la interpretación greco romana de la historia:

- Es humanista, pues su centro de atención gira en torno al hombre y a las acciones que realiza por sí solo o con la intervención de las fuerzas divinas (que de todas maneras giran en torno a él). Es el hombre el "protagonista de la historia".
- Es substancialista, es decir las cosas tienen una substancia que las hace iguales a sí mismas y diferentes de las demás. Las sustancias no se alteran con el paso del tiempo, de allí que lo que es objetivamente malo hoy, la será también en muchos años más.
- Es fatalista, esto quiere decir que al igual que la materia que sucumbe a la degradación, la historia no puede escapar de la fuerza más poderosa de todas, "El Destino" o "TICHE" o "TEKJE" al que tanto hombres como dioses están sometidos. Nada puede escapar a sus designios y por eso los hombres tratan de conocerlos mediante las prácticas adivinatorias de los "oráculos". La humanidad está condenada

a repetir el ciclo que traza el destino y no puede evitarse por ninguna circunstancia.

- Es escéptica, pues considera que la verdad es un concepto variable e imposible de definir. Tiene razón un autor cuando recuerda que la pregunta sin respuesta del paganismo, es la de Pilatos frente al Señor: "¿Y qué es la verdad?". Esa es la gran interrogante que sólo tiene respuesta si se cree en algo más que una naturaleza divinizada, como veremos más adelante al estudiar la siguiente concepción.

La concepción helenística del ciclo es retomada, como veremos enseguida, por numerosos pensadores tanto de la antigüedad, como posteriores, como Polibio, Maquiavelo, Vico y Hegel, Flinders Petrie, Spengler y Toynbee y con algunos matices Fukuyama, en nuestros días, lo que demuestra la profunda influencia de este tipo de pensamiento hasta nuestros días.

LA INTERPRETACIÓN JUDEO-CRISTIANA DE LA HISTORIA

A diferencia de lo que acabamos de decir, la concepción judeo cristiana parte del supuesto de la "Linealidad" de la Historia. Allí donde la anterior habla de ciclo, aquí se habla de "Línea". La cultura judía hace énfasis en que el tiempo no es sino un estado de espera de la llegada del Mesías y esa idea es adoptada por el cristianismo posteriormente.

Esta concepción tiene un origen bíblico y el Cristianismo desde sus inicios la toma como propia. Se basa en un proceso lógico de avance desde un origen (la creación del universo) hasta un fin (el fin de los tiempos y la salvación de los hombres). Los hombres avanzan gracias a su voluntad e iluminados por la Providencia divina hacia un fin trascendente. Éste último

es un aporte capital originado en el pensamiento del gran padre de la Iglesia Occidental, San Agustín de Hipona.

En virtud del pacto entre Dios y Abraham, y sobre todo por el sacrificio de Nuestro Señor en la cruz, los hombres adquieren conciencia de que su fin está situado más allá de los límites del mundo terrenal. *Ego Sum via, et veritas et vita*, dice Nuestro Señor. Esta es la repuesta a la interrogante del paganismo.

- Típicamente cristianas son dos facetas asignadas por esta religión a la historia:
- El tiempo tiene como punto central de toda referencia posible a la venida de Nuestro Señor.
- Dicha venida es un hecho "histórico" estricto sensu, no sólo un dogma de fe.

Dios gobierna el universo y como demostración de su poder, impone el orden en virtud de la ley divina. El hombre es protagonista de su propio destino. La historia no está escrita en letras de hierro, sino que es el instrumento de la voluntad del hombre, que puede modificarla a fin de cumplir los planes del Señor.

De lo anterior se desprende que pese a que Dios puede revelar sus planes al hombre no le impone los mismos sino que sólo reclama la cooperación de las voluntades humanas que pueden decidir no plegarse a tales planes.

La interpretación judeo-cristiana de la historia tiene además un distintivo característico: divide la historia en periodos: Esta división es obvia, por el acontecimiento de acontecimientos: El Nacimiento del Salvador. Se habla entonces de Antes y Después de Cristo.

En la religión cristiana y su concepción de la filosofía de la Historia encontramos dos fuentes de influencia judía y griega: Por una parte, Israel

aporta la noción de un pueblo (la cristiandad) guiado por Dios a través de la historia y por la otra, Grecia aporta la idea de cambio de la naturaleza y el paso de la potencia al acto, esto es de la posibilidad de ser al ser concreto.

De lo dicho podemos examinar las principales características de esta interpretación de la historia:

1. El mundo es creación de Dios y tiene entonces un punto de partida definido. De ello se deriva que la naturaleza no es divina sino que es tan "creatura" como el hombre.
2. El hombre sufrió una caída, por apartarse del plan divino.
3. Dios escoge a un pueblo: Israel.
4. El hijo de Dios se encarna de la Virgen María Santísima: Jesucristo el Salvador nace entre los hombres y divide la historia para siempre. Es el acontecimiento central de la Historia del hombre.
5. Por su muerte en la cruz y resurrección, Cristo redime al género humano.
6. Jesucristo funda su Iglesia, que siendo su esposa mística conduce a los hombres hacia su destino trascendente.
7. La Providencia Divina ilumina al hombre para que cumpla el plan divino establecida por ella.

GRANDES PENSADORES DE LA HISTORIA

SAN AGUSTÍN DE HIPONA (354-430)

Este gran pensador e intelectual de los primeros años de la formación del cristianismo, fue un agudo observador de su época: el trágico siglo V, en el que la dirigencia occidental contemplaba impotente la decadencia del Imperio Romano y su descomposición frente a la amenaza de los bárbaros.

Su pensamiento acerca de la historia está repleto de las observaciones del mundo que le rodea. La obra en que se contiene una mejor exposición de su pensamiento acerca de la Historia es "La Ciudad de Dios", obra en la que compara dos ideales de vida: La que está centrada en Dios que ilustra con la noción de Ciudad de Dios o civitas dei, aquella en donde los hombres viven regidos por la ley del creador y tienen como fin el servicio del Salvador y frente a ella la ciudad humana o civitas diaboli. En esta los hombres se rigen buscando la satisfacción de su propio egoísmo. San Agustín señala que la única ciudad que puede sobrevivir a los ataques de sus enemigos es la ciudad de Dios. La otra (imposible no ver una referencia al Imperio que se desploma) pese a sus impresionantes logros y proezas, no puede perdurar y tarde o temprano habrá de caer por no tener como fin la trascendencia sino la satisfacción de meros apetitos materiales. La historia tiene dos facetas, una Divina, instituida por Dios mismo que es llamada Historia Sagrada y muestra el camino del hombre hacia la salvación y la Historia Profana que se ordena también en un proceso lineal que se compone de diversas etapas que van cumpliéndose una tras otra. San Agustín postula que estas etapas son siete, como los días de la semana y afirma que nos encontraríamos en la sexta, pero no nos dice cuanto durará. La séptima sería una edad especial (como el domingo es el día de descanso).

Estas etapas son las siguientes:

- De Adán al Diluvio.

- Del Diluvio a Abraham.
- De Abraham a David.
- De David a la caída de Jerusalén.
- Del cautiverio en Babilonia a Jesucristo.
- De Jesucristo a la segunda venida del Mesías.

La historia se caracteriza por el enfrentamiento permanente entre las dos ciudades, que ha tenido lugar desde la rebelión de Luzbel en adelante. Esto no quiere decir, sin embargo que San Agustín identifique a la ciudad de Dios con la Iglesia y a la ciudad terrena con el Imperio corrompido. Indica sólo que los que aman a Dios por sobre todas las cosas están en constante conflicto con los que se aman a si mismos y desprecian a Dios.

Además debe considerarse un aporte fundamental en la obra de nuestro autor: la substitución del destino como árbitro ciego de la historia de los hombres y su reemplazo por una voluntad divina directora de la historia que llama a los hombres a colaborar con ella. Es el llamado providencialismo agustiniano, ya que la Providencia Divina ilumina la razón humana para que voluntariamente pueda plegarse a sus designios.

Para Agustín las claves de la Historia son:

- a. La naturaleza no es substantiva por sí, sino que mera creatura.
- b. El tiempo, también es creatura y por lo tanto ha tenido un principio y tendrá también un fin.
- c. El único acontecimiento de relevancia en la Historia es la lucha entre los miembros de la Ciudad de Dios y los de la Ciudad Humana o terrena.

Se ha llamado a Boecio el último filósofo clásico.

Su obra histórica nos ha llegado gracias a los manuscritos ordenados copiar por San Benito de Nursia.

Aunque Boecio es cristiano católico, las experiencias vivió, le hacen un testigo de primera línea acerca del fin de la civilización clásica que, con la caída de Roma en 476, se hunde en medio de la barbarie de los pueblos germanos que se reparten el Imperio.

Boecio cree que la historia es una sucesión lineal de acontecimientos marcados por la "responsabilidad personal" de los hombres. Es decir, es uno de los primeros en resaltar (en una línea de pensamiento de clara influencia clásica) que los protagonistas de la historia son los hombres, individualmente considerados. No son las masas anónimas (como se dirá acertadamente en nuestros días) quienes personifican la historia, sino los hombres que se diferencian de los demás y les conducen con su voluntad hacia la meta que se han trazado.

A su vez la historia es escenario de la confrontación entre el bien y el mal, pero las fuerzas del mal son sólo aparentes y no pueden sino ofrecer tristeza y remedos de bienestar a quienes las defienden. El bien triunfa siempre, aun contra toda esperanza.

Finalmente, Boecio estima de capital importancia que los hombres puedan encontrar en sus actos aquellas esencias que, siguiendo a Plantón denomina "Universales". La búsqueda de la "Justicia" y la "Paz" son para Boecio las matrices del desarrollo de la historia.

Este pensador desarrolla su obra en el periodo conocido como la Alta Edad Media.

La obra que le ha valido su trascendencia es: "El Evangelio Eterno", que tuvo una enorme difusión en las bibliotecas de conventos a través de la versión del Beato de Liébana. En este pequeño tratado, De Fiore niega la tradicional doctrina de San Agustín, que fundándose en el providencialismo indica que el sentido de la Historia puede ser conocido a través de la Revelación y que nada de lo que ocurra en la historia profana alterará la verdad revelada por Jesucristo. En contrario, de Fiore sostiene que la Iglesia no tiene esa permanencia, pues está inscrita dentro de la sexta edad (ver San Agustín) y ésta habrá de ser substituida por la séptima edad. Por tanto, la Iglesia tendrá un fin que no necesariamente es el tradicionalmente asignado a la misma (el término de los tiempos con la segunda venida del Salvador y el Juicio Final).

De Fiore cuenta que entre los años 1190 y 1195, en el día de Pentecostés le fue revelado el sentido de las alegorías y pasajes oscuros del texto del Apocalipsis. Según cree nuestro autor, las alegorías de este texto, no son sino representaciones históricas y místicas de las figuras del Antiguo y del Nuevo Testamento. Y constituyen la clave para entender los acontecimientos pasados y futuros de la Historia profana.

De Fiore divide la Historia en tres etapas sucesivas, cada una de las cuales con sus peculiares características. Y aplica el dogma de la Santísima Trinidad a la historia profana con el fin de elevarla a la categoría de Divina. Así, enseña que la historia se divide en 3 edades:

4. La Edad del Padre: Caracterizada por el Pacto de Abraham y los Profetas. En esta edad predomina en el hombre el actuar guiado por los impulsos de la carne y de los apetitos sensibles.

5. La Edad del Hijo: Cuyos protagonistas son Cristo y los Apóstoles. Esta es una etapa en que coexiste una lucha entre los apetitos carnales y los anhelos de espiritualidad del hombre. Este conflicto produce una permanente agitación social, y el sufrimiento y el dolor debidos a los continuos choques entre hermanos, la guerra l los delitos; pero todas estas desgracias preparan al hombre para la siguiente etapa;
6. La Edad del Espíritu Santo: La edad "espiritual" por excelencia protagonizada por el Espíritu divino y sus intérpretes en la tierra, los monjes. En esta edad de plenitud los hombres se habrán despojado de sus instintos materiales y alcanzaran la vida espiritual y contemplativa. Los protagonistas de este periodo, por excelencia, son los monjes.

En cada una de estas edades los seres humanos alcanzan sucesivos grados de libertad, los que se completan sólo en la tercera en que se logra la libertad perfecta. De Fiore creía que cada edad se componía de 30 generaciones de treinta años cada una, por lo que concluían que el fin de la tercera edad debería producirse en 1260, fecha en que llegaría el Anticristo. Algunos pensaron en el Emperador Federico II Hohenstauffen, éste murió en 1250.

A la vez, De Fiore indicaba que con la plenitud de la tercera edad, se llegaría a una nueva "Edad Dorada", que él identificaba con el ascenso al trono de Francia de Luis VIII y su mujer Blanca de Castilla, de quienes fue consejero.

Los problemas teológicos y filosóficos de esta interpretación de la historia son de muy alta consideración. En primer lugar, al aplicar las categorías del dogma de la Trinidad a la Historia, vuelve a la Iglesia un mero producto histórico, lo que no es efectivo. En segundo lugar, con su propuesta de Edad Espiritual, siembra las bases para la postulación de un "paraíso en la tierra", lo que niega y contradice frontalmente la doctrina cristiana de la trascendencia. En tercer lugar, al postular que la venida del Salvador es una

simple "etapa o edad" que será superada con la llegada del "espíritu", niega la permanencia del mensaje cristiano y se vincula con ciertas formas de iniciación gnóstica de antigua data.

Estos problemas llevaron a que el "joaquínismo" derivara en herejía y fuera condenado por la Iglesia. en el Concilio de Letrán.

•

SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274)

Figura cumbre de la filosofía y el pensamiento medieval. El más insigne pensador del siglo XIII Su pensamiento nos ha llegado a través de las monumentales obras que legó a la posteridad. Es el máximo exponente de la escolástica y quien "redescubrió" para el cristianismo a la filosofía de Aristóteles. Sus obras más conocidas -y de mayor trascendencia- son la "Summa contra gentiles" y la "Summa Teológica". Ésta última es un verdadero "corpus" del conocimiento de su época.

Su pensamiento histórico es tributario de su aporte filosófico: Redefine la doctrina ortodoxa sobre el libre albedrío al sostener que el hombre y todos sus actos son sujetos de perfección.

La historia tiene un fin obvio y lógico: Dios. Pero el libre albedrío permite a los hombres avanzar hacia este fin plegándose al Plan Divino en forma voluntaria, pues tienen la opción de escoger libremente hacer el bien.

Santo Tomás distingue perfectamente entre la razón y la fe y los distintos planos en que cada una de ella se mueve. Y demuestra que la verdad es única y no dual o contrapuesta, pues donde la razón acaba principia la fe, que ilumina a la primera que se constituye en instrumento de ésta. Este punto es de capital importancia pues, en la época de Santo Tomás los filósofos del Islam habían concluido acerca de la imposibilidad de unificar fe y razón, con lo que aceptaban la posibilidad de verdades racionales y de fe contrapuestas

entre sí, que es lo que Santo Tomás refuta, basándose para ello en el pensamiento de Aristóteles (cuya traducción corrompida había servido a la formulación islámica de Averroes). Para esto el aquinate escribió su "Suma contra gentiles".

Asimismo Santo Tomás piensa que el orden teológico y el filosófico no destruyen el valor del orden material o natural sino, que con la ayuda de la Gracia, le perfeccionan.

NICOLÁS DE MAQUIAVELO (1469-1527)

Para comprender adecuadamente el pensamiento histórico de Maquiavelo es preciso formular algunas prevenciones: Este autor se inscribe dentro de los fenómenos que caracterizan al periodo tan equívocamente denominado "Renacimiento", que supone grandes convulsiones y agitación política, social y militar en la península itálica. Maquiavelo debe observar como, junto al obvio bienestar producido por el aumento de la población y el redescubrimiento de los progresos de la antigüedad, de lo que el mejor ejemplo es el explosivo florecer de las artes, se produce una clara derrota de Italia en la lucha por alcanzar su independencia. Las ciudades italianas son títeres de los intereses franceses y luego españoles, sin que puedan hacer nada por defender su independencia. Esto lleva a Maquiavelo a apoyar a César Borgia en su aventura por constituir el ducado de "Romagna" con el apoyo de su padre, el Papa Alejandro VI.

Maquiavelo es un autor empapado del humanismo racionalista que surge en el siglo XV. Postula que la Historia tiene causas y leyes propias por lo que intenta descifrarlas a fin de dar respuesta a los problemas de la Sociedad de su época. De esta manera podría realizar su anhelo político de convertir a Italia en un estado nacional, a la manera de España y Francia.

Para Maquiavelo, la Historia tiene por objeto al hombre y como fin al mismo hombre. Rechaza, en consecuencia, el providencialismo cristiano. Es en este punto en donde se encuentra la originalidad del pensamiento maquiavélico, pues rechaza toda intervención de Dios en la Historia y en la Política. El hombre actúa solamente guiado por su afán de poder, por lo que toda consideración moral debe ser desechada si, eventualmente, estorba al propósito indicado. Ello se plasma en el famoso lema maquiavélico: "El fin justifica los medios". Es decir plantea una justificación "*ab initium*" de una acción inmoral en cuanto ella esté dirigida a la conservación y aumento del poder del que la lleva a cabo.

Los hombres tienen una inclinación natural al mal antes que al bien (otra contradicción al cristianismo) y por eso se producen oscilaciones bruscas entre lo bueno y lo malo.

La perversidad de los hombres justifica que el príncipe pueda mentir, engañar y actuar violentamente a fin de consolidar su poder, pues el fin justifica los medios y más vale ser temido que amado, pues mientras el amor del pueblo es pasajero, su miedo es permanente. En este sentido la historia tiene una función pragmática, pues ilustra los errores de los anteriores gobernantes y la forma en que hay que evitarlos a fin de afianzar el poder propio, en virtud de la "Razón del Estado".

Finalmente la Historia no es sino una sucesión de ciclos que alternan la estabilidad y el caos (el *corsi* y *ricorsi* de que hablará Vico), determinados por el azar y las fuerzas ciegas del destino. Este autor vuelve así, a la interpretación cíclica del curso histórico y coincide en esto con Polibio, sin embargo, Maquiavelo reconoce que la libertad del hombre le permite modificar su destino, por lo que aconseja actuar con miras a la obtención del poder, como si la libertad consistiere en escoger indiferentemente entre el bien y el mal según convenga.

RENATO DESCARTES (1596-1650)

Este pensador está inmerso dentro de las ideas del siglo XVII: las luchas de religión y por la primacía en Europa. El postulado que resume su doctrina el de: "*Cogito, ergo sum*" ("Pienso, luego existo"). Con esta idea quiere indicar que la calidad del hombre se define por la razón. Ésta es la verdadera potencia que distingue al hombre de las bestias. Los seres humanos lo son, porque razonan. Los demás atributos de la humanidad no son sino meros complementos o incluso atavismos que estorban: sentimientos, pasiones, sensaciones en general. Se le considera el padre de la escuela racionalista francesa.

Acerca de la ciencia histórica sostiene que no tiene el carácter de tal, le niega su calidad científica, pues los acontecimientos jamás suceden en la forma en que el historiador los relata, ya que tales relatos están influidos por las particulares apreciaciones y prejuicios del historiador.

Señala cuatro argumentos para negar la científicidad de la historia:

1. Pasado y presente son realidades opuestas, por lo que el historiador, al estudiar el primero termina desvinculándose del presente.
2. Los testimonios históricos que son la "fuente" de la labor de los historiadores son obra de otros hombres, que pueden no haber sido honestos o verídicos en el registro de los hechos.
3. Si los testimonios históricos no son fidedignos, no puede esperarse que ellos sirvan de base para una reconstrucción fiable del pasado, ni menos servir de ejemplo para los hechos del porvenir.
4. Por último, las obras "históricas", son de naturaleza artística; es decir, subjetiva, pues sólo pretenden mostrar ejemplos o modelos de conducta

que se consideran dignos de imitación o censurables a fin de realizar la apología o crítica del pasado.

Descartes busca la certeza en el conocimiento, cuestión que no es propia de las ciencias sociales, que sólo nos demuestran tendencias. Debido a esto no acepta que la historia sea considerada ciencia.

Según nuestro autor, la historia busca determinar el fondo o la sustancia de las cosas reales, pero para que este propósito se logre es preciso que concurren dos clases de elementos o factores que es casi imposible que se den en nuestra disciplina:

- Deshacerse de todos los prejuicios que conducen a confundir la verdad con el mito.
- Encontrar un criterio cierto que permita distinguir con seguridad lo verdadero de lo falso. El criterio consiste en rechazar como falso todo lo que no pueda demostrarse de manera indubitable.

El "método" científico que Descartes formula se compone de 4 etapas sucesivas:

1. No puede aceptarse como verdadero nada que no pueda demostrarse de forma incontrovertible.
2. El objeto del análisis debe ser dividido en tantas partes como sea posible a fin de lograr entender cada uno de sus componentes.
3. Debe razonarse en forma lógica, es decir, ir de lo más fácil a lo más complejo sin alterar esta secuencia, pues de lo contrario pueden producirse confusiones.
4. El razonamiento debe ser riguroso, sin saltarse etapas ni alterar el orden. Debe razonarse como si se tratase de proposiciones geométricas asegurándose que no se ha omitido ningún punto.

El propósito de estos pasos era construir un pensamiento filosófico (y por extensión, histórico) en el que no hubiera posibilidad de error, para lo cual adopta la fórmula de la "duda permanente".

La escuela cartesiana hizo que se produjese una nueva forma de pensar que formulaba dos críticas como resultantes a la manera en que los pensadores cristianos habían tratado a la historia:

- El ejercicio de una crítica severa a cerca de las leyendas que habían cabido en las crónicas medievales y;
- El abandono de cualquiera visión apriorística de las Edades o Imperios. De hecho, para los racionalistas solo existían dos épocas, la Clásica o Antigua y la Moderna y, que todo, periodo intermedio entre estas dos épocas debía ser olvidado por que se imaginaba oscuro e ignorante. De allí la expresión tan peyorativa como inexacta de "Medieval" (lo que está en medio de dos cosas) y "Oscurantismo" (frente al brillo de la cultura clásica y a la "Modernidad" del iluminismo).

JUAN BAUTISTA VICO (1668-1744)

Su pensamiento histórico se opone al de Bacon y Descartes, por lo que su obra cumbre fue la llamada "*Ciencia Nueva*", (*Principi di una scienza nuova d'intorno alla commune natura delle nazioni, 1725*). La primera edición es de 1725, la segunda de 1730 y la edición final y corregida es de 1744. Con ella plantea una nueva etapa para el providencialismo cristiano, en una postura diferente a Bossuet.

Vico sostiene que la historia es un reflejo del modelo de Dios que guía a los hombres mediante la Divina Providencia. Sin embargo, Vico concluyó

que era posible establecer a qué leyes universales se debe el decurso histórico y cómo determinan éstas la evolución social.

En una vuelta a la concepción cíclica de la historia, sostuvo que todas las sociedades experimentaban un proceso similar de desarrollo y decadencia.

En su pensamiento postula que no es posible un recto y verdadero conocimiento sin religión. Pero creía que la razón humana había sido creada para entender y era casi una obligación suya ejercer el entendimiento.

Estima que hay seis clases de conocimiento:

1. Teología civil racional de la Providencia.
2. Filosofía de la autoridad.
3. Historia de las ideas humanas.
4. Crítica filosófica de las tradiciones religiosas.
5. Una historia ideal eterna, recorrida a través de los tiempos por las historias de todas las naciones.
6. Un sistema de ley natural de las naciones.

Vico estima que la historia debe ser protagonizada necesariamente por el hombre, y como éste está directamente vinculado con la conciencia religiosa, la historia es también un fenómeno religioso. Sólo Dios puede tener la certeza absoluta sobre el orden de la Naturaleza, su propia creatura, y el hombre es el protagonista del ejercicio de su propia libertad. La Ciencia Nueva, es entonces, una verdadera historia de las sociedades y de las características que las hacen diferenciarse unas de otras.

Las naciones se ajustan en su "Vida" a un ciclo de desarrollo, pero este no tiene naturaleza mecánica o de autómatas, sino que depende de la libertad del hombre.

Mediante un estudio de las sociedades Vico determinó que estas podían atravesar por tres etapas:

1. Edad de los dioses: El hombre es gobernado por su temor a las fuerzas de lo sobrenatural.
2. Edad de los héroes: El gobierno y justicia de las sociedades depende de un grupo aristocrático reducido y;
3. Edad de los hombres: Se gobiernan a si mismos asegurándose la igualdad, pero ésta puede degradarse en un excesivo materialismo que de inicio a un nuevo ciclo.

Cuando Vico compara este modelo teórico con la historia de las sociedades concretas, concluye que el ciclo evolutivo puede constar de 6 etapas diversas:

- a. Fuerza bruta; Es la época de la primacía de los más fuertes sobre los débiles.
- b. Fuerza heroica; El surgimiento de los líderes (héroes) que conducen a su pueblo a una meta política o religiosa.
- c. Justicia valerosa; El gobierno de los jueces o sabios.
- d. Originalidad deslumbrante; Aquél periodo en que la sociedad descubre o da origen a una aportación verdaderamente original que la distingue de las demás.
- e. Reflexión constructiva; Periodo de maduración y plena vigencia de los ideales de la sociedad.
- f. Decadencia; Etapa de descomposición de la sociedad.

Cada una de estas etapas estaba contenida en parte en la etapa anterior. Reconoce que no es una regla absoluta y que tiene excepciones. En este análisis de Vico hay una anticipación a la doctrina de Toynbee.

Lo importante, señala Vico, es que la historia nunca se repite y que cada etapa tiene su identidad. Esto es porque el hombre siempre tiene la capacidad de modificar la marcha de su nación, en gran parte porque cada ciclo no parte del mismo punto en que se encontraba el anterior, sino que más bien se puede entender la historia cíclica como un espiral, en cada etapa parte de un nivel superior, ya que la humanidad progresa.

Acerca del papel ordenador de la Providencia en la Historia del hombre, Vico señala que Dios crea al hombre y lo hace libre, pero a su vez está presente en su historia sin intervenir, es el hombre el que crea su historia. La Providencia crea un orden, ya que si el hombre se dejara llevar por sus pasiones, necesariamente viviría como bestia, pero se ha creado una tendencia comunitaria para vivir en sociedades de forma tal que se cumple el plan que se ha ordenado para ellos por una inteligencia superior, la Providencia.

Cuando Vico señala que la historia de las sociedades puede reducirse a una interpretación cíclica, lo que quiere decir es que al finalizar la decadencia, tras una inevitable crisis, la nación repite otra vez el ciclo; sin embargo, la historia real no presenta idéntica evolución en todas las naciones, reconociendo que existen grandes excepciones, explicadas principalmente por el proceso de dialéctica en que el hombre es el propio gestor de su historia.

Este ciclo es el que Vico denomina "Corso". Y cuando este concluye, comienza uno nuevo "Il Ricorso", que no necesariamente repetirá todas las características anteriores sino que será presidido por una originalidad propia de la libertad de los hombres, que se guían por la Providencia a fin de descubrir el plan divino.

Este corso y ricorso no necesariamente se sucede sin solución de continuidad, es decir, pueden existir periodo de intermedio entre cada uno y

además, puede ser que el rícorso no sea superior sino más bárbaro o culturalmente inferior al original. Pero en general, puede describirse como una espiral en ascenso.

Vico señala el ejemplo del Imperio Romano que se hundió y que fue reemplaza por la Cristiandad, y nos indica que aunque ella fuera reemplazada por otra sociedad posterior, no podría ser superado pues el Cristianismo importa plenitud.

Vico fue atacado por los ilustrados que le reprochaban hacer una defensa ciega de la Iglesia y también por los católicos que indicaban que su concepción reducía a la Iglesia a una concepción histórica más, despojándola de su carácter trascendente.

AUGUSTO COMTE (1798-1857)

Se le ha llamado con acierto, el "Padre" del positivismo filosófico". Curiosamente su obra, en la que aplica una cantidad de principios y reglas propios de las matemáticas a las ciencias sociales, se caracteriza por su esencial núcleo histórico.

Comte sostiene que el progreso de la humanidad es indefinido. Concepto que ya se encuentra en Saint Simon. Este progreso no es perceptible fácilmente para los hombres contemporáneos, pero es claramente medible si se estudia el avance histórico de la humanidad. Según este autor el progreso no puede detenerse, por lo que no tiene fin es "indefinido". Si es así, necesariamente se concluye que la historia tampoco lo tiene y si la historia no tiene un fin, debe rechazarse la postura tradicional del cristianismo al respecto.

Este progreso no es uniforme ni automático, por lo que puede ocurrir que en ciertas circunstancias existan retrocesos, pero estos son siempre

transitorios y superada la crisis la sociedad continúa su avance inexorable. Comte reconoce que algunos pueblos son especialmente aptos para el progreso y la "edad científica" de la que hablaremos luego; son los pueblos blancos, que gracias a una superioridad "biológica" sobre las demás razas, pueden conducir el progreso científico. Así para Comte, en su época, los únicos pueblos que han alcanzado un nivel aceptable en la 3^o edad, son Inglaterra, Francia, Italia, Alemania y España.

Comte realiza un símil con las etapas de crecimiento del ser humano (niñez, adolescencia y madurez) a fin de explicar las etapas de la historia:

1. **Edad Teológica o precientífica:** La niñez de las sociedades se caracteriza por el intento de encontrar explicaciones definitivas y absolutas a los fenómenos que rodean al hombre. De tal forma, todo se explica mediante la intervención de fuerzas sobrenaturales, la magia y los dioses (politeísmo o monoteísmo) penetran el conjunto de la vida social.
2. **Edad Metafísica o abstracta:** La juventud de la sociedad logra que los hombres sean capaces de introducir categorías abstractas de pensamiento, las "ideas"; ya no se atribuye todo a los poderes sobre naturales, sino que se explica el "Cómo" y el "porqué" de los fenómenos.
3. **Edad Científica o Positiva:** En su madurez, las sociedades creadas por el hombre se han despojado de los atavismos propios de la ignorancia y han dejado de preguntarse por las causas y explicaciones últimas de la realidad, sino que simplemente por su comportamiento, su fenomenología, su aspecto exterior o "positivo".

En el fondo, con esta categorización de los distintos periodos de avance de la sociedad, se intenta demostrar que lo único que importa es lo cuantificable, los datos estadísticos que hacen de las humanidades una

"ciencia", tan fría y aséptica como las que Comte denomina ciencias por excelencia (en orden de complejidad): Las matemáticas, la astronomía, la física, la química, la biología y la sociología. Ésta última es la que sirve para explicar el comportamiento (ya que no la esencia) del género humano.

El progreso según Comte es sinónimo de bienestar y éste implica mayor bienestar, por lo que el positivismo sostiene que a mayor progreso mayor bien. Esta explicación un tanto simplista permite apreciar los presupuestos en torno a los cuales se construye el pensamiento positivista.

Aunque pueda resultar paradójico, Comte no rechaza "la idea religiosa" sino que sólo las religiones reveladas. Por ello postula que debe reemplazarse el Cristianismo en Europa, por una religión positiva o científica, y se arriesga a señalar que debería tener: 9 sacramentos, 84 días festivos, jerarquía y un extenso y un tanto sorprendente ceremonial. Su Dios sería: La humanidad y el progreso de la misma.

JORGE GUILLERMO FEDERICO HEGEL (1770-1831)

Este filósofo alemán diseñó un sistema que se caracteriza por un racionalismo absoluto. Desde joven y pese a haber cursado estudios religiosos se caracterizó por su hostilidad al cristianismo. Su "Vida de Jesús" le presenta como ejemplo de bondad y solidaridad humanas pero niega su carácter mesiánico.

Su obra más importante es "*La Filosofía de la Historia*" de 1822-1823.

Desarrolló un nuevo método para el estudio de la historia: La Dialéctica. Éste se basa en el siguiente postulado: La historia no es un aspecto o parte de la realidad sino que "**es**" la realidad misma. Nada escapa a las fuerzas de la historia, todo es devenir, fluir, correr, como decía Heráclito: todo es movimiento.

El motor de este permanente movimiento está escondido en la misma realidad, que lleva implícita en sí misma una contracción. Y este antagonismo entre el ser-no ser-devenir es el que mueve la historia en permanente ascenso. Consecuencialmente todo lo que "es", a la vez "No es".

Hegel bautiza a estas categorías antagónicas como Tesis (Ser), Antítesis (No-ser) y Síntesis (Devenir). Ésta es el resultado de la contradicción anterior y como contradice a la contradicción (negación de negación) su carácter es positivo (según un razonamiento matemático elemental). La Síntesis supera a la contradicción y permite avanzar a la humanidad. Pero como esta síntesis reemplaza a la realizada original se vuelve una nueva realidad a su vez y por ello engendra una nueva antítesis que recrea la contradicción y así se avanza de un triángulo dialéctico al siguiente. Debe aclararse que con este esquema de razonamiento, la idea de Dios está demás, pues no se le asigna participación alguna en la historia.

Hegel piensa que la Historia es un fenómeno lineal. Pero según él, el contenido de la historia es y debe ser racional: "Una voluntad divina domina como fuerza poderosa en el mundo..." Pero esto no significa que deba aceptarse la doctrina del providencialismo. Para que el historiador de verdad "descubra" los caminos de la "providencia" debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Naturaleza e Historia son mundos distintos que por cierto se excluyen, pues lo que caracteriza a la naturaleza es la *repetición*, mientras que a la historia corresponde la *sucesión*. Las leyes de la naturaleza se pueden expresar en fórmulas matemáticas ya que se refieren a fenómenos repetitivos. En una palabra, no hay evolución. En cambio, la historia es lineal nunca se repite, y aunque pudiera pensarse que en el proceso dialéctico parte del mismo punto, ello no es así,

porque siempre hay una evolución. Gráficamente se puede decir que la historia tiene forma de espiral. (En esto coincide con Vico).

- El suceder histórico es tan sólo una serie de realizaciones de pensamientos. *Las ideas son anteriores a los hechos que de ellas proceden*. Por tanto, lo importante en la historia es conocer las ideas en su sucesión lógica, lo que se puede lograr haciendo un análisis de cada periodo histórico. Por ejemplo: si se trata de estudiar la Revolución Francesa, importa más que fijar el orden de los hechos, lo que pensaban los hombres que en ella intervinieron.
- El motor de la historia es la razón del hombre pues su naturaleza es racional, pero descarta a las pasiones como móviles del actuar humano. Por tanto, señala que son perfectamente conciliables la razón y la pasión en el devenir dialéctico de la historia.
- Al señalar que la historia es una sucesión o secuencia lógica de ideas, todo es necesario, por tanto puede ser conocido a priori. Así, en el proceso histórico siempre aparecerán las tres etapas de la dialéctica, es decir, *tesis-antítesis-síntesis* , por lo que reconociendo en que etapa se está, se puede perfectamente predecir el devenir. Aún cuando la libertad del hombre continúa actuando para que se determine cual es la realidad que será controvertida y de qué manera surgirá la antítesis. Es decir, la idea que origina el hombre antecede a la forma en que esta se materializa o plasma en hechos concretos.
- La historia ha llegado a su meta porque el fin de la misma es "que el espíritu alcanza el saber de lo que él "es" verdaderamente y objetive este saber, lo realice haciendo de él un mundo existente y se manifieste objetivamente a sí mismo".

CARLOS MARX (1818-1883)

Sin duda que Marx es el autor de mayor influencia política en nuestro siglo. En torno a sus ideas de organización social se concretaron en nuestro siglo algunos de los ejemplos más devastadores de concentración del poder y de ingeniería social que la humanidad haya conocido.

La doctrina marxista es una verdadera ideología, es decir un sistema cerrado de ideas que pretende ser la respuesta última de todos los problemas y desafíos que pueden surgir en la sociedad.

Las características de la ideología marxista exceden los límites de este trabajo (se inscribe dentro del campo del Derecho Político), por lo que nos centraremos en aquellos aspectos que dicen relación directa con su pensamiento acerca de la Historia.

El pensamiento de Marx se inscribe dentro de tres fenómenos claramente identificables: Una Revolución política, la de Francia, que llega a Marx con el dejo del romanticismo alemán, crítico de la restauración; la Revolución Industrial protagonizada por Inglaterra, que Marx conoce de cerca y en sus facetas más negativas, pues su incapacidad personal para mantener a su familia le sitúa en la marginalidad de la sociedad victoriana y la Revolución Filosófica, provocada en el continente y muy especialmente en Alemania, por la difusión del ideario de Hegel y Fichte.

Pero las influencias que más directamente repercuten en su pensamiento son las de Hegel y de un filósofo de segunda categoría, que Marx, sin embargo, considera de primera línea: Ludwig Feuerbach.

De Hegel, Marx adopta el sistema dialéctico como explicación de la Historia del Hombre, según veremos enseguida. De Feuerbach su rechazo a toda idea de Dios. Según este pensador la idea de Dios no es más que una alienación que los hombres fabrican en la medida en que depositan todos sus

anhelos de perfección en un ente ficticio: Dios. En una palabra, Dios no crea al hombre sino que éste crea a Dios. Por ello Marx, es ante todo un filósofo de ateísmo militante.

Materialismo dialéctico y materialismo histórico: Con los aportes que se han referido y gracias a la activa colaboración de Friedrich Engels, Marx elabora una ideología de pretensiones "científicas" (Es conocida su crítica a los socialismos utópicos, por descansar éstos en meros anhelos de justicia y mayor igualdad, pero no poseer un distintivo científico). Marx postula la construcción del socialismo definitivo o científico.

El Materialismo Dialéctico consiste en una adaptación del principio de dialéctica hegeliana mediante el cual sostiene que la materia es todo cuanto existe y rodea al hombre y esta materia cambia y se transforma infinitivas veces, de manera que existe un estado de perpetua movilidad y cambio. Este cambio responde al dinamismo generado por las fuerzas de la historia que se oponen unas con tras en la confrontación dialéctica (P.ej. La sociedad capitalista genera al proletariado y de la lucha entre ambas surge la sociedad sin clases o comunista).

Cabe destacar que la participación del hombre dentro de este esquema es puramente material, por lo que Dios no tiene cabida alguna en el curso de la historia. De tal manera puede afirmarse que el ateísmo del sistema marxista es esencial y no accidental. La expresión del magisterio pontificio "marxismo ateo" es pues, exacta.

Como la única realidad es la materia, entonces la conciencia y la capacidad de formular juicios de valor no son más que un reflejo de la materia y están condicionadas por éste. Así la "moral" no es un orden único ni objetivo, como enseña la ortodoxia católica, sino que depende del contexto social en que se expresa: hay así una moral "burguesa" y otra "proletaria" y habrá desde luego, una moral "revolucionaria" (Que en la terribles palabras

de Lenin, considerará "bueno todo lo que sirva a la Revolución y malo todo aquello que la contradiga", aunque la bueno sea el asesinato y exterminio en gran escala).

El Materialismo Histórico por su parte, expresa de manera cierta la adaptación de la dialéctica hegeliana al modelo de la historia. Marx señala que toda la historia puede ser explicada mediante la comprobación de una permanente lucha y enfrentamiento (dialéctica) por el control de los medios de producción económica. El modelo indica que la estructura básica es la "Lucha de clases". Así la sociedad capitalista moderna (tesis) es la última etapa del modelo de opresión de los más ricos (capitalistas) sobre los más pobres (proletarios) (antítesis) que buscarán rebelarse en contra de la minoría que detenta la propiedad privada de los medios de producción para instaurar una sociedad sin clases (síntesis). Pero antes de llegar a este paraíso terreno debe pasarse por un estado transitorio e intermedio que permita la destrucción de toda diferencia social o de clases y que Marx denomina la "Dictadura del Proletariado". De esta manera la lucha de clases entre los explotadores y los explotados, que tiene un carácter universal y que se expresa en todas las manifestaciones de la cultura (el arte, la política, el derecho, etc.) acabará definitivamente cuando ya no exista necesidad de apropiación privada de los bienes.

Marx postula que el hombre ha experimentado durante toda su existencia una serie de alienaciones, es decir, de enajenaciones que le han hecho perder parte de sus atributos en beneficio de algunos más hábiles que los demás. Estas alienaciones tienen múltiples formas: políticas, culturales, religiosas, jurídicas, sociales, etc, pero la alienación determinante es la económica.

La economía es la verdadera responsable de la formación de la conciencia. Es la causa última de todos los demás fenómenos sociales y por ello Marx la denomina "Estructura". Todo lo demás será simplemente

periférico, es decir, superestructura, condicionada por la forma económica que es el único absoluto reconocido por Marx.

Por ello, cuando se suprime la alienación económica (la concentración del poder de controlar los bienes de producción en unas pocas manos) se puede avanzar rápidamente a la superación de todas las demás alienaciones, incluso las políticas y religiosas. Ello se logra mediante la abolición de la propiedad privada y la absorción de toda propiedad en manos de la colectividad representada por el Estado.

Así se logra superar las fantasías y creencias supersticiosas de la raza humana, de las cuales la más fútil y apta para servir de agente esclavizador de las conciencias, es la religión, a la que nuestro autor denomina "El Opio del Pueblo".

Igualmente desaparece la alienación política, pues el Estado Burgués que no es sino una expresión de la voluntad de la clase dominante capitalista, es reemplazado por un "Estado de Trabajadores y Campesinos" (Constitución Soviética de 1977). Cabe recordar que para Marx ni el Estado ni el Derecho son esenciales para la vida humana (de hecho en la sociedad comunista desaparecerán).

A la vez, cabe destacar el carácter de praxis del marxismo, es decir, la lucha de clases en la historia no es una mera teoría sino un análisis realista de la violencia que rige las relaciones humanas y en este sentido dirá Marx que ella es la "Partera de la Historia".

Las contradicciones del pensamiento marxista y de sus sucesivas reformulaciones a través de Lenin, la Academia de Moscú y Gramsci, quedan de manifiesto en un análisis lógico y empírico de sus postulados y aplicación práctica:

1. El gran problema filosófico: Si la dialéctica es válida para explicar la evolución histórica de los hombres, ¿por qué debería de detenerse con

- la sociedad comunista y no seguir en movimiento (según el mismo Marx admite) para que ésta engendre una nueva antítesis?
2. Marx se ha revelado como un buen sociólogo (pues describió con acierto las contradicciones y problemas de la sociedad capitalista victoriana del siglo XIX) pero un muy mal economista (su sistema de concentración estatal de la propiedad ha probado ser un fracaso completo) y un pésimo profeta (su vaticinio de la destrucción final de la sociedad burguesa por las masas proletarias no sólo no se cumplió, sino que en aquellos lugares en que se trató de hacer efectivo –como en la ex URSS- fue obra de una minoría selecta de revolucionarios profesionales, cuestión que poco tuvo de "popular").
 3. La connotación atea del marxismo es claramente reductiva de la riqueza del género humano. "Su negación de Dios, resulta tan simplista como el tratar de tapar el Sol con la mano" (Karl Popper). Pretendiendo "liberar" al hombre y realizar la culminación de su humanidad, le coarta una faceta o dimensión fundamental. En vez de reconocer a la religión como una dimensión que enriquece a la humanidad procura su aniquilación.
 4. Paradojalmente con lo anterior, el marxismo mismo, se comporta como un verdadero "opio del pueblo", es decir suscita en sus adherentes formas cuasi fanáticas de secta, lo que lo vincula las formas más rebajadas de superstición religiosa, que tanto dice combatir. Se le puede comparar con los cultos primitivos más que con una pretendida abstracción y praxis "científica" y;
 5. El concepto esencial del marxismo, la "lucha de clases" se ha revelado como una impostura. En efecto, nadie puede desconocer que durante la historia hayan existido conflictos sociales, pero de allí a pretender que la única explicación es la aludida lucha, es demasiado. Nuevamente la

experiencia práctica (la praxis de que tanto se ufana el marxismo), demuestra que cuando se han instaurado regímenes de cuño marxista lo han sido, no en virtud de una rebelión popular en contra de los "explotadores", sino por obra de pequeños grupos organizados que asaltan el poder en la forma de un "Putsch" o "Golpe Político". La Revolución de las masas es pura mitología.

OSVALDO SPENGLER (1880-1936)

Autor de la Monumental "Decadencia de Occidente", éste pensador alemán tuvo en la primera mitad del presente siglo y sigue teniendo hasta hoy una enorme influencia en los círculos intelectuales europeos y de América. Su legado alcanza hasta Chile.

Con Spengler se presenta una vuelta al ciclo básico de la naturaleza. Sostiene que las culturas experimentan un proceso de desarrollo similar al de la naturaleza, por lo que la verdad histórica está vinculada directamente con las fuerzas de este proceso. Según Spengler esta verdad histórica sólo puede precisarse mediante la intuición pues las reglas y métodos de investigación de las ciencias "exactas" no son aplicables a la historia. Llama a su método la "Morfología de la Historia".

Dentro de la historia, las culturas se expresan en forma cíclica, de la misma manera que los procesos de crecimiento, desarrollo, y decadencia de los organismos vivos. Pero sólo algunas de estas culturas tiene un "Alma". Spengler identifica 8 culturas originales: Egipcia, Babilónica, China, India, Mexicana, Apolínea (grecorromana), mágica (islámica) y fáustica (Occidente).

El nombre dado a la cultura occidental es referencia al mito de Fausto.

Asimismo adopta por analogía la división de la vida de las culturas según las cuatro estaciones del año: Primavera, Verano, Otoño e Invierno. El término "civilización" lo reserva para la última etapa.

Cada una de estas estaciones se caracteriza por diversos factores que las hacen distinguibles entre sí e identificables para el estudioso. En su obra más famosa (*La Decadencia...*) analiza las características de la cultura occidental y sostiene su tesis de que se encontraría en la etapa de decadencia. El talante pesimista de la obra de Spengler, marcó a una generación completa de historiadores del mundo entero. Pero la lucidez de algunas de sus afirmaciones es notable.

Así, señala que cada etapa se caracteriza por aportaciones originales que produce esa cultura en particular: En la **primavera** o albor de la cultura se produce la arquitectura, la poesía épica o heroica, la creación de grandes sistemas teológicos y la transformación política de las aristocracias; en el **verano**, la escultura y la pintura, la razón y la poesía lírica; en el **otoño**, la literatura y la música, el cuestionamiento de los Estados, las rebeliones de Masas y el culto a la "ciencia matemática" y en el **invierno**, el gigantismo y la abstracción, los imperios militaristas, apoyados en la veleidad de las masas, el hedonismo y la cultura del placer.

Precisamente por lo último, Spengler sostiene que Occidente estaría en la fase final de su desarrollo. Al igual que un ser vivo la cultura pasas por sucesivas etapas hasta que se produce su colapso. La razón la fija en irresolubles conflictos intraculturales, como el agotamiento racial.

Occidente habría llegado a la época del cesarismo militarista (Hitler toma el poder en Alemania en la época de Spengler). Las masas son conducidas por un líder carismático que debe salvar la cultura de los "nuevos bárbaros", que para Spengler se identifican con la Rusia tradicional (no la bolchevique) y con los pueblos de color, que asaltan la "fortaleza europea".

ARNOLD TOYNBEE (1889-1975)

Este autor se especializó en el estudio de las civilizaciones o sociedades (en una analogía, mientras que Spengler hablaba de "cultura", Toynbee se refiere a las "sociedades").

Igualmente distingue diversas sociedades (identifica 21 en total), pero de ellas sólo cinco han sobrevivido hasta nuestros días. Las demás se han fosilizado, es decir, han colapsado sin dejar herederos y dejado el paso a otras, por lo que ya sólo pueden ser objetos de un estudio histórico. La diferencia es que Toynbee estima que no puede hablarse de sociedades o civilizaciones que sean identificables con un Estado o Nación sino que son fenómenos más amplios que estas categorías políticas.

El vínculo esencial que caracteriza a una sociedad y la diferencia de las otras es la Religión.

Toynbee sostiene que las civilizaciones vivas son la Cristiano Occidental, la Ortodoxa (que incluye a la Rusia tradicional y en general a los pueblos eslavos), la Islámica, la Indú o Indi y la Chinojaponesa. Éstas, como la Occidental y la Ortodoxa, son derivadas de otras civilizaciones previas, p.ej. las dos mencionadas son originadas por la Helénica (Grecorromana) nacidas como hermanas gemelas. Del total de 21 sociedades que Toynbee estudia, concluye que sólo 6 son originarias, es decir, no proceden de otras sociedades previas: La Egipcia, la Maya, la Andina, la Minoica, la Sínica y la Sumeria.

De las civilizaciones vivas, ninguna tiene pretensiones de universalidad (cuestión que sería controvertible en el caso de la Cristiano Occidental, sobre todo en nuestros días, en que las categorías formuladas por nuestra sociedad tienden a imponerse en todo el Orbe y desbordan con mucho la cuna Europea

de la misma, para asentarse en Las Américas, Oceanía y vastas otras regiones del globo).

Las sociedades surgen como consecuencia del paso de un periodo simplemente imitativo ("mimético", según Toynbee) en que los hombres arrastran atavismos costumbristas a un periodo innovativo o creador ("dinámico" para nuestro autor) en que el pueblo de que se trate es capaz de aportar soluciones inéditas frente a sus problemas, lo que les permite dar un salto en su evolución y transformar en una sociedad con entidad propia.

Es este dinamismo el que anima a la sociedad y mientras lo conserva, puede desarrollarse y vivir. Cuando este ingenio creador muere o desaparece (se paraliza, según Toynbee, quien emplea la expresión "Mecanicidad de la mimesis") la sociedad se colapsa.

Todas las civilizaciones se enfrentan a diversos tipos de desafíos:

- Elementos geográficos adversos (que estimulan la creación y el ingenio, al revés que climas y condiciones más suaves, que facilitan la parálisis de la creación);
- Expansiones territoriales, el caso de la sociedad Cristiano Occidental es emblemático, con su expansión a toda América y a Oceanía;
- Una derrota militar de vastas proporciones: Es un estímulo para la superación de problemas de envergadura: V/gr. Alemania y Japón.
- Posibles conflictos exteriores, como en el caso de la Monarquía Hispánica y sus guerras de religión.
- La opresión sobre algunas minorías muy activas, como el caso de las persecuciones de judíos y cristianos.

Los conductores de la sociedad son siempre una minoría, que Toynbee asocia con las élites o aristocracias, que son las que elaboran las respuestas a los problemas de la sociedad, luego de un periodo de reflexión y aislamiento.

Si estas aristocracias conservan sus virtudes de laboriosidad y de espíritu de servicio pueden conducir a los pueblos por la senda de la paz y la gloria, pero sin pierden sus atributos, y se guían por simples criterios de poder y mayor beneficio propio, pasan a constituir una minoría dominante y ésta sólo tiene como fin el conservar el poder, por lo que halaga e "imita" a las masas para buscar su apoyo (ej: los dirigentes durante la decadencia de la República Romana"), con ello se invierte el proceso de imitación y se puede producir una revolución.

Cuando esto sucede, la sociedad entra en un periodo de "cisma social", es decir, la minoría pierde sus vínculos espirituales con las masas, que se refugian en agrupaciones nuevas que surgen de su seno, pese a que las minorías se aferren al poder mediante los fraudes políticos o la fuerza militar. Así sucedió con las masas del Imperio Romano, que acogieron a la nueva religión Cristiana, como un sustituto del liderazgo perdido con la atrofia de la minoría creadora. Y además los agentes externos a la cultura tratan de aprovechar la debilidad de la misma para beneficiarse como en el caso de los Bárbaros durante la decadencia del Imperio Romano.

Pese al colapso de la civilización, las fuerzas del espíritu pueden servir para generar a una nueva sociedad, así ocurrió con el imperio Romano, que sucumbió, pero la Iglesia Católica (Universal) generó la Civilización Cristiano Occidental y la Ortodoxa.

Con todo, el análisis de Toynbee no termina con el pesimismo de Spengler, pues acepta (y desea para la Cristiano Occidental) que el fin de una civilización no es irreversible, sino que puede producirse un verdadero milagro, lo que llama la "Palingenesia", es decir el resurgimiento o renovación de la capacidad creadora, que permita a la sociedad continuar adelante y superar el cisma. La clave para tal resurgimiento de las virtudes creadoras se encuentra en la religión. Este factor explicaría que en el caso de

la civilización cristiano occidental, debería de producirse un resurgimiento del cristianismo, la "sangre de las venas" occidentales (no deja de ser notable, el resurgimiento efectivo que ha tenido la religión luego de la caída el totalitarismo soviético).

FRANCIS FUKUYAMA: (1952-)

Con motivo de los hechos que ponen término al bloque Comunista en Europa Oriental y en especial, con la caída del Muro de Berlín en 1989, este autor publica un breve ensayo que después de algún tiempo convierte en libro: "El fin de la Historia y el último hombre".

Realiza una interpretación moderna del pensamiento histórico-filosófico de Hegel y lo aplica en una modalidad superficial pero muy original.

Su principal postulado señala que hemos llegado al fin de la historia, pero esto no debe ser entendido como la conclusión de la secuencia de acontecimientos del hombre, sino como el término de la evolución cultural e histórica del hombre en determinados aspectos políticos y económicos.

Su argumento es que existe un notable y casi universal consenso, respecto de la legitimidad de la *Democracia Liberal* como sistema de gobierno, la que había surgido en el mundo durante años anteriores, al ir venciendo ideologías rivales como la monarquía, el fascismo y más recientemente el comunismo. La democracia liberal es el "es el punto final de la evolución ideológica de la humanidad", es la forma final de gobierno, y que como tal, "marcaría el final de la historia". Es decir, que mientras las anteriores formas de gobierno se caracterizaron por graves defectos e irracionalidades que condujeron a su posible colapso, la democracia liberal estaba libre de esas contradicciones internas fundamentales. Esto no quiere decir que las democracias estables de hoy, como la Estados Unidos, Suiza o Francia no contuvieran injusticias o

serios problemas sociales, sino que señala que esos problemas se deben a una aplicación incompleta de los de los principios gemelos de libertad e igualdad, en los que se funda la democracia moderna, más que a una falla de los principios mismos. Reafirma su postura señalando, que si bien algunos países en la actualidad no pueden alcanzar una democracia liberal estable y otros pueden recaer en formas más primitivas de gobierno, como la teocracia o la dictadura militar, *no es posible mejorar el ideal de la democracia liberal.*

En materia económica, postula que los principios liberales en economía -el mercado libre- se han extendido y han logrado producir niveles sin precedente de prosperidad material, lo mismo en países industrialmente desarrollados que en países que al finalizar la segunda guerra mundial formaban parte del Tercer Mundo. Señala que la revolución liberal en materia económica ha precedido y a veces seguido la marcha hacia la libertad política en todo el mundo.

Sin embargo, Fukuyama no llega a sostener que entre democracia liberal y economía de mercado deba existir una identificación total y completa. De hecho en un ensayo titulado "Capitalismo y democracia: El eslabón perdido" acepta que formas depuradas de economía de mercado pueden florecer con mayor vigor y éxito bajo regímenes políticos autoritarios o no democráticos.

Con todo su enfoque de la situación presente de la humanidad es claramente optimista. Estima que al haber acabado la confrontación dialéctica por los regímenes políticos y económicos, la humanidad podrá dedicar sus energías hacia un verdadero progreso que será el auténtico y definitivo "Fin" de la Historia.

Fukuyama se apoya en Hegel para afirmar que las luchas dialécticas en lo político y económico han terminado y que el triunfo ha sido el de la racionalidad del hombre. En tal sentido puede hablarse del "último Hombre", el que es perfectamente racional.

Se puede afirmar que para Fukuyama, pese a la gran identificación entre Hegel y Marx, y al contenido anticristiano de sus posturas, es válido el análisis hegeliano, en cuanto existe una confrontación entre sistemas políticos y económicos y sólo la desaparición de las alternativas planteadas por el marxismo en política y economía han despejado el camino hacia la aceptación universal de la democracia y la economía de mercado. En otras palabras, parafraseando a la dialéctica hegeliana, Fukuyama entiende que las "tesis" capitalistas y democráticas, no han sido controvertidas ni influidas por los modelos "antitéticos" del comunismo y la economía centralmente planificada. Ello por cuanto estas últimas fueron construcciones racionales artificiales que pretendieron cambiar sistemas desarrollados naturalmente por la evolución social. Y por ser tales, es decir, artificiales, se destruyeron internamente y las tesis que pretendían combatir resultaron intactas y por ello no susceptibles de ser reemplazadas por nada, sin dar pie a una "síntesis" hegeliana.

Este análisis, se ha demostrado demasiado optimista, al cabo de pocos años. En verdad, parece que la teoría de Fukuyama envejece con demasiada prontitud. Ello, por cuanto es posible observar ciertas inconsistencias en el modelo, que son dignas de destacar:

1. Fukuyama no nos brinda explicación alguna para entender la posibilidad de evolución en el propio capitalismo y la democracia. Hace doscientos años la sola existencia de una República era considerada anormal, pues la forma de gobierno legítima era la monarquía (y además, absoluta). Por ello ¿quien puede asegurar que en 50 o más años no evolucionemos en lo político y económico hacia otros sistemas de organización política y económica distintos de los conocidos hasta hoy?

2. La explicación sobre el término de la historia es de carácter económico y político, pero no aborda otros fenómenos ajenos o que van más allá, como el indigenismo, el ecologismo, etc. Ellos pueden ser efectivamente el "fermento" de nuevos procesos históricos.
3. Finalmente, el modelo de Fukuyama contempla sólo el análisis de las formas puras de capitalismo y democracia y puede controvertirse seriamente el que tales sistemas hayan sido aplicados de tal manera en alguna parte del mundo.

Guía de Trabajo:

- 1.- Señale cuáles son los requisitos para que se hable de "Hecho Histórico".
- 2.- ¿Por qué se sostiene que no puede hacerse "Historia" de hechos muy cercanos en el tiempo?
- 3.- ¿Es la historia una ciencia?
- 4.- ¿Cuáles son los métodos del conocimiento histórico?
- 5.- ¿Cuál es el principal aporte de Savigni y el historicismo a nuestra disciplina?
- 6.- Argumente sobre una posible unificación de la cosmovisión helenista y cristiana de la historia.
- 7.- Por qué San Agustín tiene una visión pesimista sobre la "Civitas humana o diaboli"?
- 8.- ¿Por qué Joaquín de Fiore adopta una división trinitaria de la Historia?
- 9.- Santo Tomás de Aquino, ¿cree en el determinismo o en el libre albedrío? Fundamente su respuesta.

- 10.- ¿Cuáles son las "condiciones ambientales" que llevan a Maquiavelo a sostener el divorcio de moral y política?
- 11.- ¿Cuáles son las etapas que componen el análisis del método científico cartesiano?
- 12.- Compare la tesis de los tres eras de Vico con la ley de los tres estados de Comte. Explique sus semejanzas y diferencias.
- 13.- ¿Por qué Hegel afirma que sin conflicto no hay movimiento o vida?
- 14.- ¿El ateísmo es un elemento esencial o secundario en el Marxismo?
- 15.- ¿Puede existir marxismo sin lucha de clases?
- 16.- ¿Cuáles son las características que Spengler atribuye a las etapas del "verano" e "invierno" en su teoría de las culturas?
- 17.- ¿Qué es la palingenesia?
- 18.- ¿Cuál es la razón para que Fukuyama afirme que no existe alternativa a la economía de mercado?

OBSERVACIÓN: Fundamente sus respuestas en la materia vista y en la bibliografía citada en este apunte.

BIBLIOGRAFIA DE APOYO.

CISNEROS, Frías, Germán, *Teoría del derecho*, México, Trillas, 2001, 167 pp.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, México, Escuela Normal Superior, 2004, 194 pp.

VILLORO Toranzo, Miguel, *Teoría general del derecho*, México, Porrúa, 2003, 169 pp.

UNIDAD 2
LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO EN EL MUNDO
PRECLÁSICO

Margarita Alejandra Ramírez Gil

OBJETIVO PARTICULAR:

El alumno apreciará las aportaciones jurídicas de los pueblos preclásicos, así como sus principales características.

CONTENIDO TEMÁTICO.

Las instituciones que se estudiarán en la presente unidad corresponden a las siguientes civilizaciones: Egipto, Mesopotamia y Persia, los Hititas, la India, China, Israel y Grecia.

Las instituciones que se estudiarán en la presente unidad corresponden a las siguientes civilizaciones: Egipto, Mesopotamia y Persia, los Hititas, la India, China, Israel y Grecia.

De las cuales se hará una breve referencia a su ubicación geográfica e histórica, con la finalidad de que el alumno conozca las características de estas sociedades y comprenda el porque el derecho se aplica de distinta forma de acuerdo a las regiones de estudio.

Las instituciones que se trabajan son las siguientes:

2.1 La familia: su importancia en la organización social de los pueblos de la antigüedad.

2.2 El matrimonio: génesis y evolución.

2.3 El divorcio: características y causales.

2.4 La propiedad: génesis y evolución.

2.5 Régimen sucesorio.

2.6 Los contratos: requisitos.

2.7 El derecho penal: desarrollo características, delitos y penas.

2.8 Los procedimientos judiciales.

Al ser distintas sociedades de estudio, dividiremos la unidad por grupo social y en el contenido de cada una se harán referencia las instituciones de estudio.

EGIPTO:

La civilización egipcia se inicia en el IV milenio a de C. con el descubrimiento del metal y la invención de la escritura en la etapa de la piedra y el bronce.

Los egipcios se establecieron en el ángulo nordeste de África, a orillas del río Nilo.

Organización político social: los primeros pobladores fueron de origen semita y camita; constituyeron 42 nomos o familias, las cuales admiraban las cualidades de algún animal, llamándolos tótem; existiendo así los clanes totémicos, estos clanes estuvieron relacionados con el matriarcado, característica de las familias egipcias y de su sociedad (López Reyes; 1983: 42) La sociedad estuvo ligada con la religión y se demostró en su forma de gobierno, el cual fue socrático.

Matrimonio: el matrimonio entre los nobles egipcios fue obligatorio entre hermanos, además de ser un acto religioso (Ibarra, 2004:31); se admitía la

poligamia, con la excepción de los sacerdotes los cuales poseían únicamente a una sola mujer (González Díaz, 2004:43). En el último milenio antes de Cristo, el matrimonio es monogámico, además de que la esposa puede conservar su patrimonio y goza del derecho a una tercera parte de los bienes gananciales (Margadant, 2005:48).

Propiedad: la tierra era propiedad del faraón, los sacerdotes y los guerreros, los labradores eran sólo arrendatarios (Ibarra, 2004:32).

Régimen sucesorio: En el caso de la corona de Egipto, el faraón era considerado de origen divino, el decidía quien sería su sucesor. En el caso de la población el padre decidía a quien heredar sus bienes y la mujer también podía participar en las sucesiones sobre una base igual a la del hombre (Margadant, 2005:48).

Contratos: los contratos se celebraban por escrito, en presencia de muchos testigos y se registraban públicamente. Los registros públicos tenían datos sobre la propiedad inmueble (Margadant, 2005:48), las transacciones comerciales se hacían por permuta (López Reyes, 1983:47).

Derecho penal: no existía un código escrito, pero los gobernadores de los distritos y concejeros locales juzgaban según la costumbre y había tribunales de apelación, se estudió el conflicto entre los derechos del grupo y del individuo (López Reyes, 1983:47); la justicia era severa, de las deudas se recurría a los bienes y no a la persona y los intereses atrasados no podían exceder del monto del capital.

Procedimientos judiciales: durante la 5ª Dinastía hubo jueces de carrera, una corte suprema, un procedimiento escrito y archivos judiciales; paralelamente existía una justicia fiscal especializada. Hubo tribunales locales, dos cortes superiores y la suprema corte del faraón, con un ordenado sistema de apelaciones. Se dio la tortura, aplicada inclusive a los testigos inocentes para ayudarlos a apegarse a la verdad, y la evidente existencia de

una llamativa corrupción judicial, sugieren un procedimiento con muchos defectos (Margadant, 2005:48).

PERSIA Y MESOPOTAMIA:

Mesopotamia quiere decir “lugar entre dos ríos”, ya que se encontró entre el Tigres y el Eufrates, en el continente asiático, actualmente Irán. Fueron sucedidos por los persas, los cuales no pudieron elaborar una cultura original, pero continuaron la civilización mesopotámica.

Organización social: Mesopotamia fue la cuna de los pueblos sumerios y acadios, que se establecieron en la caldea y se dedicaron a la agricultura, formando ciudades, estados y más tarde imperios.

Matrimonio: el matrimonio no es estrictamente monogámico; si la esposa era esclava debía dar al esposo una esclava con la cual éste procreaba hijos legítimos (Margadant, 2005:44). Otro autor hace referencia a que el matrimonio es monógamo prohibiéndose las uniones fuera de el, y únicamente cuando después de casada durante 9 años, la mujer no ha tenido hijos se le permitía al hombre casarse con otra además de la primera (González Díaz, 2004:48).

Divorcio: fue regulado por el código de Hamurabi, una causa de éste era el adulterio, el cual era castigado con la muerte, aunque se podía conceder amnistía otorgada por el marido o el rey, además el hombre tenía la facultad de repudiar su mujer, salvo que la mujer estuviere enferma. Si la mujer quería terminar el matrimonio debía comprobar una buena causa de divorcio (Margadant, 2005:44).

La propiedad: cuando el rey de Babilonia Hamurabi se convirtió en dueño de Mesopotamia, trató amistosamente a las regiones conquistadas y estableció en esa región un socialismo de Estado, apoyó a los campesinos y

artesanos en contra de los sacerdotes y los señores feudales, repartió las tierras de los templos entre los pequeños campesinos y controló el comercio; a su muerte sus reglas se convirtieron en letra muerta (Margadant, 2005:42).

Régimen sucesorio: el patrimonio fue protegido ampliamente.

Los contratos: se regulaban los contratos de comisión, prestación de servicios y arrendamiento. Las relaciones entre comerciantes y comisionistas o porteadores eran minuciosamente reglamentadas. Todo comprador debía tener en cuenta la reputación del vendedor, ya que prevalecía el principio de que el comprador, poseedor de buena fe no estaba protegido contra la reivindicación por parte del verdadero propietario. Los contratos debían hacerse con testigos, a la luz de una plena publicidad; si no se observaba tal publicidad, el comprador de una cosa robada corría el riesgo de ser equiparado a un ladrón y de ser muerto. Las concesiones otorgadas por el rey a los altos funcionarios militares quedaban fuera de comercio (Margadant: 2005:43).

Derecho penal: es primitivo, una mezcla de la ley del Talión con ciertas composiciones, diferenciadas según el rango social de las personas de quien se trate. El juicio de Dios figuraba entre los medios probatorios. En este derecho penal, tan simple y severo, gran parte de las disposiciones terminan lacónicamente con el retornado de Idak o sea: “será matado”. Sin embargo ya se hace una distinción entre el delito intencional y el meramente culpable (Margadant, 2005:44)

Procedimientos judiciales: la función judicial pasa de sacerdotes a laicos, pero el derecho sirvió para consolidar el poder en las clases privilegiadas. El llamado juicio de Dios era considerado como medio contundente de prueba, pero en realidad se demostraba la fuerza o la habilidad pero no la verdad, la justicia o la razón (Ibarra, 2004:34).

LOS HITITAS:

Se ubicaron en Asia Menor.

Organización social: fueron de raza indogermánica, y en su grupo familiar se presentó un matriarcado.

Matrimonio. Es relativamente monogámico, y también existieron los matrimonios entre hombres, y se vacila entre dos sistemas opuestos de dote, uno era que se pagara al suegro un precio, o bien, que el suegro entregue una dote al yerno. Existe el levirato (obligación de contraer matrimonio con la viuda del hermano mayor difunto, cuando éste no había dejado herederos, junto con la ficción de que el próximo hijo de la viuda es del difunto) (Margadant, 2005: 49).

La propiedad: la propiedad pertenece al rey, a los señores feudales, ya que existía una sociedad con señores y siervos.

Régimen sucesorio: El rey elige a su sucesor, pero en el código hitita falta regular la materia sucesoria.

Los contratos: No se encuentra regulada la compraventa.

Derecho penal: el asesinato da lugar a relaciones jurídicas entre la familia de la víctima y la del culpable, la primera tiene que decidir si prefiere tomar venganza o recibir dinero. En el caso del adulterio, el marido engañado no mate a los culpables encontrados in fraganti, la decisión acerca del castigo corresponderá al rey. Prevalece la Ley del Talión (Margadant, 2005:49).

No se admiten las mutilaciones atroces ni prodiga la pena de muerte, pero se castiga con pena capital el rapto y los delitos sexuales (González Díaz, 2004:51).

Procedimientos judiciales: la justicia fue administrada democráticamente por jurados locales, pero para asuntos más importantes, representantes

itinerantes del rey aseguraban la calidad técnica y la uniformidad de las decisiones.

LA INDIA:

Se ubica en el corazón de Asia, tiene la forma de un triángulo que limita al norte con la cordillera del Himalaya y el Indo-Kush, constituyendo un verdadero mosaico de pueblos; está irrigada por el Indo y el Ganges (López Reyes, 1983:75).

Organización social: los primeros pobladores eran llamados daysus (de tez morena), después de la entrada de la raza aria en el siglo II a. C., los grupos de familias se dividieron en castas, las cuales fueron llamadas con nombres totémicos, relacionados con animales sagrados, y se dividen en linajes, dejando al último a los sometidos (López Reyes, 1983:77).

Matrimonio: este se realizaba entre miembros de una misma casta, no aceptaban matrimonios entre miembros de distintas castas; existió la poligamia y la mujer fue sometida al hombre.

Divorcio: Las leyes de Manú no hacen referencia a esta institución.

Propiedad: Se dieron algunas donaciones de tierra, y se hace una minuciosa relación de disposiciones sobre indemnizaciones por daños en la propiedad.

Régimen sucesorio: estas son mencionadas en el Libro IX del código de Manú.

Contratos: En el libro VIII se hace referencia a las obligaciones y los contratos.

Derecho Penal: la aplicación del castigo requiere suma equidad y una gradación de las penas desde la simple reprehensión hasta el tormento, hay

penas pecuniarias, de muerte, corporales, de honor y de libertad las cuales se distinguían de acuerdo a la casta a la que pertenecía el culpable.

Procedimientos judiciales: En la organización judicial no se da una separación entre lo civil y lo criminal. Existe la prueba testimonial y en ocasiones “la verdad no podía ser descubierta de otro modo que por ordalías (sentencia divina)” (González Díaz, 2004:63).

CHINA:

Se encuentra situada en Asia Mayor. La región donde se localiza está limitada al norte por el desierto de Gobi y Mongolia, al sur por el mar de China y las selvas de Indochina, al este por el mar Amarillo y el mar de China y al oeste por las montañas del Tibet y el Turquestán (López Reyes, 1983:62).

Organización social: los chinos se caracterizan por ser una cultura en donde la familia es la base de la sociedad, el poder del padre es muy grande y podía hasta vender a sus hijos o azotarlos hasta matarlos sin justificarlo, la mujer se encuentra sometida al hombre (González Díaz, 2004:75).

El sentido familiar y también patriarcal de la administración de la cosa pública y del gobierno de los particulares, imprimió un sello indeleble a la legislación china y le dio rasgos característicos. Los rasgos fundamentales de la organización social y política adolece del defecto capital de que todo su ordenamiento legal parte del absurdo de equiparar el “principio de familia” a la vida política que se traduce en aparente patriarcalismo hasta la tiranía mas ignominiosa (Goldstein, 1964: 61).

Matrimonio: el matrimonio se contrae en forma de compra-venta, es un régimen monogámico, pero el hombre puede legalmente tomar tres

concubinas, cuyos hijos se equiparan con los de la primera esposa legítima. El matrimonio tiene como finalidad la procreación.

Propiedad: el emperador era el único propietario de las tierras, y a él le correspondía el derecho de repartirla entre los particulares, los cuales tenían la obligación de dar al emperador una décima parte de lo obtenido con la explotación de la tierra (González Díaz, 2004:75).

Régimen sucesorio: la herencia esta organizada atendiendo principalmente a la unidad de la familia y es esencialmente intestada.

Contratos: regularon la actividad comercial, se crearon comunidades de comerciantes o mercaderes extranjeros (López Reyes, 1983:65).

Derecho penal: eran rígidos en la aplicación de sus penas, no existió una distinción entre la pena y la indemnización civil, ni la composición o cancelación de la prisión por dinero, siendo principio y esencia de toda legislación penal la disciplina y el castigo (Goldstein, 1964:63).

ISRAEL:

Se ubicaron en el valle del Jordán, en Palestina, el cual se extiende por cientos de kilómetros, en él se encuentran los lagos Tiberíades y el mar Muerto. Este valle era el paso obligatorio para ir de Egipto hacia Mesopotamia. En este valle se ubicaron los hebreos “el pueblo escogido” como ellos mismos se denominaban, y Palestina fue la “tierra prometida”.

Organización social: las tribus de Israel las cuales mas tarde constituirían la nación judía, eran de origen asiático, semitas de raza. Los hebreos fueron pueblos pastores que dificilmente se hicieron sedentarios, la familia era considerada patriarcal. El patriarca tiene el poder absoluto sobre la familia, es padre, educador, magistrado, pontífice y soberano (López Reyes, 1983:71).

La familia estaba basada en la poligamia y existía la posibilidad de repudiación a causa de vicios notables (Margadant, 2005:51).

Matrimonio: Los hebreos podían tener varias esposas, además de que se practicaba comúnmente el levirato. También se permitía la familia monogámica (Ibarra, 2004:37).

Divorcio: el concepto de divorcio no era común, pero se presentaba el repudio, el cual consistía en que si un hombre toma una mujer, y es su marido, y esta no le agradaba porque había notado en ella algo torpe, escribía un libelo de repudio y poniéndoselo en la mano, la mandaba a casa (González Díaz, 2004:83).

La propiedad: existió la propiedad individual de los animales pero no la territorial, esto porque eran un pueblo de pastores y emigraban constantemente (López Reyes, 1983:71).

Las tribus delimitaban tierras de recorrido para que sus animales pastaran, el dominio del grupo nómada estaba determinado por la situación de los puntos de agua, los cuales eran compartidos entre las tribus; se podría decir que tenían una propiedad colectiva (González Díaz, 2004:80).

Régimen sucesorio: los bienes del padre eran dejados al primogénito varón, pero si moría sin hijos varones, estos pasaban a ser de la(s) hija(s), si no existía hija(s), pasaba a sus hermanos de heredad. Si no tenía, se dejaría a los hermanos de su padre, y si no hay hermanos de su padre, pasaban la heredad al más próximo pariente de la familia (González Díaz, 2004:86).

Contratos: los hebreos eran un pueblo de comerciantes. Si un miembro de la sociedad necesitaba un préstamo, el eventual acreedor no debía tomar en consideración la eventual cercanía del 7º año. El embargo no podía recaer sobre ciertos objetos necesarios al deudor, entre ellos no podían cobrar intereses. Cada 50 años se anulaban retroactivamente las operaciones de compra-venta respecto de inmuebles rurales (Margadant, 2005:50).

Derecho penal: se distinguía entre pecados por ignorancia y malicia. Se castigaban los siguientes delitos: prostitución; pederastia; adulterio, el cual se castigaba con la muerte; el homicidio, también se castigaba con la muerte; el robo, tenían que reponer cinco veces lo robado; la corrupción y el falso testimonio, los que incurrieran en este delito eran castigados con la pena que estaba destinada a la persona acusada (González Díaz, 2004:85).

Procedimiento judicial: los sacerdotes eran los jueces supremos, un solo testigo no era suficiente, la sentencia se apoyaba en dos o tres testigos. En materia privada cada pater familias tenía que observar que se cumpliera con la ley dentro de su hogar; en caso de pleitos entre dos familias, funcionaba como arbitro un concejo de vecinos ancianos. No hubo jueces estatales para las controversias civiles (Margadant, 2005:51).

GRECIA; ATENAS Y ESPARTA:

Los indoeuropeos del sur penetraron a la Península Balcánica y a las islas del mar Egeo; comprendían varias tribus, aqueos, eolios, jonios y dorios. Hacia el año 1200 a. C. llegaron otros grupos helénicos y ocuparon la península y las islas (López Reyes, 1983:79).

Organización social: se impuso la organización patriarcal. Era una sociedad estratificada, en donde el surgimiento de familias importantes que decían descender de héroes míticos o personajes semidivinos fue otro de los fenómenos comunes a las polis griegas. El origen de estas familias se remontaba a siglos anteriores al VIII a.C., cuando las circunstancias no favorecían una diferenciación social tajante (Flores, 1999:56). Hay una regulación en el derecho de familia, se dio el término de bienes parafernales, aplicado a los bienes pertenecientes a la sposa pero separados de la dote (Margadant, 2005:75).

Matrimonio: el matrimonio era monogámico, pero combinable con concubinatos reconocidos y socialmente respetados, cuyos hijos, empero, debían contentarse con porciones hereditarias inferiores a las de los hijos legítimos (Margadant, 2005:73).

Los matrimonios eran concertados por las familias, y la mujer aportaba una dote. Se casaba muy joven y estaba obligada a guardar fidelidad a su marido, pues de lo contrario éste podía repudiarla (Grijalbo, 1999:60).

Divorcio: los esposos podían repudiar a la esposa en caso de infidelidad, además el divorcio se daba por infecundidad o malos tratos a la mujer (Ibarra, 2004:39).

La propiedad: Existió una copropiedad familiar respecto a la tierra. Subsistió el sistema económico agrícola al lado de la economía comercial. Los campesinos fueron cargados cada vez con impuestos mayores, lo que determinó el abandono de la agricultura y al final la ruina de los estados helenísticos que fueron dominados por Roma (López Reyes, 1983:84).

Régimen sucesorio: Los hijos de las concubinas recibían porciones inferiores a la heredadas a los hijos legítimos.

Contratos: en los préstamos se usó el término quirográfico (reconocimiento de una deuda por puño y letra del deudor), con el tiempo esta denominación llegó a significar el reconocimiento de una deuda no garantizada mediante prenda o hipoteca. Aparece también la figura del anatosismo (cálculo de interés sobre interés). Los griegos se desarrollaron el tema de las obligaciones y los contratos de una manera importante. Nació también la institución de la “avería gruesa” (reparto del daño sufrido por un comerciante entre todos los que reciben el provecho nacido de tal daño, cuando haya sido necesario sacrificar la mercancía de uno, para salvar el barco y la mercancía de los demás), el derecho marítimo griego influyó en el derecho romano (Margadant, 2005:75).

Este tipo de obligaciones como la avería gruesa subsisten en la actualidad en el derecho marítimo mexicano.

Derecho penal: en Grecia se practicó la ley del Talión, para el caso de homicidio hay un derecho de venganza a favor de ciertos parientes de la víctima, este derecho puede ser sustituido por la composición voluntaria (Margadant, 2005:73).

Procedimientos judiciales: En materia procesal encontramos la apuesta que precede al arbitraje por el jefe político, o bien por un concejo de ancianos. Existían tribunales como jurados populares.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Elaboración de ensayos, los cuales tendrán como tema a desarrollar una de las culturas que se estudiaron en la presente unidad.

Lectura de uno de los textos sugeridos por el docente.

Exposición en equipo de una de las culturas analizadas en la unidad.

AUTOEVALUACIÓN.

El alumno completará el siguiente cuadro para reforzar lo aprendido en la unidad:

CIVILIZACI-ÓN	UBICACI-ÓN GEOGRÁFICA	ACTIVIDADES ECONÓMICAS	RELIGIÓN Y SOCIEDAD	GOBIERNO	DERECHO
---------------	--------------------------	---------------------------	------------------------	----------	---------

EGIPTO					
PERSIA Y MESOPO- TAMIA					
HITITAS					
INDIA					
CHINA					
ISREAL					
GRECIA					

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, México, Escuela normal superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

LÓPEZ Reyes, Amalia, et. al., *Nuestro mundo 2*, México, Continental, 1983, 222 pp.

MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia general del derecho*, México, Porrúa, 2005, 483 pp.

GRIJALBO, *Enciclopedia temática, historia I*, Colombia, Norma, 1999, 350 pp.

CALDWELL, Taylor, *Gloria y esplendor*, México, Grijalbo, 1983, 719 pp.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, 1024 pp.

UNIDAD 3

EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO EN LA ÉPOCA CLÁSICA

Ma. Ovidia Rojas Castro y Teresa M.G. Da Cunha Lopes

OBJETIVO PARTICULAR:

El alumno conocerá las ideas jurídicas de los filósofos más importantes de la época clásica, las cuales sirvieron como base para algunas instituciones jurídicas importantes.

CONTENIDO TEMÁTICO.

3.1 SÓCRATES: SU PENSAMIENTO ÉTICO-JURÍDICO.

Sócrates (Alopeke, Ática h. 470 – Atenas 399 a. C.), enseñó en Atenas y no cobraba por impartir sus doctrinas. Escogió como ámbito de enseñanza los lugares públicos y se propuso sacar a la luz lo mejor de los individuos mediante la Mayéutica (Grijalbo, 1998:884), entre sus célebres palabras encontramos “sólo sé que nada sé” y “¡conócete a ti mismo!”, fue condenado a beber la cicuta después de haber sido acusado de corromper a la juventud (López Reyes, 1983:85).

Su pensamiento ético fue fundamentalmente moralista, determinando que la moral consiste en el conocimiento del bien. Aceptó la existencia de normas de conducta de validez absoluta, que todos pueden conocer si se interrogan a sí mismos o contrastan sus juicios con los ajenos, con buena voluntad (González Díaz, 2004:97).

Opinó que la ciudad y sus leyes son necesarias y responden a la naturaleza humana. Postuló la obediencia a las leyes como un deber fundamental del hombre, aún en el caso de que la ley sea contraria a los intereses personales (Ibarra, 2004:40).

3.2 PLATÓN: SU CONCEPCIÓN DEL DERECHO, DEL ESTADO Y LA JUSTICIA. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO.

Platón (¿Atenas? 427 – Atenas 348 a. C.), filósofo griego de origen aristocrático, fue discípulo de Sócrates, en el año 387 a. C. fundó en Atenas la Academia, en la cual se dedicó a enseñar a la vez que escribía y publicaba sus diálogos. Creó un nuevo género filosófico, el diálogo, que utilizó para exponer diversos problemas con vivacidad, mediante una combinación de discurso racional y lenguaje poético. Se orientó hacia el método dialéctico, mediante el cual el alma puede elevarse de las apariencias a las esencias o arquetipos, modelos inmutables de los cuales la realidad sensible no es más que un pálido trasunto (Grijalbo, 1998:736).

Su filosofía jurídica y política es el postulado de la vida virtuosa. Según él la fuente del *derecho* es la idea como el origen de todo, es la idea de justicia como principio fundamental y esencia del derecho, su fin y consecuencia, de otra manera el derecho creado por el hombre es una forma imperfecta de participación en la idea de justicia (González Díaz, 2004:104).

La ley es justa por naturaleza. La *justicia* para Platón se podría lograr a condición de que cada clase social realice su función propia sin amenazar el equilibrio general ni intentar cumplir funciones que no le corresponden. Que cada clase cumpla pues con la virtud que le es privativa, que los filósofos piensen, los guerreros luchen, los obreros trabajen para los filósofos y los guerreros.

En su libro *La República*, menciona cinco formas de gobierno, de las cuales sólo una es justa y legítima: la del gobierno de los sabios, o sea, la aristocracia; las otras son la timocracia o la timarquía (usurpan el poder supremo los guardianes), oligarquía (vincula el poder a la fortuna), democracia (el gobierno de la multitud desembocando en el desorden).

En el libro *El Político* menciona tres formas de gobierno legítimas y tres formas ilegítimas:

Legítimas: monarquía o realeza (la considera como la mejor), aristocracia, democracia (la considera como la peor forma de gobierno legítima).

Ilegítimas: Tiranía (es considerada la peor) oligarquía, democracia turbulenta o demagogia (es considerada la mejor de las tres formas ilegítimas).

(González Díaz, 2004:107).

3.3 ARISTÓTELES: SU CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y SU CLASIFICACIÓN DE JUSTICIA.

Aristóteles (Estagira, Macedonia 384 – Calcis, Eubea 322 a.C.), filósofo griego, discípulo de Platón en Atenas, años más tarde fue preceptor de Alejandro Magno. En el año 335, fundó el Liceo o escuela peripatética, donde se alejó de las doctrinas de Platón y creó una basta obra en la que se contenía todo el saber de su tiempo. A diferencia de la doctrina platónica, interpreto la idea como fuerza actuante (entelequia) y adoptó una postura empírica y naturalista (Grijalbo, 1998:60).

En su concepción del *derecho*, acentuaba el carácter educativo del mismo para el desarrollo de la vida de los hombres, toda creación de la ley deberá interpretarse en función del fin último.

En su teoría de la *justicia* opina que ésta equivale al ejercicio de todas las virtudes. Es una virtud ética particular en la que se da igualdad como fundamento de la cohesión y armonía en la vida social. Divide a la justicia en:

Distributiva: la cual tiene por objeto el reparto de honores y bienes en la comunidad y exige que cada cual perciba de acuerdo con sus méritos. Ordena las relaciones entre la sociedad y sus miembros.

Correctiva o sinalagmática: no mira a las personas n primer término, sino a las cosas.

Cuando interviene en la justicia como elemento principal la voluntad de los interesados se le llama *justicia conmutativa*; y se le llama *justicia judicial* cuando se impone incluso contra la voluntad de uno de ellos por decisión de un juez, como sucede en el castigo de un delito (González Díaz, 2004:113).

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

El alumno realizara la lectura de los textos sugeridos por el docente.

Se presentarán ensayos de las lecturas realizadas.

Exposición al grupo sobre los aspectos más importantes de las lecturas realizadas.

AUTOEVALUACIÓN.

- 1° ¿De qué manera concibe al Derecho Sócrates?
- 2° ¿Cuál era su pensamiento ético?
- 3° ¿De qué manera presentaba al derecho Platón?
- 4° ¿Cómo Platón dividía a las formas de gobierno?
- 5° ¿Cuál es la definición de derecho presentada por Aristóteles?
- 6° ¿Cómo clasificaba a la justicia Aristóteles?
- 7° Menciona la definición de Cicerón sobre el derecho natural.

3.4 EL PENSAMIENTO JURÍDICO EN ROMA

Introducción:

La cuna o matriz de la cultura Cristiano Occidental es Roma (junto a Grecia). La República Romana es la que conquista Iberia de poder de Cartago. El Imperio es el que unifica el status jurídico de los habitantes de la Península concediéndoles la ciudadanía romana. Es Roma la que, asimismo, unifica la cultura, absorbiendo a los distintos pueblos sujetos a su dominio (dentro de los cuales están los ibéricos o habitantes de las Hispanias); es igualmente Roma la que adopta el cristianismo como religión oficial y es Roma la que nos lega los principios de organización jurídica a través de su magno Derecho (Que es la base de la organización jurídica Europeo continental y de Iberoamérica).

El ideal político cristiano de la Edad Media es nada más ni nada menos que la reconstitución del Imperio Romano Universal, cuya misión (en una perspectiva milenarista) consistía en preparar la segunda venida del Salvador a quien el Emperador Romano, entregaría las llaves del mundo.

En fin, nuestra cultura sería imposible de explicar sin la intervención de Roma.

Por esto resulta de toda lógica estudiar el desenvolvimiento y desarrollo histórico de Roma y de sus instituciones como una forma de entender las razones que llevan al establecimiento de una cultura universal.

A la vez debe considerarse que siendo Roma la base de las instituciones jurídicas que florecen en el sucesor reino de Castilla, su influencia se proyecta directamente hacia Chile por ser Castilla la que transplanta dichas instituciones jurídicas a nuestro suelo.

Etapas de desarrollo de Roma

Hablar de la Historia de Roma implica precisar las diferentes etapas por las que atraviesa la civilización latina desde sus remotos orígenes hasta sus últimos días.

Para tratar este tema es usual (y es lo que aquí haremos) dividir la historia de Roma en dos vías paralelas:

La Historia Política y la Historia Jurídica de Roma

Desde el punto de vista de la Historia Política de Roma, la división tradicional distingue entre:

- a. Monarquía (desde 754 o 753 a.C., año de la Fundación de la Urbe, hasta la caída del trono de Tarquino el Soberbio en el 509 o 510 a.C.)
Corresponde a una época más o menos mítica, que se inicia con la Fundación de la Urbe en el "Septimontium" o siete colinas del Lacio, y se caracteriza por la oscuridad de su historia política y social. La ciudad está limitada por sus propias murallas y debe enfrentarse permanentemente a las agresiones de sus vecinos más avanzados y poderosos en el plano militar. La Pirámide política y social está encabezada por el Rey y la nobleza o patricios. Culmina con el destierro del último rey de origen Etrusco, Tarquino el Soberbio en 510.
- b. República (desde 510 a.C. hasta el 27 d.C, con la ascensión al poder de Octavio Augusto). Este periodo se examina detenidamente en la siguiente sección.
- c. El Imperio (desde el 27 a.C. hasta el 476 en que cae el Imperio de Occidente):

Este periodo suele subdividirse en las siguientes sub-etapas:

1. El Principado (Desde el 27 a.C. al 235 d.C. con la muerte del último de los Severos, el emperador Alejandro; Durante este periodo se guardan las formas republicanas, pero despojadas de sustancia. Es decir, desde el ascenso de Octavio al poder (no tuvo el título oficial de Emperador. El primero en acceder a esa dignidad es su sucesor y sobrino Tiberio) y su victoria en Actio frente a Marco Antonio y Cleopatra, le convierte en el amo del mundo romano, pero formalmente el Senado sigue conduciendo el proceso político, aunque en la práctica se limita a ratificar los Edictos del Príncipe o Emperador.
2. El Dominado (Desde el 235 d.C. al 337 d.C. con la muerte de Constantino el Grande) y; En esta etapa ha habido un cambio conceptual en la concepción del gobierno y el Imperio adopta las formas políticas orientales, es decir, el Emperador es revestido de atributos absolutos y el Senado y los demás órganos dejan de tener un papel activo en la política, para pasar a ser cuerpos de representación simbólica o consultivos. La Corte Imperial adopta las costumbres del oriente y el Emperador asume un papel divino o sagrado. Curiosamente es un periodo repleto de intrigas y complots, que acaban con la vida de muchos emperadores, de manera violenta las más de las veces.
3. El Bajo Imperio (Desde el 337 d.C. al 476 d.C. con la deposición del último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo por Odoacro, rey de los Hérulos). Este periodo se caracteriza por la fragmentación del poder imperial. Son frecuentes los casos de varios emperadores simultáneos. La unidad política del imperio se disloca, pues es dividido en forma más o menos permanente en dos amplias secciones: Occidente con Capital en Roma y Oriente con centro en Constantinopla. A veces la división es aún mayor, como sucedió con los sucesores de Constantino que fueron 5. Desde Teodosio el Grande se produce la división permanente entre Oriente y Occidente y la

presencia cada vez más acentuada de los bárbaros en las debilitadas fronteras del Imperio hace que este empiece a colapsar. La penetración de estos pueblos germanos en el mundo romano es gradual y lenta, pero a inicios del siglo V adquiere un carácter violento: El saqueo de Roma en 410 por Alarico, rey de los visigodos constituye un presagio de los tiempos de descomposición que vendrán. Al final del Imperio occidental sólo queda una parte de la península itálica y esta cae con la llegada de Odoacro, un bárbaro de origen hérulo que depone al último emperador, un niño de 14 años cuyo nombre resulta paradójico: Rómulo Augústulo (une los nombres del primer rey y primer príncipe emperador romano).

4. Bizancio (desde el 330 a.C. con la fijación de la ciudad Capital en Constantinopla hasta 1453 en que Constantinopla cae en poder de los Turcos Otomanos). Cuando Constantino decide fundar una nueva capital en Oriente y elige a la antigua ciudad de Bizancio, rebautizada Constantinopla como centro de expansión política, provoca un desplazamiento de las energías y fuerzas políticas que dejan a Roma en una situación de más inestabilidad. Sin embargo la nueva ciudad y su porción del imperio, sobreviven y se desarrollan para formar una nueva sociedad más rica y compleja que la que le dio origen: El Imperio Bizantino. Decenas de gobernantes se suceden en un imperio que sabe combinar por más de 12 siglos la fuerza militar, la riqueza comercial y las armas de la diplomacia. Sólo a mediados del siglo XV, frente al desafío del poder del turco, Bizancio, extenuada por largas guerras y, sobre todo, por conflictos internos, cae en poder de éste pueblo asiático convertido al Islam.

Cabe destacar que durante más de un siglo Roma y Constantinopla comparten el mundo romano y la separación en Imperio Occidental y

Oriental, como se ha dicho, viene sólo desde la muerte de Teodosio el Grande (en 395).

En cuanto a la cronología y división de la Historia Jurídica de Roma, es de general aceptación la siguiente clasificación del prof. Álvaro D'Ors:

- a. Época Arcaica: (Desde la Fundación de la Urbe hasta el surgimiento del Derecho de Juristas, en 130 a.C.) Coincide con la Monarquía y gran parte de la República. En este periodo el Derecho se basa en las llamadas "*mores maiorum*", las costumbres de los antepasados. Es un derecho primitivo, no escrito y basado en las estipulaciones de lo que es justo según los mayores. El Derecho no se vincula a la autoridad política, sino a la creación de la propia comunidad). Luego de una larga evolución se codifica y fija por primera vez en la llamada Ley de las XII Tablas o Decenviral (nomenclatura motivada por la denominación del colegio de magistrados encargados de su redacción; los decenviros o diez varones). El texto original de estas leyes nos es desconocido, pero se han conservado algunas referencias y citas posteriores que se refieren a su contenido esencial. En cuanto a su estructura, las 10 primeras fueron obra del primer colegio reunido alrededor del año 451 a.C. y las 2 restantes (llamadas leyes "inicias" por prohibir el matrimonio entre patricios y plebeyos) obra de un segundo colegio reunido en 449. Es con la dictación de estas leyes, que se da inicio a una progresiva tarea de interpretación y creación jurisprudencial, por parte del Colegio de los Pontífices que interpretan el Derecho.
- b. Época Clásica: (Desde el 130 a.C. al 230 d.C.), coincide en líneas generales con la última fase de la República y el Principado y se divide a su vez en 3 sub-etapas:
 1. Primera época clásica (Desde el 130 a.C. al 30 a.C.) En este periodo, que se inicia con la adopción del "Agere per formulam" por la lex

Ebucia, se desarrolla el Derecho Clásico Jurisprudencial y termina con la generalización del procedimiento formulario.

2. Alta época Clásica (Desde el 30 a.C. al 130 d.C.) Este periodo se caracteriza por el desarrollo de las escuelas de jurisprudentes, que alcanzan su máximo desarrollo. Culmina con la fijación del Edicto Pretorio.
3. Época Clásica Tardía (Desde el 130 d.C. al 230 d.C.) En esta etapa decae y termina desapareciendo la escuela de los juristas y hacen su aparición como fuente casi exclusiva de derecho, las Constituciones Imperiales.
- c. Época Postclásica: (Desde el 230 d.C. al 530 d.C.)

Este periodo coincide con el Dominado y el Bajo Imperio (en Occidente). Se extiende desde la desaparición de los juristas hasta la fijación de la totalidad del Derecho Clásico en los cuatro elementos del Magno Corpus Iuris (Civilis) del emperador Justiniano, en 530.

La República romana, cuna de Hispania

Bien sabemos que la expansión de la cultura y las instituciones romanas es un fenómeno claramente republicano. La monarquía no tuvo fuerzas para iniciar un proceso de alcances tan vastos (Su desarrollo coincidió con la época dorada de la expansión helénica y las conquistas de Alejandro Magno) y el Imperio sólo se limitó a ampliar y consolidar esta expansión, cuestión en lo que no logró ser permanente.

Es pues, preciso, estudiar las características de este periodo en especial, con el fin de entender cuales eran los propósitos que animaban a aquellos romanos que desembarcaron con Cneo Escipión en Iberia, en el año 218 a.C.

a fin de enfrentarse a las fuerzas de Aníbal y Asdrúbal Barca, es decir a las armas de Cartago.

Ya hemos indicado que la República se inicia con la caída del último rey etrusco, Tarquino el Soberbio, quien fue despojado de la corona debido a sus propios fallos y errores. Desde entonces, los romanos se enorgullecían de no aceptar que nadie pudiese llamarse a sí mismo "REX". Los mismos emperadores se guardaron mucho de apropiarse de la denominación de Rey, precisamente por las susceptibilidades del pueblo (cuyas tradiciones eran un elemento siempre a considerar por parte de los políticos de la época). El propio César perdió la vida en su intento frustrado de acceder a la realeza.

De allí que el tema de quien gobierna en la República es de capital importancia. Y debe ser ponderado con relación a los principios y virtudes cívicas que dieron forma al gobierno romano en este periodo.

Desterrados los reyes, se reformó el sistema de gobierno.

El poder ejecutivo pasó a los Cónsules, electos por la mayoría del Senado de entre sus miembros o ciudadanos de rango ecuestre. Duraban un año en funciones y encabezaban las deliberaciones del Senado y asumían la dirección de los negocios públicos. Sus atribuciones son amplias y muy variadas.

Pero es el Senado, esa antigua institución política formada con los albores de la ciudad, quien es el órgano central de la nueva estructura política. Es un cuerpo colegiado formado por Senadores (los ancianos, en terminología griega), elegidos de entre las familias de la aristocracia y del orden ecuestre, que asumían funciones fiscalizadoras de los cónsules, la tarea de elaborar las leyes y altas funciones judiciales (como suprema cámara de apelaciones).

El Senado es entonces, el supremo órgano político de Roma. En este periodo se componía de 300 integrantes de elección popular y mandato quinquenal, representantes de las 300 gens o familias de la aristocracia. Pero

con el curso de los años fue aumentando hasta alcanzar 350 miembros y se admitió la participación de plebeyos que se hubiesen desempeñado en magistraturas públicas titulares. En tiempos de César la *lex Iulia* aumentó su número a 900, pero a la muerte del prócer se volvió a los 350 habituales.

Bajo el Senado y los cónsules se encontraban la totalidad de los restantes magistrados romanos, entre los que destacaban los tribunos. Éstos estaban encargados de representar ante el gobierno los intereses de los órdenes sociales a los que representaban, con especial importancia del tribuno de la plebe, que tenía poder de veto frente a toda *Lex* que contrariase los intereses de los plebeyos.

Además estaban los magistrados de justicia, encabezados por los pretores de ciudad, los cuestores, ediles y municipales, que encabezaban los órganos colectivos del *Municipium Romano*.

El Senado desaparece durante la Invasión Bizantina comandada por Belisario, quien por orden del emperador Justiniano, invade Italia a fin de reconquistar Roma de manos de los ostrogodos. Durante los meses posteriores al fracaso de la toma de Roma por los godos, los senadores huyen a Sicilia, pero sus embarcaciones son diezmadas por una tormenta en el estrecho de Mesina y se ahogan, con lo que termina la institución que duró más de 1000 años.

En torno a la institución senatorial giraba toda la estructura política de la República.

Especial importancia tuvieron los magistrados denominados "pretores", encargados de la administración de justicia para los ciudadanos. Su función más importante era la de fijar el "Edicto Pretorio" es decir aquellas normas conforme a las cuales se adecuaría el proceso ante su estrado. Esta facultad fue el origen de la fructífera creación jurisprudencial del derecho que tuvo lugar en este periodo del desarrollo de las instituciones jurídicas romanas.

Bajo el Senado y los magistrados se encuentran las asambleas o comicios, que en un comienzo se organizan por curias o tribus y más tarde adquieren la forma de consultas populares o plebiscitos (la opinión de la plebe).

Esta organización política se sintetiza en la conocida divisa "SPQR", que encabezaba los estandartes de las legiones romanas, bajo las águilas imperiales: *Senatus et populusque romanus*": El Senado y el Pueblo de Roma. En su nombre gobiernan los magistrados y por él se dictan las leyes. Ésta es la esencia del régimen republicano: Un gobierno del pueblo y de los líderes de las clases superiores, basado en una alianza equitativa y mutuamente ventajosa.

Virtudes republicanas, honor de romanos

La República fue asimismo, una cuna de virtudes cívicas y mientras éstas florecieron, Roma disfrutó de un espíritu político en el que campeaba la "meritocracia", es decir el gobierno de los mejores servidores públicos.

Dentro de las virtudes reconocidas por el ciudadano romano virtuoso deben destacarse ciertos principios de organización social y moral que eran venerados en cuanto pilares de la "civilización":

LA HUMANITAS: Este es un rasgo distintivo de la civilización clásica. La consideración del hombre como individuo, es en verdad, un aporte de Grecia, pero Roma le atribuye su calidad política activa, es decir, la de ciudadano. Se sabe que el hombre es hijo de Dios (o de los dioses, en el concepto de la Roma pagana) y por ello su vida y honor tiene un carácter casi sagrado.

LA PIETAS: La faceta religiosa del ciudadano romano virtuoso se expresa aquí en toda su dimensión: El romano es un ser profundamente religioso, honra a los dioses, especialmente a los manes y penates (las divinidades

domésticas y antepasados) que son manifestación sensible de la presencia divina en la vida cotidiana de los romanos. El culto de los dioses era de particular importancia y prueba de ello era que cada gens o familia estaba obligada a dar continuidad al culto so pena de una grave deshonra. El culto doméstico era encabezado por el pater familiae y en él se integraba no sólo la familia en estricto sentido sino también la clientela. Por ello, si la gens corría peligro de extinción por falta de herederos varones, debía de procederse a la "adoptio" a fin de preservar el linaje y el culto doméstico.

LA LIBERTAS: Cualidad reconocida a los entes políticos dentro del imperio pero externos a la Urbe, especialmente importante para las ciudades de provincias. Se traduce en el respeto de las instituciones originarias de las ciudades conquistadas, quienes podían conservar sus gobiernos, usos y costumbres. Es una forma de convivencia cultural que se conserva incluso durante el principado.

LA AUCTORITAS Y LA POTESTAS: Como se sabe, en la época republicana, surge la figura del jurisprudente, aquél estudioso o "sapiente" del Derecho que en razón de su capacidad y reputación es requerido a fin de interpretar el Derecho. Surgen las escuelas de interpretación y se genera un fructífero periodo de avance y desarrollo del "ius". En este sentido se dice que el jurisconsulto goza de "Auctoritas", es decir la facultad o atributo de interpretar el Derecho. En el caso de los magistrados titulares nombrados y dependientes de la autoridad estatal, gozan de potestas, es decir del poder o capacidad para hacer obligatorias sus decisiones (no por la bondad o corrección de ellas, como en el caso de los juristas) sino por la atribución del poder estatal. Es frecuente que los magistrados recurran a los jurisconsultos a fin de interpretar los pasajes oscuros de la ley. Se desarrolla así, una relación verdaderamente simbiótica entre magistrados y juristas, pues ambos se benefician de esta relación. Mientras los primeros pueden o contar con la opinión de un experto y así fallar con apego a la justicia, los segundos tiene

la oportunidad de conocer en la práctica casos reales a los que aplicar las fórmulas que en teoría han desarrollado.

LA IUSTITIA: Definida por Ulpiano en tiempos del principado, como la perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, esta virtud se expresaba en el poder de los magistrados de poner bajo su amparo a todos aquellos quienes demandaren la protección del Estado frente a los abusos del mismo poder público o de los poderosos. Protagonistas de la justicia eran los pretores y magistrados menores y sus custodios los tribunos.

LA "PAX ROMANA": Es aquella condición jurídico política de la que disfrutaban los habitantes del Imperio formado por Roma. Cuando las provincias rodearon completamente los bordes del Mar Mediterráneo, luego de la derrota de Marco Antonio y de Cleopatra contra Octavio en la batalla de Accio, los romanos pasaron a denominarlo el "mare nostrum", para indicar que en el seno de la civilización romana las distintas categorías de personas disfrutaban de los mismos derechos y obligaciones emanados del "ordo" político romano.

El fin de la República

¿Cómo llega toda la admirable construcción política reseñada anteriormente a su colapso? La respuesta no es sencilla y se requiere de numerosas matizaciones a fin de poder explicar el fenómeno.

Por de pronto las causas remotas se explican por 2 órdenes de razones diversas:

1. La decadencia de las élites gobernantes.

Nos referimos a la pérdida de aquellas virtudes que se han estudiado y que hicieron a la aristocracia romana un modelo de probidad. Diversos factores confluyen en esta decadencia, pero los más importantes son:

- a. Una desmesurada afición al lujo y al derroche, en una sociedad habituada por siglos a formas muy austeras de vida.
- b. El fomento de las ambiciones políticas de corte caudillista; desde el siglo II a.C. y muy especialmente en el siglo I a.C. son frecuentes los complots políticos a fin de apoderarse en forma más o menos velada de las riendas del poder. Sucesivas dictaduras (apenas conformadas dentro de los modelos clásicos del término) se suceden y alternan brutalmente en el poder. Los Gracos, Cina, Sila y los triunviratos (el primero con César, Pompeyo y Craso y el segundo con Octavio, Antonio y Lépido) que culminan en el principado de Octavio son una demostración de lo anterior y demuestran que lejos estábamos de los consulados de Tito Flaminio o del mismo Marco Tulio Cicerón.
- c. La violencia política se expresa también en numerosos conflictos sociales. Así, las relaciones entre la aristocracia y la plebe nunca encuentran un adecuado canal de expresión y son foco frecuente de conflictos, hábilmente explotados por políticos oportunistas que cortejan el favor de la plebe con el objeto de obtener el respaldo a sus iniciativas personales. El ejemplo de Lucio Sergio Catilina y el postrer caso de Julio César son demostración de este tipo de política irresponsable.
- d. A su vez el Senado se demuestra incapaz de conducir y encauzar las legítimas demandas de los itálicos (habitantes de la península no romanos, sometidos a la influencia de la urbe) quienes reclaman por la igualdad de derechos entre ellos y los romanos, con lo cual estallan las llamadas "guerras sociales".

e. Incluso una revuelta de esclavos amenaza a las bases del sistema político.

En fin, el siglo I a.C. marca el colapso de las instituciones republicanas y señala su crisis terminal. Paradojalmente las instituciones de la República son "restauradas", a lo menos formalmente, durante el principado y no deja de resultar curioso que el primer emperador (aunque sin aquél título), Octavio Augusto, haya sido aclamado en su época como el salvador de la República.

2. La construcción de un "imperio" de pretensiones universales: Estos dominios y el tipo de gobierno que traen aparejados, son incompatibles con las formas republicanas diseñadas para una Ciudad-Estado. La estructura natural del imperio tendió a la centralización del poder en manos de una clase social (la aristocracia "augustal") cada vez más cerrada e inaccesible y concluyó con un inevitable colapso del sistema de gobierno. *Una República Imperial era un contrasentido y un imperio sin emperador no resultaba lógico*, como la práctica demostró.

La Hispania primitiva y el Derecho

No se han conservado documentos escritos ni otros testimonios materiales que nos permitan determinar los sistemas jurídicos aplicables a los pueblos de Iberia o Hispania antes de la llegada de los cartagineses. Los investigadores modernos han determinado que, con gran probabilidad, los primeros habitantes, denominados más o menos arbitrariamente íberos, se habrían asentado en la península alrededor de 1500 años antes de Cristo, paralelamente al florecimiento de la civilización Troyana, Minoica y el Imperio Nuevo en Egipto.

Con anterioridad a ellos, la mítica cultura de Tartessos habría florecido 6000 años antes de la venida del Salvador, mediante la aplicación de un primer código legal, pero su existencia se vincula más bien con el mito.

La llegada de las bandas celtas hacia el año 1000 a.C. implica el desarrollo de algunas nociones jurídicas que han sobrevivido, citadas por fuentes clásicas, aunque muy posteriores, como los autores latinos, muchos de los cuales jamás visitaron Hispania.

Se habla así de las "gentilidades" o grupos de familias, como unidades o poblados cerrados (concepto más amplio pero similar al de la gens latina, cuestión que resulta explicable, pues estas categorías y denominaciones nos han sido reveladas precisamente por autores latinos), cada una de ellas tiene su derecho propio y este no puede aplicarse a un extraño al pueblo. Este principio de personalidad del Derecho, en el que las instituciones jurídicas siguen al individuo como su sombra, será retomado más adelante, pero debe precisarse que correspondía a la realidad de muchos pueblos antiguos, con la notable excepción de Egipto.

Con el objeto de romper esta rígida realidad, era frecuente que se celebrasen ciertos "pactos" entre distintas gentilidades, que podían revestir la forma de: Hospicios o clientelas. Los primeros eran acuerdos entre gentilidades, fijados en tablas de bronce (como la antigua tabla descubierta en Astorga) que establecían relaciones de amistad, renovables a través de las generaciones.

Los segundos eran asimismo pactos celebrados entre una gentilidad y otra o entre la gentilidad y una persona perteneciente a otra diversa, pero diferían del hospicio, en que mientras éste es un acuerdo entre iguales, aquellos lo eran entre una fuerte y una débil. Es decir, su finalidad era asegurar la protección del débil. La parte más fuerte se convertía en el patrono y debía

protección a la débil. A cambio si ésta era una persona singular, debía entregar sus tierras y bienes a cambio de la citada defensa.

El cliente tenía una serie de obligaciones para con su patrono, pero la más importante era la *devotio* ibérica, es decir, una obligación de carácter militar-religioso por medio de la cual el cliente ofrece su vida a la divinidad en vez de la de su patrono, pero si éste perece en la guerra, el cliente debe suicidarse, pues ha incumplido (sin mediar su voluntad activa) con el pacto y por lo tanto su supervivencia es indebida.

La romanización de "Hispania"

Al comienzo de estas explicaciones precisamos que la conquista y sometimiento de los territorios peninsulares conocidos en Roma como "Hispania", fueron una obra de la República. Se designa con el nombre de "romanización" al *"Transplante de la civilización romana a la península ibérica y a la consiguiente incorporación a ella de sus gentes"*.

Ésta no fue una campaña que durase una temporada o dos, sino la obra de muchas décadas hasta totalizar doscientos años. Las causas de la llegada de los romanos a las tierras del Oeste europeo fueron de orden político y económico. Pero las consecuencias de su llegada fueron perdurables.

En lo político su expedición respondió al desafío que significaba Cartago. Y en lo económico a la necesidad de adueñarse de los ricos yacimientos de plata y oro de Iberia y a sus fértiles campiñas, que podían proporcionar el grano que desde generaciones escaseaba en Roma. Conviene explicar un poco mejor estos factores.

Cartago había sido la principal potencia del mediterráneo durante 200 años. Hacia el final del siglo III a.C. esta ciudad del norte de África (ubicada en el cuerno de Bissatis en el golfo libio) fundada como colonia fenicia en el

814 a.C. había dominado todo el territorio que rodeaba sus fronteras hasta el mismo Egipto y poseía ricas colonias en Córcega, las Baleares y la mitad de Sicilia. Fue precisamente por el dominio de esta última isla (y el control de su mercado cerealero) que estalló la primera guerra púnica o gran guerra romana.

Cuando Cartago (más precisamente el Supremo Consejo que dirigía la guerra) perdió este conflicto, dirigió sus miradas hacia Iberia, la península que hasta ese momento permanecía en una virtual autonomía, y en ella desembarca el gran Amilcar Barca, quien inicia la conquista de Hispania para los púnicos. Sus éxitos son seguidos por los de sus hijos, Aníbal (el célebre general), Asdrúbal y Magón (conquistador de Las Baleares).

El conflicto con Roma estalló cuando Sagunto (Sakhanta) ciudad aliada de Roma, violó el tratado de paz y status quo del Ebro (Iberus) firmado entre las dos potencias, lo que motivó una rápida y violenta respuesta por parte de los cartagineses. Después de algunas vacilaciones, el Senado de Roma envió a Gneo y a Publio Cornelio Escipión quien desembarcó en Hispania en 218 a.C. La primera batalla por el control de la península y de sus riquezas minerales y comerciales fue la de Cesse o Cissa. Pese a los resonantes éxitos de Aníbal (el casi mítico cruce de los Alpes) en Italia, su imposibilidad de conquistar la urbe significó una marcha lenta pero definitiva hacia la pérdida de la guerra.

En 202 a.C. Escipión derrota a Aníbal en Zama. En 201 a.C. Roma impone a Cartago unas duras condiciones de paz. La principal de ellas fue la pérdida de Iberia, de los restantes territorios de Sicilia y la completa destrucción de las 500 penteras y trirremes púnicas. Con esto el poder naval de Cartago se redujo a la inexistencia y Roma comenzó su reinado sobre el mediterráneo occidental.

Los enfrentamientos entre romanos y púnicos continuaron más o menos permanentemente hasta el año 146 a.C, fecha en la que Publio Escipión Emiliano "El Africano", pone sitio, conquista y destruye Cartago hasta sus cimientos.

Sin embargo, la derrota de los cartagineses no significó la completa e inmediata pacificación y romanización de Hispania. Este proceso es sumamente lento, y puede afirmarse sin temor que el grado de penetración de la cultura romana no fue ni mucho menos uniforme en toda Hispania. Así se afirma que en algunas de las regiones mediterráneas de Hispania el proceso fue rápido y sumamente intenso, pero en otras muy lento y de inciertos resultados. El único elemento unificador aceptado en forma universal fue el latín. Y con un idioma común se sentaron las bases para un progresivo acercamiento y asimilación cultural.

Debe recordarse que, dentro de lo posible, las conquistas romanas no vulneraban las costumbres locales de los pueblos conquistados. Se estimaba saludable que el proceso fuese paulatino y permanente. Era común que los hijos de los nobles de los territorios asimilados recibieran educación en la urbe y luego fueran devueltos a sus tierras a fin de difundir las costumbres romanas.

La tolerancia de Roma en materia religiosa era reconocida en todo el mundo. Su única imposición (y ni siquiera ésta se aplicaba sin excepciones) era el culto al Emperador (costumbre iniciada hacia comienzos del principado) a quien se estimaba de naturaleza divina, por lo que debía ofrecerse un sacrificio de incienso ante su busto (el culto al "genio imperial"). Las divinidades de todos los pueblos del imperio eran honradas en el Panteón que ordenó construir Agripa.

La organización provincial

Producida la anexión formal de Hispania al Imperio en 206 a.C., se procedió a su división en provincias. El término "provincia" designaba en su origen al mandato dado a un magistrado (cónsul u otro) para "vencer" ("*pro vincere*"), es decir imponer el Derecho y costumbres romanas en suelo extranjero). Más tarde vino a significar la división territorial que conocemos.

Sin embargo esta organización cambió en múltiples oportunidades a lo largo de la dominación imperial sobre la península, de modo que para analizar este tema debe necesariamente distinguirse según la época histórica que se trate.

En 197 a.C. en virtud de una *lex provinciae* cuyo texto no ha sobrevivido, España es dividida en dos provincias: La Hispania Citerior (más cercana) y la Hispania Ulterior (más lejana), con el límite en la Sierra de Alcaraz (el "Saltus Castulonensis"). Cada una de ellas era gobernada por un *propretor*.

Hacia 27 a.C., por orden de Augusto, Agripa reformula la organización territorial y agrega a la Hispania Citerior la nomenclatura de "Tarraconensis", por la capital provincial Tarragona o Tarraco. La Ulterior pasa a dividirse en dos nuevas provincias: La Hispania Ulterior Baetica o Bética, y la Hispania Ulterior Lusitania o Lusitania. De estas tres nuevas provincias la Bética adquiere el rango de provincia senatorial y las otras dos de imperiales. La Bética con capital en Córdoba y la Lusitania con capital en Mérida (Emérita Augusta).

Una nueva división, ya en el imperio durante el reinado de Dioclesiano en el año 293 d.C. reorganiza la administración de todo el Imperio y establece la siguiente división: Se divide al Imperio Occidental en dos Prefecturas (Italia y las Galias), éstas en diócesis, de las que se crean doce, y cada una de ellas es integrada por un número variable de provincias. La Diócesis de Hispania, dependiente de la prefectura de las Galias (que integran las diócesis de Galia,

Hispania, Bretaña y Vienense) está compuesta por las provincias: Tarraconense, Bética, Lusitania, Cartaginense y Galletia-Astúrica, más una provincia africana, la Mauritania-Tingitana y entre 370 y 400 se agrega una insular, la Baleárica.

Esta distribución territorial corresponde a las diferencias culturales existentes entre las distintas zonas del Imperio, habitadas por pueblos diversos.

A estas distinciones debemos añadir dos de gran importancia: El estatuto jurídico personal y el estatuto jurídico de las ciudades.

Persona y ciudad en Roma: estatutos jurídicos propios

Debe recordarse siempre el gran principio jurídico del mundo antiguo: El Derecho es un atributo personal que acompaña al individuo a dondequiera que éste vaya.

Este principio aparece tensionado por la aplicación de las instituciones romanas al mundo de sus conquistas. Pero como quiera que sea, la política de Roma sobre el particular, fue de una gran prudencia. Roma opta por no imponer su derecho a los pueblos vencidos. Ya se ha dicho que la única imposición con carácter universal fue la adopción del latín como lengua oficial. Pero en cuanto al derecho (que en la época de la formación del Imperio, tiene todavía un fuerte componente sacral) no debía ser extendido a los demás pueblos sino hasta que tales gentes hubiesen adquirido la suficiente "civilización" o Cultura Romana.

Como consecuencia de lo anterior es posible observar la existencia de distintas categorías jurídicas entre personas, dependiendo de cuál hubiese sido el lugar de su nacimiento.

Se distinguen las siguientes categorías:

1. El Ciudadano Romano: ("Civis optimo iure") Originario de la Urbe, goza de todas las prerrogativas de su nacimiento. Está investido del "ius civile" pleno. Participa como súbdito libre del Imperio en las decisiones políticas que le competen. Esta condición podía ser también otorgada a un no romano de nacimiento por especial dispensa de Roma. Así podía extenderse una carta de ciudadanía como premio a los servicios prestados al Imperio. O en virtud de una ley concederse a un grupo especial de individuos.
2. El latino: Hombres libres, no romanos, que viven dentro de las fronteras del imperio, que gozan de la aplicación de una parte del derecho romano, el "Ius latii minus", el derecho romano estricto sensu, es decir, del ius commercium y esporádicamente el "ius connubii". Sin embargo, en algunos casos podía concederse el "Ius latii maius", que beneficiaba a grandes grupos de habitantes de las ciudades provinciales, como veremos más adelante. Cumplidos ciertos requisitos podían acceder a la ciudadanía romana.
3. El Peregrino: En un sentido propio es el habitante de las provincias, no romano de origen ni latino. Hombre libre sometido a su Derecho de origen. Se le denomina peregrino por la distancia que debe recorrer para acceder a la Urbe (Per agro). Los que viven en Roma están sujetos a la tuición del pretor peregrino.
4. El Bárbaro: O "barbari": Hombres libres que viven fuera de las fronteras del Imperio, no reconocen su derecho ni la autoridad imperial. Fuente de permanente amenaza para la civilización. Al no tener la lengua común son excluidos de la "Pax" Romana y se les combate por las armas.

5. Los Esclavos: No son considerados personas, pues están sujetos al poder (*dominium*) de otro y la preocupación del derecho radica en regular la disposición de tal dominio y en las condiciones del trabajo. La esclavitud en Roma no es un fenómeno republicano. La Roma primitiva no se sustentaba en el trabajo esclavo sino en el de los campesinos libres (ciudadanos romanos o al menos latinos), pero a partir de la reseñada Guerra Social se vuelve una práctica necesaria y aceptada dentro del imperio. Las sucesivas conquistas militares incrementan su importancia.

En Hispania es posible rastrear la presencia de todas estas categorías de hombres. Claro que su presencia y composición fue objeto de una interesante evolución, tendiente a equiparar el estatuto jurídico aplicable a los mismos.

Así la ciudadanía romana es otorgada a numerosos hispánicos, como premio por sus servicios. La latinidad es concedida a diversas ciudades. Hacia el 79 a.C. alcanza al menos a un 26% de las ciudades de la península.

En el año 74 se da un paso más en la elevación de la condición jurídica de los habitantes de Hispania, pues en virtud de una Constitución Imperial, el Emperador Vespasiano concede la "latinidad" o derecho latino a todas las ciudades de Hispania. Con ello se permite a un gran número de personas acceder a la ciudadanía romana, pues bastaba que un ciudadano latino ejerciese magistraturas públicas para que él y sus familiares adquiriesen la ciudadanía romana. Es significativo este gesto del poder imperial en beneficio de Hispania. No debe olvidarse la enorme influencia de muchos líderes romanos surgidos de la península. Esto demuestra la profunda romanización alcanzada por la sociedad peninsular. Los emperadores Trajano, Adriano y los restantes Antoninos, representantes de la dinastía con la que el Imperio alcanza su mayor esplendor, son originarios de Hispania.

Finalmente, en el año 212, bajo el reinado de Antonino Pío Caracalla, se dicta la famosa "Constitutio Antoniniana", en virtud de la cual se concede la ciudadanía romana a la totalidad de los habitantes libres del Imperio. Desaparece con esta norma, la distinción entre ciudadanos romanos, latinos y peregrinos, restando sólo los bárbaros y esclavos en la exclusión jurídica, por razones obvias. Sin embargo no debe pensarse que mediante este simple expediente, la extensión de las instituciones jurídicas romanas sería universal. En verdad, la presencia de tradiciones culturales contrarias a la influencia romana no podía sino producir una aplicación imperfecta o a lo menos reducida del derecho romano clásico. Es éste uno de los factores que permiten explicar la llamada "vulgarización del derecho" de que trataremos más adelante.

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación del estatuto jurídico de las ciudades, al comienzo de esta sección precisamos que hasta la Constitución Antoniniana es posible reseñar una clara distinción, atendiendo su organización jurídica propia. Esta distinción tiene su origen en la forma en que se ha procedido a la conquista. Así si ella ha sido pacífica (en virtud de un acuerdo o Foedus, habrá ciertas consecuencias y si ha sido violenta o militar, habrá otras).

La gran distinción a formular permite dividir las ciudades en el Imperio en:

Ciudades Indígenas y, Ciudades Romanas

En cuanto a las primeras, de acuerdo a las explicaciones del profesor Merello es posible distinguir entre ciudades indígenas estipendiarias y libres. En general se habla de ciudades indígenas para señalar que en éstas predomina una población peregrina o extranjera. Conservan sus instituciones propias pero sujetas a una tutela más o menos velada de Roma.

CIUDADES INDÍGENAS ESTIPENDIARIAS: Son aquellas que están sometidas a la autoridad de un gobernador provincial y además pueden estar afectas al pago de un canon en especie (generalmente ganado o cereales) o de un tributo especial, "el estipendium" (en solidi) más la obligación de permitir el alojamiento de tropas imperiales y de contribuir con hombres a las mismas legiones y a las minas imperiales. Fuera de estos gravámenes su estatuto jurídico propio era respetado. Este tipo de ciudades tiene su origen en un acto potestativo unilateral de la Urbe. Fueron las mayoritarias en Hispania, hasta la Constitución de Vespasiano.

CIUDADES INDÍGENAS LIBRES: Son aquellas que no están sujetas a la tutela de ningún magistrado romano. Se pueden formular a lo menos dos distinciones, pero la más importante distingue entre libres federadas y libres no federadas:

CIUDADES LIBRES FEDERADAS: son aquellas que han celebrado un tratado o "*Foedus*" con Roma. Conservan la plenitud de su "soberanía" interior: El Derecho de tener sus propios magistrados, su derecho, la acuñación de su moneda, etc. En cuanto a lo exterior debían de contar con la autorización de Roma para hacer la guerra o la paz. Este acuerdo descansa en la noción de "fides" (la buena fe o fidelidad a la palabra empeñada), pues Roma podía imponer sus usos y leyes por la fuerza, pero al momento de conquistar la ciudad, era costumbre que el general romano ofreciese este estatuto a cambio de una rendición pacífica.

CIUDADES LIBRES NO FEDERADAS, son aquellas que deben su libertas no a un tratado sino a una Ley o Senadoconsulto emanado de Roma.

En cuanto al segundo (y más importante) grupo de ciudades, las romanas, se distingue tres grupos:

COLONIAS: Son aquellas fundadas ex novo por ciudadanos romanos transplantados desde la Urbe a un territorio de provincias. En ellas rige en

plenitud el Derecho Romano, de la misma manera que en la Urbe. Se dice que son creadas por "Deductio" es decir sacando población de un lugar para llevarla a otro. Tienen como fin el asentar la dominación romana en un punto de importancia militar o estratégica. Así se da el caso de la colonia de Civitas Emérita Augusta (Ciudad de los licenciados de Augusto), actual Mérida, fundada por veteranos de la guerra contra los cántabros-astures La existencia de la colonia era aprobada mediante una lex o plebiscito previa discusión por el Senado. Incluso en Hispania se llegó a implantar una Colonia de orden patricio, integrada por colonos de origen senatorial y ecuestre, la colonia de Córdoba, por orden del tribuno Marcelo.

MUNICIPIOS ROMANOS: Son aquellas ciudades preexistentes a la conquista romana a las que, una vez producida la anexión, se concede la ciudadanía romana. En virtud de tal atributo, la ciudad tiene la facultad de organizar su gobierno de acuerdo a la estructura de la Urbe. Sin embargo en algunos casos se concedía la ciudadanía sin el derecho de votar en los comicios romanos (*municipium sine suffragii*). Los municipios implican una ampliación de la ciudadanía, son "constituere", no "deductio" como las colonias, pues se ha creado una nueva organización extendiendo los moldes del derecho romano adonde antes no había tal.

En el orden de las facultades los municipios tienen el atributo de darse sus propias instituciones: magistrados, curia y comicios y sus habitantes gozan de los derechos y obligaciones aparejados a la ciudadanía romana.

CIUDADES LATINAS O MUNICIPIOS LATINOS: El último grado de organización de la ciudad romana de provincias; son aquellas que existiendo antes de la conquista por las legiones romanas han adquirido el "Ius Latii", es decir ciudades indígenas latinizadas. En su origen las primeras ciudades latinas fueron las de la península itálica, especialmente las del Lacio, sujetas a la creciente influencia romana. En la urbe la concesión de latinidad se

usaba para beneficiar a los esclavos manumitidos, pero en las provincias era un factor de promoción de la cultura y derecho romano. El *Ius Latii* aporta las facultades de usar del *ius commercium* y en ciertos casos, del *ius connubii*.

En las tres clases de ciudades Romanas que hemos estudiado, es posible apreciar una similar organización política, a saber la reproducción en pequeña escala de las instituciones de la Urbe.

En efecto, en cada una de ellas se puede apreciar según el prof. Álvaro D'Ors, una similar estructura política:

Los magistrados: Constituidos a semejanza de los cónsules, por los *duovirii*, dos magistrados que encabezan el gobierno y que junto a dos *aediles* integran el órgano colegiado de los *quattuorvirii*. Los dos primeros estaban encargados de realizar el censo quinquenal. Duran un año en sus funciones, presiden el Senado local y ejercen justicia. Bajo ellos, estaban los *aediles*, encargados de las funciones de policía y orden público. Enseguida, los *quaestores*, encargados de la caja pública municipal. En general eran también dos. Estos son los llamados magistrados mayores. Todos ellos actúan por "*intercessio*" (es decir de consuno o por acuerdo entre ambos) Bajo ellos los magistrados menores también denominados "*apparitores*" o auxiliares, cargos de un año de duración. Todos estos funcionarios surgen del "*Cursus honorum*" es decir del escalafón oficial al igual que en la Urbe. En caso de ausencia de algún cargo los magistrados mayores nombraban a un *praefectus* que duraba mientras volvía el titular. En caso de vacancia se aplicaba el "*interregno*".

El Senado curial o curia: Órgano similar al Senado, "*Senatus u Ordo decurionum*" compuesto por 100 o más miembros, vitalicios y designados por los censores. Presididos por los *duoviri*, con funciones consultivas y

deliberativas. Sus decisiones podían ser vinculantes incluso para los duoviros.

Las Asambleas: Al igual que en Roma, el pueblo se reunía por curias o tribus, en asambleas por convocatoria de los magistrados mayores y para tratar asuntos ordinarios, como la elección de los magistrados o extraordinarios, como la defensa de la ciudad. En un comienzo fueron reprimidas por los magistrados romanos, pero por presión de los ciudadanos fueron paulatinamente aceptadas. Finalmente en el siglo II d.C. dejaron de reunirse y sus funciones pasaron a la Curia senatorial.

En síntesis, si se quisiera realizar una estimación más o menos certera del número de ciudades en Hispania durante la vigencia de estas divisiones, deberíamos señalar; hasta fines del siglo I a.C. había en Hispania 14 colonias, 9 municipios, 221 ciudades latinas, 296 estipendiarias y 6 libres.

El dominado y el Derecho romano vulgar

Dentro de las etapas de desarrollo de la cultura romana debemos considerar finalmente el interesante fenómeno de la decadencia del Imperio. Ello admite ser tratado desde dos perspectivas complementarias:

Por una parte los sucesos políticos que conducen desde el periodo llamado "El Dominado" a la Decadencia y colapso del Bajo Imperio en Occidente. Con ello entramos de lleno en la historia política de Roma.

Y por otra parte los acontecimientos que dan origen a la "Vulgarización" del Derecho, es decir, a la contaminación del derecho romano clásico con influencias culturales y religiosas extrañas a su creación originaria. Ello implica tratar la historia jurídica de la Roma post-clásica o Bajo Imperio.

La decadencia del imperio

La tarea de explicar las causas de la decadencia de Roma, ha ocupado a las generaciones de historiadores desde hace siglos. Bien se puede decir que con la misma muerte de la púrpura a manos de Odoacro, surgen quienes pretenden explicar la tragedia de la civilización clásica. San Agustín es buen ejemplo de este intento, desde una perspectiva teológica. Y Boecio, desde un punto de vista filosófico. Hacia finales del siglo XVIII y comienzos del XIX surge la monumental obra de Edward Gibbon "La historia de la decadencia y caída del Imperio Romano"

En fin, el tema apasiona a no pocos historiadores hasta nuestros días, y es materia de obligadas reflexiones para los arqueólogos, que nos sorprenden con nuevos e intrigantes descubrimientos.

Pretender agotar la exposición de las causas de la caída de Roma es una tarea que excede con mucho la pretensión de estas líneas pero podemos intentar una enumeración relativamente detallada que arroje algunas luces sobre el punto:

Pueden señalarse diversas clasificaciones sobre las causas, pero hemos preferido aquella que distingue entre distintos tipos de sucesos: Políticos, Demográficos, Militares, Religiosos, Económicos, Científicos más el factor conclusivo: Las invasiones bárbaras.

POLÍTICOS: La inestabilidad y la vida política llena de intrigas y conjuras debilitan al Imperio: Sus clases dirigentes no son capaces de mantener la unidad interna del Imperio. Se producen graves conflictos que llevan a la fragmentación del poder imperial. Además, la enorme extensión del Imperio hacía imposible mantener su unidad territorial sin un poder central fuerte, cosa que no pudo lograrse después de la muerte de Teodosio el Grande.

Si bien algunos fijan el comienzo de la Decadencia política a la muerte de Marco Aurelio puede señalarse que algunos años antes se habían producido signos de decadencia política. Las clases dirigentes están encerradas en la busca de sus propios intereses y no prestan oídos a los nuevos desafíos que afronta el imperio.

La política imperial gira en torno a la persona del emperador y su círculo de íntimos. Son numerosas las ocasiones en que la diadema imperial va a caer en manos de inescrupulosos, que utilizan el poder para concentrar riquezas en sus manos. Se llega incluso a la venta del trono imperial. Otras veces es el ejército o parte de él (algunas legiones) las que levantan o deponen a los emperadores. No es raro ver que mujeres ejercen el poder (madres o esposas de gobernantes débiles) muchas veces con más fortuna que sus hijos o consortes reales.

En fin, el gran desafío de la presencia asiática y germana, denominada en general "bárbara" no es respondido por la dirigencia romana de la decadencia.

DEMOGRÁFICOS: La disminución de la tasa de natalidad de la población de origen romano en el imperio; este es un fenómeno propio de las sociedades opulentas y decadentes. Pese a las severas leyes en contra del celibato, las generaciones jóvenes del Imperio dejaron de procrear en un número suficiente para mantener la población en un tamaño estable. La sociedad Romana que se había originado agraria (con una muy alta tasa de natalidad) devino en urbana (con una tasa de natalidad negativa). Esto hizo que la población se contrajera, lo que produjo los siguientes efectos:

- La disminución de la masa de trabajadores agrícolas y urbanos. Esta situación generó repercusiones económicas (el mundo romano se vuelve dependiente de las importaciones de alimentos y prosigue desesperadas campañas por aumentar la masa de mano de obra esclava).

- La contracción del ejército y su reemplazo por soldados de origen bárbaro.

MILITARES: Las legiones reducen su tamaño y número. Para mantener en funcionamiento los cuadros de defensa del Imperio (debido a la baja en la natalidad señalada precedentemente) fue necesario integrar a ellas a numerosos bárbaros extranjeros (especialmente de origen germano) quienes se caracterizaban por su falta de disciplina y por sus conflictos con el orden civil. Así los bárbaros, en un comienzo federados al imperio, es decir, asentados en su interior en virtud de un tratado formal, se vuelven indispensables para la defensa. Baste considerar, dos ejemplos: El primero, Constantino, vencedor de Magencio en la batalla del puente Milvio, derrota con sus legiones mestizas de britanos, galos y romanos a la última de las legiones nobles: La pretoriana. Así la última águila imperial cae bajo la fuerza de una combinación militar integrada por bárbaros. Y el segundo, cuando para la defensa del Imperio Occidental en contra de Atila y sus hunos, las legiones "romanas" estaban integradas por una eficiente pero curiosa coalición de galo-romanos, burgundios, ripuarios, francos, suevos y visigodos, al mando de Aecio (el último de los grandes generales soldados, traicionado y muerto por orden del mediocre emperador Valentiniano III) y el rey godo Teodoredó.

Además, hay que considerar el pernicioso factor del "pacifismo de las élites". Roma, que había nacido militar, reniega de sus tradiciones ancestrales y los hijos de las familias nobles se niegan a ir a la guerra y a integrar el ejército, prefiriendo los juegos y la vida fácil. El pacifismo es también un fenómeno común a las sociedades en decadencia.

CULTURALES: La cultura clásica se osifica: Es decir no genera sino repeticiones cada vez más corrompidas de la cultura romana del principado. Pese al refinamiento de las élites gobernantes, el pueblo se embrutece y no

puede salir de su postración. Un ejemplo trágico de este tipo de decadencia cultural y moral lo constituye la preocupación por fiestas y diversiones cada vez más costosas mientras que las fronteras caían bajo las hordas de Atila o de los germanos. Este tipo de diversión irresponsable afectaba tanto a los sectores elevados como bajos de la población, pues una de las funestas herencias de los césares fue la política de mantener a la plebe mediante subsidios, en vez de obligarla a trabajar. El apoyo popular era visto como indispensable para mantener el poder y así los emperadores no emprendieron reformas a tiempo. Mientras los hunos sitiaban Aquileia (donde residía la corte Imperial) el emperador Valentiniano III huía vergonzosamente y el anciano papa León debía de enfrentar a Atila y obrar el milagro de evitar que conquistara Roma.

RELIGIOSOS: El fin del mundo pagano y la victoria del Cristianismo: No es poco frecuente el que algunos historiadores sostengan que fue la adopción del cristianismo lo que privó al Imperio de su carácter militar y de la necesaria fortaleza para resistir los embates de los bárbaros. Sostienen que la nueva fe habría socavado los valores y fundamentos en que reposaba la civilización clásica. El pacifismo sería una de sus señales.

Sin embargo este análisis resulta demasiado simplista. Lo que en verdad ocurrió es que la religión pagana, había erosionado las bases mismas del Imperio antes de la adopción del cristianismo como fe oficial. Los cultos paganos habían iniciado la corrupción del cuerpo político mucho antes del triunfo del cristianismo. Les había reemplazado la creencia epicúrea y estoica y las clases dirigentes no creían ya en las antiguas virtudes (La austeridad y el honor habían sido olvidados por siglos). La búsqueda del placer era la única religión de los poderosos.

Por ello puede afirmarse con mayor verosimilitud que el cristianismo no precipitó la caída del Imperio, antes bien, demoró la inevitable caída al

permitir que algo de savia y energía nueva entrara en el carcomido cuerpo imperial. No es casualidad que los más grandes líderes de este periodo fueran cristianos devotos y que su obra haya retrasado la caída: Las figuras de Constantino, la emperatriz madre Elena, San Ambrosio de Milán, Teodosio, Gala Placidia, el papa León, lo demuestran. Junto con ser cristianos fueron también grandes y nobles patriotas romanos.

Eso explica que la tentación del brillante emperador Juliano, el apóstata, haya sido un fracaso. Restablecer los cultos paganos no podía ser una política exitosa, pues dichas creencias estaban ya muertas y un decreto imperial no podía revivirlas.

Cuando el cristianismo triunfa con Teodosio y en un acto simbólico las antiguas basílicas de la justicia y el comercio son entregadas a los obispos, un poco de tiempo es ganado por Roma y retrasa su muerte, no al contrario.

ECONÓMICOS: La decadencia de la economía agraria, la inflación y la devaluación de la moneda: Desde el punto de vista económico debe indicarse que la constitución de las finanzas imperiales radicaba, como es obvio, en un comercio vigoroso. Sin embargo, la "Pax Romana", que tanto hizo por consolidar la economía imperial produjo también un efecto nocivo, que finalmente resultó definitorio: Se constituyó una nobleza rentista que vivía del producido de sus rentas agrícolas y urbanas (arriendos). Cuando la población comenzó a decrecer, las rentas cayeron y la economía construida sobre ellas tambaleó. Era ya muy tarde para transformar a los rentistas nuevamente en comerciantes. Los impuestos cada vez más altos, para financiar a las legiones y a los bárbaros federados, cayeron sobre los campesinos que se arruinaron. Esto produjo tentaciones de emisión inorgánica, que se expresaron en el "Recorte" de las monedas de oro y plata, que se devaluaron bajo un tercio de su valor nominal. Hacia finales del siglo V, la moneda había perdido un 500% de su valor, respecto del siglo III.

CIENTÍFICOS: La parálisis de la ciencia y de la técnica: Estos factores no son tradicionalmente incluidos en el análisis. Pero hoy por hoy se consideran un lógico elemento de decadencia de la cultura. La Sociedad romana se refinó en todos los aspectos salvo en uno: La ciencia y la técnica. Las grandiosas construcciones arquitectónicas y la exquisitez de la vida urbana se sustentaban en los mismos conocimientos científicos de la época de Aristóteles y en la misma técnica que se había diseñado para la construcción de las pirámides, miles de años atrás.

La solidez del conocimiento científico apenas se empinaba por sobre la "Edad del hierro". Es curioso considerar que los lujos de la vida de los nobles se basaban en la experta repetición de técnicas de cincel y martillo.

No hubo mejoramiento en la técnica constructiva, antes bien, un lento pero significativo retroceso, pues la Roma de mediados del siglo V y sus construcciones apenas era una sombra de lo que había sido en tiempos de Adriano.

Un factor de gran importancia en esta parálisis técnica está constituido por la existencia de una economía basada en la mano de obra esclava. En la medida que no existen estímulos a los artesanos capaces (como mayores ingresos económicos, etc.) que fomenten el desarrollo de nuevas técnicas la producción se estanca y retrocede. Los esclavos no pueden escapar de su sino y por ello, mientras existió abundancia de esta mano de obra gratuita la mejora de la técnica no era considerada necesaria. Con ello se castiga el intelecto y se privilegia la abundancia de "fuerza bruta".

Así, por ejemplo, la medicina retrocedió muchísimo respecto de sus antecedentes griegos y egipcios y en la víspera de la invasión goda, la corte imperial recurría a hechiceros, adivinos y charlatanes en vez de a facultativos. Hipócrates y Galeno habían sido reemplazados por taumaturgos y nigromantes.

Incluso, en el siglo pasado, se desarrolló la curiosa teoría del "Envenenamiento" de la civilización romana. Se postulaba que las clases acomodadas se habrían envenenado a lo largo de sucesivas generaciones, debido al empleo de sistemas de conducción de agua basados en tuberías de plomo y estaño (metales cuyos óxidos son venenosos) y que habrían sido estos los culpables de la decadencia de las élites gobernantes. Hoy estos factores no se consideran valederos, pero en su conjunto deben ser ponderados como un elemento más que explica el fin de la civilización, en términos de Spengler.

LAS INVASIONES BÁRBARAS: Si bien los factores mencionados precedentemente explican el largo proceso de decadencia de la cultura romana, no es menos cierto, que la causa final de la desaparición de Roma está constituida por las llamadas invasiones de los bárbaros de origen germano. Este fenómeno será abordado en la siguiente sección de estos apuntes, pero por de pronto debe consignarse que estas "invasiones" fueron un proceso muy lento y gradual y que, en general, los "bárbaros" no fueron unas bestias salvajes sino que por el contrario, estaban fuertemente romanizados. Sus nobles estudiaban la cultura romana. V/gr. Atila estudia en la escuela de nobles de Aquileia y aprende el griego y el latín a la perfección. Teodorico, rey de los ostrogodos se gradúa de la Universidad Imperial de Constantinopla y también habla correctamente el griego y el latín.

Así, antes que una destrucción repentina de una cultura brillante por parte de salvajes, lo que ocurrió fue que los bárbaros "heredaron" los despojos de una cultura vacía de sustancia.

La vulgarización del derecho: un fenómeno de múltiples facetas

Para tratar este tema debe advertirse que hasta el día de hoy su estudio no es una cuestión del todo pacífica en la historiografía jurídica. Hay quienes creen que el llamado "Derecho Romano Vulgar" es una mera construcción abstracta carente de valor y que no debería ser estudiada como un tema aparte o desvinculada de la Historia General del Derecho Romano Clásico.

El primero en usar de esta expresión, para referirse al Derecho utilizado en las últimas épocas de vida del imperio fue Heinrich Brunner en 1880. Brunner parte de la base que con el Derecho ocurre lo mismo que con la lengua. Así como el latín hablado en las provincias del imperio es distinto del latín culto y refinado de la literatura clásica, así el Derecho que se "vive" y práctica en las provincias es distinto del rígido Derecho Romano de los clásicos. Es el practicado por el "Vulgus", el pueblo, que aplica el Derecho a sus necesidades cotidianas.

Con posterioridad Ludwig Mitteis clasifica el Derecho en 3 categorías:

El Derecho Imperial (Reichsrecht): Oficial, legislado y de aplicación teórica.

El Derecho Popular (Volksrecht): Derecho aplicado por el pueblo en los distintos dominios de Roma y,

El Derecho Vulgar (Vulgarrecht): Derecho aplicado en la práctica, degenerado respecto del derecho clásico de juristas, por el contacto con culturas inferiores.

Ahora bien, son significativos los autores que estiman que no debe pensarse que por el sólo hecho de ser un fenómeno contemporáneo con la decadencia del imperio, el Derecho Romano Vulgar, sea un derecho primitivo o ineficaz. Por el contrario su característica principal es precisamente su eficacia. Pues se adapta a las características de las sociedades a las que rige.

Es un derecho principalmente consuetudinario. Los estudiosos del mismo, lo recogen y así nace una especie de jurisprudencia romana vulgarizada. Se dice en definitiva, que es un derecho "distinto" al clásico pero eficaz.

Sin embargo, en nuestro tiempo prevalece la idea de que el Derecho Romano es una degradación del Derecho clásico. El proceso fue lento pero permanente y tuvo lugar debido a diversos factores, entre los cuales destaca la fusión de culturas de distinto nivel de avance y desarrollo y la degradación de la energía impulsora del derecho que emanaba de Roma. Poco a poco las costumbres locales, aniquiladas por la pujanza latina fueron imponiéndose y retomaron su primacía que se plasmó en esta "involución" del Derecho.

Parece ser una constante histórica que cuando se produce un encuentro entre dos culturas de distinto nivel de evolución, la primera decae y tiende a nivelarse hacia la inferior, pues pierde su pureza y se rebaja hacia formas más simples, salvo que arrase completamente con la cultura vencida. Pero no era éste el caso de Roma. Debido a su costumbre de asimilar lentamente a las culturas conquistadas y a respetar sus usos y costumbres, era inevitable que el fenómeno de la vulgarización se hiciera sentir en su derecho.

Ahora bien, la vulgarización tiene una enorme importancia debido a que es éste derecho romano y no otro el que será la base del derecho alto medieval. Y será este derecho en su forma más completa del "Corpus Iuris" de Justiniano, el que sea descubierto por los glosadores boloñeses y que constituirá la matriz del "Ius Commune".

Con todo, el fenómeno de la vulgarización no es un acontecimiento que se desarrollase uniformemente a través de todo el imperio. En efecto es un fenómeno que tiene mayor intensidad en Occidente que en Oriente. Las razones son variadas, pero las más importantes pueden sintetizarse en:

El Derecho Romano Clásico, vinculado a la aplicación del procedimiento formulario, no podía aplicarse más allá de los límites de la urbe, debido a su

contenido sacral. Así las provincias occidentales no podían aplicar la totalidad de estas formas jurídicas. En tanto para Oriente, existían ciertas formas de aplicar el Derecho Romano en forma más integral, debido a que la concepción política oriental tiende al absolutismo, con lo cual los césares pudieron imponer las instituciones romanas en forma completa, lo que era imposible de pretender en Occidente.

Las culturas conquistadas en occidente tenían una historia jurídica más similar a la romana que las orientales, por lo que la mezcla de ambos derechos era más fácil. En oriente en cambio los derechos autóctonos eran de tal manera opuestos a las costumbres romanas que el imperio procuró hacerlos desaparecer.

En Occidente tiene lugar el fenómeno de la desaparición de los juristas. Para el prof. D'Ors, este es un argumento decisivo. Mientras pervivió en Occidente la figura de los jurisconsultos, el derecho experimentó una época de florecimiento y de verdadera riqueza científica, pero con la sustitución de los juristas por funcionarios y jueces que se limitaban a compilar y a resumir las leyes, el derecho decayó rápidamente. Mientras tanto, en Oriente se logró que el derecho continuara siendo estudiado desde una perspectiva científica, gracias a las Universidades Imperiales de Constantinopla y de Berito (la actual Beirut).

La cultura jurídica en Oriente estaba fuertemente apoyada por la existencia de biblioteca de derecho y el trabajo de juristas que se dedicaban a compilar el "Ius" como los expertos asesores de Justiniano: Triboniano, Anatolio y Teófilo, además de existir una mayor valoración por el clasicismo de la cultura, debido a la fuerte influencia helénica.

Características del derecho romano vulgar

En este punto seguiremos las explicaciones del profesor Merello más algunas observaciones complementarias:

Es un derecho que tiende a la simplificación y a la confusión de figuras jurídicas diversas: Con el objeto de facilitar la comprensión de las instituciones jurídicas por parte de la población, el derecho romano vulgar tiende a suprimir las distinciones y sutilezas que le daban su riqueza al derecho clásico. Además, esta excesiva simplicidad producía a veces confusiones acerca de la naturaleza de las instituciones y por ello, podían producirse problemas para el intérprete al momento de aplicar la norma a un litigio. Esto nos sirve para precisar la diferencia entre derecho primitivo y derecho vulgar: Mientras ambos son simples, el primero nunca ha llegado más allá de fórmulas muy primarias de normas mientras que el segundo supone que ha existido un periodo de alta complejidad y riqueza que se ha perdido por lo que los criterios que se pueden esbozar se construyen sobre las ruinas de un conocimiento degradado y atrofiado.

El derecho vulgar carece de tipicidad nominativa: Es decir, tiene a la confusión de figuras jurídicas similares. No es capaz de reconocer los matices que pueden presentarse entre instituciones jurídicas vinculadas o con características análogas. A manera de ejemplo se puede citar la confusión existente entre los conceptos de "Dar" y "Transferir" (Dare y tradere) que en el derecho Clásico habían sido definidos perfectamente como distintos. Sin embargo la experiencia vulgarizadora de la época baja, incurre en el error de una simplificación excesiva, con lo que el derecho pierde sus matices y riquezas científicas.

La Introducción de criterios extra jurídicos en las decisiones judiciales: El Derecho vulgarizado no es un derecho puro, es decir, se caracteriza por la presencia "contaminante" de una serie de elementos de filiación espúrea que no pertenecen al mundo del derecho positivo, como criterios morales,

económicos o políticos. Así las decisiones judiciales comienzan a adoptarse muchas veces sin seguir al texto legal, sino dejándose influir por razones de orden práctico, las que estaban vinculadas a otro tipo de criterios: Pej. Económicos: Si un contrato no podía ser cumplido por una de las partes debido a una brusca disminución de su fortuna, podía aceptarse la disminución de sus obligaciones en virtud de consideraciones de caridad y economía. Dicho criterio habría sido, sin embargo, inaceptable en el Derecho Clásico. A su vez, el derecho vulgar mezcla frecuentemente la sustancia con las formas. Son usuales los textos vulgarizados que abundan en lenguaje retórico, con el objeto de describir instituciones jurídicas muy simples o sencillas, que en la época anterior habrían sido descritas mediante fórmulas muy exactas y breves.

El Derecho Romano Vulgar tiende a los resúmenes y abreviaciones: Como un fenómeno paralelo al de la simplificación de los conceptos jurídicos, surge la tendencia a compilar resúmenes o "Epítomes" y abreviaciones o "Breviarios". Los primeros son pequeñas obras que ofrecen los textos más esenciales de los antiguos juristas y que persiguen facilitar la tarea de los jueces y funcionarios encargados de aplicar el Derecho.

En relación con los segundos, son simples selecciones de trozos más o menos inconexos que se presentan en forma de sentencias o aforismos que han sido extraídos de los textos clásicos.

Según el profesor Merello, cuestión en la que concordamos ampliamente, este tipo de obras es propio de periodos de decadencia de una cultura. Como ya no existían los jurisconsultos el Derecho se torna complejo en su aplicación por simples funcionarios de las cancillerías imperiales y por eso era necesario recurrir a estos simples manuales, que no tenían sino modestas pretensiones de servir de "guías de trabajos" para los empleados de la maquinaria imperial.

El marcado pragmatismo del Derecho: Es decir, el derecho se vuelve un fenómeno costumbrista, en donde la mayor parte de las veces se olvidan antiguas formas jurídicas en beneficio de soluciones más expeditas y simples. Así la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* desaparecen y las donaciones *mortis causae* desplazan a los testamentos.

Fuentes del Derecho romano vulgar

Conviene estudiar enseguida, las fuentes de conocimiento del Derecho Romano Vulgar que han sobrevivido a lo largo de los siglos y que nos ha legado la antigüedad.

En ellas distinguimos los siguientes grupos:

La jurisprudencia clásica, reformulada por los juristas de la decadencia: Destacan aquí las "*Sentencias de Pablo*" (Pauli Sententiae) y el "Epítome de Ulpiano" (Ulpiani liber singularis regularum).

En el primer caso se trata de una obra que recoge una parte apreciable de la obra del Jurista Clásico Paulo, que coincide en muchos casos con las opiniones de Ulpiano. Fue redactada hacia mediados del siglo III. Se caracteriza por ser un texto de fácil consulta que no presenta una técnica depurada, sino que abunda en las simplificaciones apuntadas del Derecho Romano Vulgar. No conocemos directamente su texto sino a través de otras obras, entre las que destacan la "Fragmenta Vaticana" y el "Breviario de Alarico". En relación con el Epítome, es una obra anónima compuesta al parecer a principios del siglo IV y su técnica es igualmente elemental. Recoge parte del pensamiento de Ulpiano, y sigue la estructura de las Institutas de Gayo.

Las Colecciones de Constituciones Imperiales: Debe destacarse que junto con el desarrollo del Derecho Romano Vulgar, se produce un gran desarrollo

de las Constituciones Imperiales como fuente formal del Derecho Romano. Este fenómeno se explica por la concentración de poder en manos del Emperador durante el periodo del Dominado y de la decadencia del imperio, por lo que la Corte asume como única productora del derecho vigente. Ello provoca una natural inquietud por la ordenación de este floreciente pero desorganizado derecho. Surgen así las llamadas "Colecciones" o "Códigos": Conocemos tres de ellos a los que hay que añadir el "Código" o "códex" de Justiniano. Son los siguientes:

El Código Gregoriano: Obra de carácter privado (emanada de un autor privado no oficial) fue escrita a fines del Siglo III (294) y recopila rescriptos y constituciones desde la época de Adriano hasta Dioclesiano.

El Código Hermogeniano: También una obra privada, escrita hacia principios del siglo IV (314-324). Contiene constituciones y rescriptos de Dioclesiano.

El Código Teodosiano: A diferencia de las anteriores es una obra oficial, ordenada por el emperador Teodosio el Grande. Pretendía contener la totalidad de las constituciones imperiales dictadas y de las opiniones de la jurisprudencia. Pero en la práctica sólo contuvo Constituciones desde Constantino en adelante. Estaba compuesto de 16 libros divididos en títulos y leges. Fue promulgado en el siglo V y fue el último acto legislativo común a las dos mitades del imperio. Posteriormente algunos emperadores hacían regir en su área las Constituciones dictadas en la otra, pero siempre por un acto de voluntad expresamente determinada.

El Código Teodosiano fue derogado por Justiniano, quien lo reemplazó por su propio Codex, pero para Occidente continuó vigente y fue recogido en gran parte por el Breviario de Alarico.

Las Colecciones Mixtas de jurisprudencia y constituciones imperiales: Son textos que pretenden una explicación más o menos completa de ciertas instituciones jurídicas de aplicación práctica y usual:

La Comparación de las Leyes Mosaicas y Romanas: (*Collatio legum mosaicarum et romanarum*) También llamada la *Lex Dei*. Se basa en algunas de las explicaciones de Flavio Josefo para sostener la analogía y similitudes entre la ley judía y la romana.

La *Fragmenta Vaticana*: Es una compilación anónima de iura (fragmentos de Paulo, Ulpiano y Papiniano y *leges*, especialmente constituciones de Dioclesiano. Fue encontrada en la Biblioteca Vaticana en 1821. Se cree que fue usada para la enseñanza del Derecho y que también sirvió para jueces y abogados.

La Consulta de algunos antiguos jurisconsultos: (*Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*) Al parecer es obra de un abogado de Arlés. Consiste en una recopilación de iura y constituciones imperiales contenidas en los códigos Gregoriano y Hermogeniano.

Las Interpretaciones: Consisten en obras breves que pretenden explicar en forma sintética y muy elemental las principales características de obras mayores de Derecho Romano. Son una clara fuente del derecho romano vulgar, pues en ellas se expresa con fuera el carácter elemental y primario de las explicaciones de un derecho en decadencia. Como ejemplo se pueden citar la "*Interpretatio*" del Breviario de Alarico que pretende explicar los conceptos de esta obra mayor y que al parecer sería obra de los maestros de las escuelas de Derecho del sur de las Galias. Otro ejemplo el "*Epítome de Gayo*" al que se ha estimado como una interpretación de la primera parte de las famosas *Institutas* redactadas por el jurista clásico.

Las Leyes Romano Bárbaras o Romano Germanas: Son aquellas leyes dictadas por los jefes o reyes de los pueblos bárbaros que se asientan sobre

los restos del imperio occidental que se desmorona. En nuestro caso, pueden citarse las cuatro grandes fijaciones de derecho romano dictadas por los reyes visigodos con el fin de regir a la población galorromana e hispanorromana bajo su poder. Son una evidente expresión del derecho romano vulgar. Ellas son: Las *Leges Theodoricianae*, de Teodorico I y Teodorico II; El Código *Euricianus*, de Eurico, el *Breviarium Alarici* o *Lex Romana Visigothorum*, de Alarico II, el Código de Leovigildo o *Codex revisus* y el *Liber Iudiciorum* o libro de los jueces de Recesvinto. De ellas hablaremos en el siguiente capítulo.

Otros pueblos de origen germano también producen este tipo de obras, como los burgundios que redactan la "*Lex Romana Burgundionum*", los ostrogodos y el famoso "*Edictum Theodorici*", los francos ripuarios y "*La Lex Ripuaria*", los francos sálicos y la "*Lex Sállica*", la "*Lex Alamannorum*" y la "*Lex Baiwariorum*". Efectuaremos una breve referencia a ellas por tratarse de textos romano vulgares de gran influencia en el resto de Europa Occidental:

1. La *Lex Romana Burgundionum*: Redactada por orden de Gundobaldo (474-516), rey de los borgoñones o burgundios hacia 500. Estaba dividida en 46 títulos. Sus fuentes son los 3 códigos de derecho romano vulgar indicados más arriba y algunas novelas posteodosianas, más fragmentos de las Sentencias de Paulo y de las Institutas de Gayo.
2. El *Edictum Theodorici*: Atribuido a Teodorico el grande (Rey de los ostrogodos y prefecto de Italia y las Galias por delegación del Emperador de Oriente). Fue compuesto alrededor del año 500. Consta de 154 artículos. Sus fuentes aunque no se indican, son las mismas que las de la anterior.

3. La Lex Ripuaria: Fue obra de los francos ripuarios, fue compuesta en el siglo VI y constaba de 89 títulos, cuyo contenido fue evolucionando en sucesivas reelaboraciones, hasta la de Carlo Magno en 803.
4. La Lex Sállica: Obra de los francos sállicos, compuesta hacia el 508-511, recoge principios de derecho consuetudinario anteriores a Clodoveo y se refiere a materias penales, procesales y negocios jurídicos. Entre sus disposiciones se prohíbe que las mujeres puedan heredar la propiedad de tierras. Este será el origen de la Ley Sállica medieval, inventada por los juristas franceses para impedir que la Corona fuera heredada por Mujeres.
5. La Lex Alamannorum: Probablemente escrita entre el 613-22 o el 629-39. Con influencia sállica se ocupa de materias eclesiásticas. En sus reelaboraciones, como la de Lanfrido de Suevia (709-730), consta de 99 títulos y;
6. La Lex Baiuvariorum: Es una verdadera compilación de derechos germanos, con elementos, bávaros, visigóticos, francos, alamanos y longobardos. Fue objeto de sucesivas reelaboraciones hasta la de 744-48. Estaba compuesta de 21 títulos, que contienen derecho eclesiástico, duques, delitos, estado civil, matrimonio, tutelas, propiedad o dominio y obligaciones.

El cristianismo y su influencia en el derecho romano

Un factor de enorme importancia en la evolución de las instituciones jurídicas romanas está constituido por la aparición, desarrollo, expansión y posterior triunfo del cristianismo sobre los cultos paganos que habían dominado la cultura romana desde sus orígenes.

La Religión y la Iglesia Cristiana, fundadas por Jesucristo, rabí y carpintero de origen judío a durante el reinado de Tiberio surge hacia el primer cuarto del siglo I en Palestina (Judea) y gracias a la labor de los apóstoles y muy especialmente de San Pablo se extiende rápidamente por las provincias orientales, luego llega a Roma y avanza hacia Occidente, hasta Gran Bretaña. La nueva religión no tuvo grandes problemas hasta el año 64 en que el emperador Nerón inicia las persecuciones. En esta época el cristianismo subsiste en las sombras. La religión se desarrolla a escondidas y bajo las Catacumbas, gigantescos túneles subterráneos situados en las afueras de Roma. Sucesivas persecuciones especialmente las de Dioclesiano fortalecen antes que acaban con el culto. Finalmente el Imperio se percata de la utilidad de reconocer libertad a sus súbditos cristianos. Éstos se caracterizaban por su lealtad a la autoridad legítima, su responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, el respeto de la ley y el pago de los impuestos. El emperador Galerio dicta en 311 un primer edicto de tolerancia. Luego Constantino el Grande y Licinio proclaman en 313, en Milán el célebre Edicto de Tolerancia. Con ello la Iglesia pasa ser considerada una sociedad lícita dentro del Imperio.

Una fallida vuelta a los cultos paganos con Juliano, descendiente de Constantino, no puede detener la gran fuerza del cristianismo y finalmente con Teodosio, hacia 390, la Iglesia es reconocida no sólo como religión lícita sino como la religión oficial del Imperio.

Como hemos dicho unas secciones atrás, al tratar de las causas de la caída de Roma, un símbolo de esta nueva condición de la Iglesia es la entrega de las antiguas basílicas de la justicia y el comercio a los obispos.

Es en esta nueva condición de poder oficial que la Iglesia, adquiere una serie de nuevas potestades jurídicas. En efecto, al ser reconocida, pasa a ser titular de derechos y obligaciones. Se hace dueña de bienes, recibir herencias

y legados y puede darse una organización permanente sancionada por un derecho propio: *El Derecho Canónico*. Iglesia e Imperio se influyen mutuamente. Así la Iglesia adopta ciertas formas de organización propias del Imperio, como la jerarquía eclesiástica y la división territorial de su jurisdicción (Las "Diócesis" cristianas tienen origen en la nomenclatura del gran perseguidor de la Iglesia, Dioclesiano).

La Iglesia está organizada en Diócesis a cargo de un Obispo. Cada diócesis está dividida en parroquias. Los obispos son elegidos en un comienzo por el pueblo cristiano de la Diócesis, pero luego su nombramiento pasa a ser competencia del Papa. El Papa es el Obispo de Roma, se le reconoce su primacía jerárquica como sucesor de San Pedro, príncipe de los Apóstoles. En sus orígenes el papa fue elegido por el clero de Roma, pero más tarde la elección se confió a los altos prelados de la Iglesia.

Las reuniones generales de la Iglesia se denominan "Concilios", sus decisiones se conocen como Cánones. Los Concilios pueden ser Ecuménicos, Provinciales y Nacionales:

- a) En relación con los concilios ecuménicos, los primeros 8 fueron celebrados en Oriente y el Papa fue representado por legados apostólicos. De ellos, los cuatro iniciales (Nicea, Constantinopla I, Éfeso y Calcedonia) fueron de enorme importancia en la fijación de los dogmas fundamentales del Cristianismo. Justiniano confirió a sus cánones o decisiones el rango de Leyes Imperiales. Como ejemplo en el Concilio de Nicea (celebrado en el año 325) se adoptó la fórmula definitiva del Credo; y en nuestros días, el Concilio Ecuménico Vaticano II, convocado por el Papa Juan XXIII y clausurado por su sucesor Pablo VI.
- b) Concilios provinciales: Ej. Zaragoza de 380 y Toledo de 400 que se ocuparon de la disciplina y moral eclesiástica. También son ejemplo de

Concilio Provincial los Concilios convocados en América durante el siglo XVIII, como los Concilios de Lima, que congregaban a todos los obispos de América del Sur.

- c) Concilios Nacionales son aquellos que se circunscriben a un solo país o Estado y como ejemplo podemos citar el Concilio de Ilíberis o Elvira celebrado en 303, en España, que condenó las costumbres paganas, prohibió el matrimonio entre cristianos y paganos o herejes y sancionó el maltrato de los esclavos. También los Concilios Nacionales de Toledo, como el de 404 que aceptó el credo niceno y el de 654 que elaboró el Liber Iudiciorum.
- d) El Derecho de la Iglesia, conocido como Canónico, tiene su origen en la Sagrada Escritura y en las decisiones y resoluciones adoptadas por el magisterio de la Iglesia, especialmente por el Romano Pontífice y por los Concilios. Además se basa en los principios clásicos del Derecho Romano, profundamente influidos eso sí por los principios morales y religiosos del cristianismo.

Por su parte, el Derecho romano es profundamente marcado por los valores y criterios desarrollados por la nueva religión:

- a) La Iglesia distingue dos órdenes de poder: el temporal y el espiritual, el primero pertenece a la Iglesia, gobernada por el papa y los obispos en comunión con él y el segundo le pertenece al Emperador. Pero este debe gobernar para asegurar el bien común. Esta concepción se encuentra en la base del pensamiento político postclásico y medieval.
- b) La Iglesia influye también en la evolución y mutación de algunas instituciones vinculadas al Derecho de Familia. Así el matrimonio, la filiación y la desaparición de la esclavitud constituyen un claro ejemplo de la recepción del pensamiento cristiano en el Derecho.

- c) El concepto clásico de Derecho, en virtud del cual se considera legítimo el uso del derecho sin importar sus consecuencias es alterado por la idea cristiana de la ilicitud del mismo si se usa en perjuicio del prójimo.
- d) Asimismo hay un cambio profundo en la concepción sobre los orígenes del poder y las obligaciones del gobernante. El Derecho Clásico tendía claramente al absolutismo, y a la concepción del gobernante por sobre la Ley. Sin embargo, el derecho influido por el cristianismo concibe el ejercicio del poder como una obligación al servicio del Bien Común. Teodosio II y Valentiniano III proclaman en 429 que es "propio de la dignidad del que reina declararse sujeto a las leyes. Nuestro Poder no es otro que el poder de las leyes y hay algo más grande que mandar, que es someter su poder a las leyes". Conjuntamente con lo anterior el cristianismo manda a los creyentes a obedecer a las autoridades legítimas y a resistir las leyes que sean contrarias a la ley natural, es decir "Leyes Injustas".
- e) En cuanto a la naturaleza del derecho de dominio fue también profundamente influido por el cristianismo, que reemplaza la concepción de arbitrariedad absoluta del derecho clásico por la de la propiedad sujeta al gravamen del bien común social. Los hombres son meros detentadores de la riqueza de la creación y han de preservarla sin que les sea lícito destruirla o que los más pudientes incurran en el dispendio de los bienes puestos a su alcance. Son numerosos los ejemplos de constituciones imperiales que buscan evitar los abusos derivados del uso arbitrario y egoísta de la propiedad.
- f) En materia contractual, el cristianismo procuró poner término a ciertas prácticas estimadas como abusivas, p.ej: La lesión enorme o "Laesio enormis". Y se intentó contener la práctica de los préstamos a intereses.

g) En cuanto al matrimonio, el cristianismo tendió a favorecer la desaparición del divorcio. Esta institución del derecho romano clásico que establecía la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial por el mero consentimiento de los cónyuges, fue condenada por los padres de la Iglesia. Se afirmó la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Poco a poco se suprimieron las causales que lo hacían pertinente, así por ejemplo en 331 una Constitución Imperial de Constantino admitió el divorcio contra el marido homicida, mago o violador de sepulcros, o contra la mujer adúltera y dada a los maleficios.

Las segundas nupcias fueron aceptadas en la medida que se tutelaran los intereses de los hijos del primer matrimonio, pues el viudo sólo conservaría el usufructo sobre los bienes del cónyuge fallecido ya que la propiedad pasaba a los hijos.

En cuanto a las características de la potestad paterna o patria potestad, el cristianismo atenuó sus facetas absolutas y la concibió como una forma de protección de los hijos. Se penalizó el asesinato y el abandono de los hijos. En lo referente a las sucesiones el cristianismo tendió a la protección de la descendencia por consanguinidad y a la constitución de legítimas forzosas. Igualmente sucedió con la potestad marital, pues la Iglesia postulaba la igualdad esencial de los sexos.

h) Con referencia al siempre polémico tema de la esclavitud. La actitud del cristianismo, que como religión difiere diametralmente de la concepción pagana de dominio lícito de un hombre sobre otro, pues cree en la igualdad esencial de todos los hombres como criaturas de Dios, dotadas de una dignidad inalienable, fue de una prudente pero persistente lucha por su abolición.

Debe aclararse que la abolición inmediata era impensable –aunque muchos cristianos eran partidarios de usar su nuevo poder para imponer el término de la esclavitud en virtud de una Constitución Imperial que así lo declarase- pues la base de la economía del mundo antiguo radicaba en la mano de obra esclava como motor de los procesos productivos. La erradicación de la esclavitud debía responder a una política que conciliara la progresiva desaparición de las causales por las cuales se "hacían" esclavos, con el desarrollo de formas alternativas de producción que remplazasen a la mano de obra esclava.

De esta forma el Cristianismo fue imponiendo la extinción de la esclavitud mediante la desaparición de las formas de caer en esclavitud y el aumento de las causales de manumisión o liberación de los esclavos.

Así puede señalarse:

El Concilio ya citado de Ilíberis impuso siete años de penitencia a la mujer que diese muerte a un esclavo.

Constantino innova en variados aspectos:

Penaliza el homicidio del esclavo cometido por el amo en los siguientes casos: A palos o pedradas, dardo o veneno, arroja a las fieras o le aplica carbones encendidos.

Se prohíbe la repartición de familias de esclavos en el caso de particiones hereditarias.

Se establece la manumisión "in templum" mediante la cual es válida la liberación del esclavo si el amo la realiza en la Iglesia y en presencia de un sacerdote.

Se establece la manumisión como sanción a los atentados al pudor de los esclavos.

Justiniano declara que el esclavo poseído en comunidad y manumitido por uno de sus dueños, adquiere la libertad, debiendo el manumitente indemnizar al otro dueño.

El propósito de la Iglesia era lograr que la redención de esclavos fuera una tarea de todo cristiano fiel a las enseñanzas de Jesucristo. Así se recuerda siempre el ejemplo de San Gregorio I el Grande: Siendo un joven monje y recorriendo los mercados de esclavos de Roma, observa a una pareja de jóvenes rubios y descalzos a la venta; al señalarlos el comerciante le indica "Sunt angli". Su respuesta es famosa: "Non sunt angli, sed angeli, liberabit suis.

La última fijación del derecho romano: justiniano y el desaparecimiento del imperio en occidente

En 527 sube al trono imperial de Oriente, un nuevo "Basileus", JUSTINIANO, el sobrino del emperador Justino, ambos de un modesto origen dalmata. Estos soberanos serán los protagonistas del resurgir del poderío bizantino. A cincuenta años de la caída de Roma en poder de las hordas bárbaras, Justiniano cree llegada la hora de restaurar el poder de las águilas imperiales en la Ciudad Eterna. Y logra en verdad prodigiosos triunfos: La destrucción del reino vándalo y la recuperación de la provincia de África; la conquista de Sicilia y de casi la totalidad de Italia, incluida Roma; la retoma de la costa oriental de Hispania y la paz con los Persas. Sin embargo, estas conquistas que hicieron pensar en la restauración del genio occidental del imperio, resultan efímeras. El poder bizantino en Hispania e Italia se desintegra a la muerte de Justiniano. Visigodos y Longobardos respectivamente, se encargan de ello.

Al final el sueño del emperador es destrozado. Occidente revela que no es el Fénix inmortal que renace de sus cenizas. Pero su legado en el plano del

Derecho sí que será perdurable. Es el autor de una de las empresas más asombrosas en la historia de Europa, la fijación, ordenación y compilación del magno Derecho Romano; la última vez que se legisla en Latín. Y también, la última vez en que se emplean las fórmulas romanas clásicas con el rigor científico que caracterizó a su derecho.

Hacia comienzos del siglo VI, el volumen del Antiguo Derecho Imperial era de tal entidad que no resultaba ya aplicable sino en forma de los contaminados textos vulgarizados. La pureza del derecho se perdía entre una enormidad de fuentes superpuestas, oscuras y frecuentemente contradictorias. Las cancellerías imperiales debían realizar la tarea de búsqueda de la legislación perviviente, en medio de un desconcierto cada vez mayor. Por eso Justiniano toma la resolución de ordenar y fijar el Derecho en un texto único:

La compilación de Justiniano se compone de 4 obras independientes entre sí, pero de carácter complementario y sucesivo: Códex (Colección de Constituciones Imperiales), Digesto o Pandectas (antología jurisprudencial), Institutas (Texto didáctico) y Novellae Iustiniani (Novelas o Constituciones Imperiales de Justiniano dictadas luego del Código). De estas cuatro obras la primera y la última contienen la totalidad de las "Leges" y la segunda y tercera contiene el Ius o "iura" (jurisprudencia y doctrina).

EL CODEX O CÓDIGO:

Siguiendo el ejemplo de Teodosio el Grande, que había mandado componer el Código Teodosiano, Justiniano ordena la composición de un nuevo código, que diera por fin cumplimiento al plan de abarcar la totalidad de las Leges (Constituciones Imperiales Vigentes).

Así, dicta la Constitución "*Haec quae neccesario*", de 13 de febrero de 528. Su redacción se encarga a una comisión integrada por 10 profesores de Derecho (casi todos pertenecientes a las Universidades de Constantinopla y de Berito) cuyos más importantes miembros eran Triboniano (magister officiorum) y Teófilo. El resultado de su trabajo fue promulgado el 7 de abril de 529 por la Constitución Imperial "*Summa Rei Publicae*". Los textos originales de este texto no se han conservado íntegros y sólo conocemos una reducida parte de los mismos.

Sin embargo, el código resultante no abarcaba sino las constituciones imperiales contenidas en los antecedentes códigos Gregoriano y Hermogeniano, por lo que se decidió avanzar aún más y Justiniano nombró a una nueva comisión, encabezada por el propio Triboniano y por Doroteo, quienes logran concluir su trabajo a fines de 534. El nuevo Código cuya promulgación se debe a la Constitución "*Cordi Nobis*" del 16 de noviembre del año indicado y se titula *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*. Su estructura se compone de 12 libros divididos en títulos, cada uno de los cuales indica su contenido.

Es la mejor y última de las obras de los juristas latino-orientales y se basa en las Constituciones Imperiales y en la obra de la jurisprudencia clásica. Su característica principal es la búsqueda de una unidad sistémica de que carecían los anteriores códigos vulgarizados. Para ello y por orden directa de Justiniano, se recurre a la selección de los textos vigentes que permiten hacer coherente el contenido de las diversas leyes que lo componen.

EL DIGESTO O PANDECTAS:

Ya hemos dicho que conjuntamente con la recuperación, ordenación y fijación de las leyes, Justiniano se preocupó por la fijación del ius o de la jurisprudencia clásica. Para ello dicta la Constitución "*Deo Auctore*" de 15 de

diciembre de 530. Los encargados de llevar adelante la empresa fueron nuevamente Triboniano y los profesores de la Universidad de Constantinopla y funcionarios de la cancillería imperial. El texto es promulgado por la Constitución "Tanta" de 16 de diciembre de 533.

En este caso el emperador autorizó la alteración (interpolación) de los textos con el fin de rescatar la jurisprudencia clásica respecto del derecho que se encontrara vigente y evitar la contradicción entre los mismos. Años más tarde estas interpolaciones serán rastreadas y pesquisadas por la escuela Humanista (mos gallicus).

El texto definitivo se compone de 50 libros divididos en títulos, cada uno de los cuales contienen un número variable de textos de jurisprudencia clásica señalando su autor y la obra de la cual se han tomado. El total de fragmentos asciende a 9.142, de los cuales 2/3 son de juristas tardo-clásicos.

Serán los fragmentos de este texto, encontrados por Iriero en la Biblioteca de la Universidad de Bolonia, sobre los cuales trabajarán los glosadores del siglo XI y XII para rescatar la obra de Justiniano y para dar origen al *ius commune*.

LAS INSTITUCIONES O INSTITUTAS:

Mientras se trabajaba en la compilación del Digesto, Justiniano encomienda al mismo Triboniano y a Doroteo y Teófilo, al redacción de un texto destinado a la enseñanza del derecho. El resultado es la magna obra de las Institutas, que fue promulgada por la Constitución "Imperatoriam Maiestatem" de 21 de noviembre de 533.

La obra sigue el modelo de las Institutas de Gayo. Es más, el texto justiniano substituyó a la obra del jurista clásico en su carácter de texto de

enseñanza. Se compone de 4 libros que tratan de las personas, cosas y acciones.

LAS NOVELAS:

La última de las obras del gran emperador, corresponde a su deseo de compilar la totalidad de su obra legislativa. Debido a que el Código había sido dictado hacia los inicios de su reinado, las numerosas constituciones imperiales dictadas desde entonces no habían sido incluidas en la vasta obra de Triboniano y sus colegas. De ellas muchas eran dictadas en griego (sin traducción latina) y pocas tenían contenido público. El emperador estimó preciso compilarlas también y se encomendó la tarea a Juliano (profesor de la Universidad Imperial de Constantinopla).

El texto comprende la versión abreviada y escrita en latín de 124 leyes, denominada "Epítome Iuliani". Este texto fue conocido en Europa en toda la Edad Media. Pero hacia principios del siglo XII se encontró en Bolonia otro texto o versión que recogía 134 Constituciones dictadas entre 535 y 556, denominada "Authenticum". En él se contiene el texto original latino de las constituciones dictadas en ese idioma y la versión traducida de las constituciones griegas.

Irnerio redujo el Authenticum a sólo 96 leyes y las ordenó y glosó en 9 colaciones.

Comentario sobre la obra jurídica de Justiniano

Ya se ha dicho que la obra del emperador oriental es la más importante fijación del Derecho jamás conocida. Asimismo, su influencia en nuestro propio derecho es capital, al punto que las leyes patrias son inexplicables sin la referencia a los textos justinianos. En verdad el principal mérito es el de

Triboniano. Nos imaginamos el colosal esfuerzo realizado por este asesor legislativo del emperador que desplegó infatigables esfuerzos durante 6 o más años seguidos en la composición simultánea de las tres primeras obras.

El Corpus Iuris es el fruto de la larga evolución del Derecho de la urbe. Sin esta magnífica obra, mucho de la sabiduría romana se habría perdido para siempre.

Pero ello no debe hacernos perder de vista las limitaciones que presenta – como toda obra salida de la mano del hombre, según dirá Bello- tanto en su contenido, como su estructura y aplicación.

En cuanto a su contenido, no debe olvidarse la intervención activa que tuvieron los profesores que componen los textos del ius (Digesto e Instituciones) con el fin de hacer coherentes los textos fijados. Estas interpolaciones muchas veces hacen perder su sentido originario a numerosas instituciones e introducen elementos extraños a la ciencia del derecho clásico. Los humanistas afirmarán más tarde que estas intervenciones y adaptaciones constituyen "Basura" que contamina el texto original.

Su estructura de carácter omnicompreensivo atenta en numerosos casos en contra de la autonomía de ciertas instituciones con valor propio, que resultan desfiguradas en una obra tan vasta que no permite fijar la atención en sus componentes primarios.

Y la paradoja más grande se relaciona con su vigencia y aplicación. Concebida como una obra fijadora del Derecho Imperial, fue aplicada en Oriente, pero con la muerte de Constantino cada vez más se prefirió las particularidades del Derecho oriental (escrito en griego) a la obra clásica y latina, lo que le dio un carácter típicamente bizantino a las instituciones romanas. Con todo este derecho permanece en vigencia hasta la caída de la ciudad imperial en poder de los turcos otomanos en 1453. En relación con su vigencia en el Occidente, la "*Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii*" de 13

de agosto de 534 la hizo aplicable a Italia y a las provincias recuperadas de manos de los bárbaros. Pero esta aplicación fue de breve vida. La pérdida de la península por los bizantinos debida a la invasión Lombarda o longobarda, hace que los textos dejen de ser aplicados hasta fines del siglo XI.

Dormidos en los anaqueles de la Biblioteca de Bolonia, los tesoros de la Roma Clásica, luz del mundo civilizado, esperarán por medio milenio, hasta que los monjes gramáticos de dicha Universidad descubran los pergaminos y den comienzo a la escuela de los glosadores. El triunfo de la loba romana será, con todo, el de su derecho que enriquece hasta hoy nuestro conocimiento de la historia de la vida humana.

Guía de Trabajo:

- 1.- Señale cuáles son los principales aportes de Roma a la cultura Occidental.
- 2.- Indique detalladamente los distintos periodos históricos por los que atraviesa Roma desde su fundación hasta la caída en 476.
- 3.- Explique la principal diferencia entre el Principado y el Dominado.
- 4.- Explique la evolución del Senado en la historia de Roma.
- 5.- ¿Qué significado tiene la Sigla "SPQR"?
- 6.- ¿Qué es la Pietas?
- 7.- Señale brevemente cuales fueron las causas de la caída de la República Romana.
- 8.- Indique cuáles eran las principales instituciones jurídicas de la Hispania prerromana. Y explique qué era la "Devotio Ibérica".
- 9.- ¿Cuáles son las causas de la llegada de los romanos a la península ibérica?. Explique brevemente.
- 10.- ¿Cómo evoluciona la organización provincial en Hispania?
- 11.- ¿Qué tipo de ciudades pueden distinguirse en el imperio romano, antes de la Constitución Antoniniana?. Explique el Municipio Latino.
- 12.- ¿Cuáles son las razones que invoca Caracalla para dictar su Constitución en 212?
- 13.- Señale brevemente las causas militares y demográficas que explican la caída de Roma.
- 14.- ¿Qué es el Derecho Romano Vulgar?
- 15.- ¿Por qué la vulgarización del Derecho es un fenómeno más intenso en Occidente que en Oriente?.

16.- ¿Por qué se dice que el Derecho Romano Vulgar tiende a las abreviaciones y a los resúmenes?.

17.- Desarrolle las Colecciones Mixtas de jurisprudencia y constituciones imperiales como fuente del Derecho Romano Vulgar.

18.- ¿Qué era la "Lex Sállica"?

19.- ¿Qué influencias concretas puede Ud., señalar del cristianismo sobre el Derecho Romano?.

20.- ¿Por qué era necesaria una obra como el Corpus Iuris?.

21.- Desarrolle el tema de las principales características del Digesto o Pandectas.

OBSERVACIÓN: Fundamente sus respuestas en la materia vista y en la bibliografía citada en este apunte.

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, México, Escuela normal superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

LÓPEZ Reyes, Amalia, et. al., *Nuestro mundo 2*, México, Continental, 1983, 222 pp.

MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia general del derecho*, México, Porrúa, 2005, 483 pp.

GRIJALBO, *Enciclopedia temática, historia I*, Colombia, Norma, 1999, 350 pp.

CALDWELL, Taylor, *La columna de Hierro*, México, Grijalbo, 1983, 779 pp.

PLATÓN, *Diálogos*, México, Porrúa.

UNIDAD 4

LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA

Teresa Maria Geraldés Da Cunha Lopes y

Alejandro Calvillo Alcantar

OBJETIVO PARTICULAR.

El alumno conocerá la evolución del derecho durante la Edad Media y la formación de un mosaico de sistemas jurídicos locales; la importancia de los derechos germanos, en particular del Derecho visigodo en la construcción de los derechos ibéricos y la influencia de la Iglesia y del Derecho Canónico en el movimiento de sistematización de las normas.

CONTENIDO TEMÁTICO.

4.1 EL DERECHO GERMÁNICO PRIMITIVO y el DERECHO VISIGODO

Los bárbaros germanos y el reino visigodo.

Es el año 476, faltando siete días para los idus de septiembre y un reyzeulo bárbaro de origen hérulo, Odoacro, pondrá fin a la más brillante de las civilizaciones jamás conocida. En ese momento, dueño ya el bárbaro de Roma, la ciudad vencida por el hambre luego de un rápido asedio, ve a las hordas germanas enseñorearse en las calles del Foro y en la colina Palatina. Odoacro toma entonces prisionero a un adolescente-niño de 14 años, Rómulo

Augústulo, quien ni siquiera se entera bien de la tragedia que tiene lugar. El último de los césares, que ocupa la púrpura desde menos de un año antes, luego de una serie de asesinatos y complots de los que es un simple peón, no puede darse cuenta de lo que ocurre en verdad. Roma, la ciudad eterna, capital de un Imperio Universal, la ciudad que orgullosa declaraba que no necesitaba de murallas para defenderla pues todo el orbe era romano es ahora una ciudad vencida en manos de un grupo de aventureros. Odoacro, despectivo, pero sagaz e inteligente, elige demostrar su nuevo poder con un símbolo: Envía las águilas imperiales y las insignias del poder romano (SPQR) a Constantinopla, con el siguiente mensaje: "Roma ya no existe más". Al recibirlas, Zenón, el emperador oriental derrama lágrimas por la tragedia. El mundo se hunde en un abismo de caos, desorden, violencia, hambre e ignorancia. El Senado Romano comunica a Zenón que es ahora Emperador de ambas mitades del Imperio, mas Odoacro burlón, haciendo caso omiso de lo anterior se proclama a sí mismo Rey de Italia.

Mientras en el sur de las Galias, al conocerse la noticia, los visigodos unidos bajo el reinado de Eurico, constituyen de pleno derecho un reino independiente que ya no reconoce los límites y formas romanas.

¿Pero quienes son éstos que han destruido la maravilla de maravillas? La conmoción reinante en aquella época de desgracias no registra crónicas que permitan una adecuada evaluación del fenómeno de las invasiones. Pero desde la perspectiva que nos permiten 16 siglos de historia posterior a la caída de Roma, podemos sostener algunas hipótesis más o menos verosímiles:

La tesis tradicional indica que los bárbaros germanos habrían comenzado sus migraciones sobre el Imperio, presionados a su vez por las migraciones de algunos pueblos asiáticos, que habrían ocupado sus tierras ancestrales. Además una explosión o violento aumento en la tasa de natalidad de los

germanos les habría impulsado a buscar territorios más amplios donde asentarse. A ello se vinculan también, algunos factores climáticos que seguramente contribuyeron al empobrecimiento de las tierras que les alimentaban, por lo que el esplendor de la civilización romana les habría resultado atractivo, como fuente de alimentos y seguridad para su desarrollo. Los germanos entran pues, en contacto con el Imperio, debido a factores ajenos a ellos mismos.

Debemos destacar dos elementos que hacen muy particular este proceso de migración:

- En primer lugar no se trata de incursiones militares llevadas a cabo por unos cientos o miles de soldados sino de traslaciones de "protonaciones" completas, que llevan consigo todos sus bienes y su cultura. Del total de germanos conocidos, que entran en contacto con el Imperio, no se conocen casos de expediciones de saqueo que hayan vuelto a sus oscuras tierras originales. Antes bien, los bárbaros reclaman de la autoridad imperial el derecho de migrar como pueblos autónomos.
- En segundo lugar no se trata e pueblo nómades por naturaleza, sino de naciones que ya habían desarrollado los rudimentos de la vida sedentaria y que por tanto, reclaman tierras donde asentarse, al haber perdido sus tierras originales. Es cierto que en su mayoría se dedican a la caza y recolección y que no conocen el concepto de civitas (polis), pero las aldeas que construyen tiene una característica más permanente que el simple campamento nómada.

El origen racial de estos pueblos se vincula con el tronco indoeuropeo, del que descienden también los pueblos latinos. Aun cuando, entre los germanos hay algunos elementos iranios, como los "alanos", y asiáticos, como los "ávaros", su tronco común parece ser originario de las zonas boreales de Europa.

Hoy, no es posible establecer con total certeza su origen remoto. Las características físicas típicas de estos pueblos (gran estatura y corpulencia, tez pálida, cabellos rubios y ojos azules o grises) que tradicionalmente les asocian con los nórdicos (suecos y daneses) son, empero, compartidas por otros grupos raciales como los eslavos, de manera que no se puede establecer como cuestión indisputada su origen "proto-vikigo". Hay incluso quienes se atreven a consignar un supuesto origen ario (asiático de las estepas rusas) de los pueblos "góticos", pero son teorías sin gran base argumental ni menos documental.

En relación con los godos o "gutones", los primeros testimonios registrados de su migración nos permiten situar los inicios de su desplazamiento desde las riberas del río Vístula hasta el Mar negro, hacia los inicios del siglo III.

En un primer momento, puede afirmarse que los godos llaman a las puertas del Imperio y que, ya sea en forma más o menos violenta, ya de forma totalmente pacífica, se asientan dentro de sus fronteras, reemplazando así al poder imperial que empieza a vacilar. La razón principal de esta debilidad e imposición de una nueva realidad social es la disminución de la población romana en una serie de regiones limítrofes. Al hablar de las causas de la decadencia y caída de Roma nos hemos extendido acerca del factor demográfico como fuente de la debilidad de las Instituciones Imperiales.

En una primera etapa, los bárbaros son asimilados, o al menos se intenta una asimilación por parte de Roma, mediante su incorporación a las debilitadas filas del ejército, cuyas legiones al final parecen una colección de nacionalidades diferentes. A su vez, los germanos reciben la poderosa (todavía) influencia de la cultura clásica o grecorromana, por lo que se "romanizan" más allá de su barbarie inicial. Sin embargo sus hábitos de pueblos jóvenes, aficionados a las pendencias y a todo tipo de luchas

violentas, influyen también en el anquilosado cuerpo político romano, con lo que éste se "barbariza". Es entonces, un proceso de recíproca influencia..

A medida que la población romana decrece y el poder central se debilita, la presión de los germanos se hace más intensa y cuando adquieren conciencia de su poder y de la incapacidad del cuerpo político romano para reaccionar, priman en ellos los deseos de provecho y emprenden el típico camino del saqueo.

En el siglo III los godos intentan apoderarse de zona bajo control imperial hacia el norte de los Balcanes, Dalmacia (hoy Yugoslavia). En un primer enfrentamiento con los romanos, la suerte les es favorable, pues derrotan a las legiones en los llanos de Abrittus. Sin embargo posteriores encuentros les son desfavorables. Así, son derrotados por el emperador Claudio y Aureliano.

Como consecuencia de las derrotas, se produce la que será una división decisiva en la historia de los godos. Un grupo se asienta al este de río Dniester, son los ostrogodos o greutungos (godos del este). El otro al oeste del citado río, son los visigodos o tervingos o vesos (godos del oeste).

Los ostrogodos son liderados por la sippe de los Amalos o Amalungos. Y los visigodos por la sippe de los Baltos.

Pese a haberse asentado hacia el borde norte del Mar Negro, no permanecen mucho tiempo en sus nuevas tierras. La brutal y fulminante invasión huna, destruye el reino ostrogodo. Los visigodos escapan de la misma suerte solicitando permiso al emperador Valente para entrar en el Imperio. Este permiso les es concedido. Se radican en Tracia. Sin embargo las dificultades de convivencia entre godos y romanos, motivan a los primeros a enfrentarse con las fuerzas imperiales. El propio emperador Valente es muerto por ellos en Adrianópolis el 9 de agosto de 378. En ella, la caballería pesada goda arrasa a la infantería legionaria romana. Esta caballería acorazada es el gran aporte militar godo.

Desde Tracia los godos se dirigen a Mesia y allí se establecen en virtud del "Foedus" o tratado firmado por ellos con Teodosio el Grande, el 3 de octubre e 382. En 395, a Alarico de la Sippe de los Baltos, es elegido rey.

Así llegamos a la tristemente célebre incursión visigoda sobre Roma, llevada a cabo por su rey Alarico I, a inicios del año 409. El saqueo se produce sobre el año 410. Debe consignarse aquí una demostración brutal de la decadencia de Roma y del ascendente poder de los bárbaros. Aunque el Papa San León Magno no pudo repetir el milagro (obrado con Atila) de impedir el saqueo de la ciudad eterna, si obtuvo del rey godo el compromiso de no incendiar ni destruir la ciudad y sus iglesias. Sin embargo Alarico decide dar un golpe definitivo al orgullo y psicología del pueblo romano. De pie junto a sus nobles, se dirige hacia la colina en donde ardía la "Llama Eterna de Roma". De un manotazo, la apaga. Con ello simboliza la muerte de la civilización y su dominio sobre la península itálica. Gestos como éste y como el citado al comienzo de este capítulo (el envío, por Odoacro, de las Aguilas Imperiales a Bizancio) dan pie a la tesis de que los bárbaros habrían sido los verdugos de la civilización romana.

Sin embargo la explicación del hundimiento de Roma a manos de unos cientos de miles de bárbaros migrantes, que no están a la altura de su refinamiento no resiste mayores comprobaciones empíricas. Así, no basta explicar el dominio visigodo en Hispania, si se considera que los godos no superaban el medio millón de individuos en un territorio poblado por 9 a 11 millones de hispanorromanos.

La verdad, parece ser distinta. Los godos y germanos en general, logran controlar el gobierno de vastas zonas del imperio que se cae, no porque asesten golpes fatales a un cuerpo político sano, sino porque este último era un verdadero cadáver en descomposición. Lo que sucede es que la dirigencia política es asumida por los germanos en el momento en que el "alma" de

Roma muere. Por ello es más exacto describir el proceso de asentamiento germano en el imperio, como el de una sucesión más o menos pacífica, que ocurre por la desaparición del poder imperial, carcomido desde dentro.

Afirmamos con ello que los bárbaros son sucesores del imperio que colapsa en 476 y no sus verdugos.

Las fuentes del conocimiento sobre los germanos

Los antecedentes de que disponemos para informarnos acerca de los orígenes, características y costumbres de los germanos invasores son fragmentarias y parciales. Fragmentarias, pues no existe una obra que trata de manera completa el fenómeno de las invasiones en tiempos contemporáneos a las mismas y de haber existido se ha perdido. Parciales porque en su totalidad fueron recogidos por pensadores e historiadores latinos, quienes analizan a los pueblos germanos desde su óptica de hombres "civilizados" que describen conductas "primitivas" y "rústicas".

Con todo es posible utilizar algunos de estos testimonios a fin de descubrir ciertos caracteres comunes a los bárbaros.

Las dos obras más frecuentemente empleadas para esta función son "Los Comentarios de la Guerra de las Galias" de Cayo Julio César y la "Germania" de Cayo Cornelio Tácito.

El primero de los textos es obra de César en su campaña por el control y incorporación de las Galias al Imperio Romano, hacia mediados del siglo I antes de Cristo. La obra describe las hazañas militares y canta las glorias de la conquista del César y su triunfo sobre los galos de Vercingetórix. Describe a los "germanos" como aquellos que viven más allá del Rhin y se refugian en los grandes bosques de "Germania". Son bárbaros que cubren su piel con pieles mal curtidas y que se dedican a la guerra. Su vida cotidiana está

marcada por la preparación militar de los jóvenes. Es una sociedad viril y masculina, en donde la participación de la mujer está reducida al hogar.

Según César son valientes y fieros en el combate, e imbatibles en el combate cuerpo a cuerpo en donde hacen sentir su superioridad física. Pero mal organizados y sin disciplina, pueden ser vencidos empleando en su contra la táctica y estrategia romana.

En el segundo de los textos mencionados, Tácito da cuenta de la forma de vida de los germanos, basándose para ello, en los relatos de viajeros que logran volver desde aquellas regiones y en los testimonios de prisioneros de guerra reducidos al cautiverio o esclavitud. Demás está decir, que ni Tácito ni César (salvo en un corto periodo) vivieron personalmente entre los germanos. Por ello, aunque sus opiniones resultan interesantes, son claramente parciales.

Tácito afirma que los germanos, que viven más allá de las fronteras naturales del río Rin, no se han mezclado con otros pueblos y que son originarios de allí. Describe sus características físicas, comunes a todo germano, su predilección por la ganadería, falta de moneda, hábitos militares, forma de elección de los gobernantes, dioses, augurios, sistema de enjuiciamiento penal, hábitos domésticos, matrimonio, libertades fundamentales, entre las cuales destaca que no acostumbran practicar la esclavitud, negocios, funerales y finalmente describe los distintos grupos tribales que componen la "nación" germana.

El derecho germánico, costumbres y criterios jurídicos

Analizadas las características generales de estos pueblos podemos dar un breve vistazo a sus hábitos o prácticas jurídicas:

En primer lugar no es posible hablar de un derecho en el sentido que aplicamos el vocablo al Derecho Romano. Fenómeno propio de pueblos primitivos, sus jurídicos se basan en la oralidad (los bárbaros, por antonomasia, carecen de escritura) por ello el derecho así llamado "germánico" es, en verdad, consuetudinario. No existe en estas prácticas un criterio unificador, que de a las mismas una unidad interna coherente. La noción misma de "Derecho Germánico" no fue conocida por los germanos. Es en verdad una noción abstracta construida por los historiadores sobre la base de algunas costumbres comunes entre los germanos más importantes. Esto explica también que tengamos nociones muy imprecisas sobre las instituciones que lo componían.

Sin embargo conocemos algunas facetas de este derecho primitivo. Entre ellas podemos destacar sus características más generales y algunas instituciones particulares:

1. **Se trata de un derecho basado en la costumbre:** es traspasado de generación en generación, mediante la oralidad, los refranes y versos. Los primeros intentos de fijar estas prácticas y usos por escrito datan de la primera época de contacto con Roma, con lo cual se introducen también las instituciones romanas, por lo que no es posible hablar de un derecho germano puro.
2. **Es un derecho primitivo:** Carece de capacidad de abstracción. Un ejemplo concreto es su incapacidad para desarrollar una teoría o instituciones vinculadas a las "obligaciones" y "Contratos". Esta es una materia marcada por un fuerte criterio de contraprestación. Los germanos no concebían, entonces, figuras como la donación. A la vez este primitivismo se caracteriza por la presencia masiva de símbolos sensibles: Apretones de mano, para simbolizar acuerdos, emplean voces y juramentos, gestos de condena o recompensa, etc. En síntesis es un

derecho pre-científico, asimilable por tanto, a la época más arcaica del Derecho Romano.

3. **Índole asociativa de sus instituciones:** Las instituciones germanas conceden gran importancia a la comunidad, el grupo o la familia. No quiere decirse con esto, que hayan logrado el grado de abstracción necesaria para concebir una persona jurídica, sino que no desarrollaron un derecho individualista, centrado en el hombre, sino en el grupo.
4. **Privilegio Tribal:** Característica fundamental. Como todo derecho primitivo es aplicable sólo a los miembros de la raza germana. Es el viejo principio de la personalidad del derecho. No se aplica a quien no pertenezca a la sippe.
5. **La Reciprocidad:** Los Germanos no conciben la ejecución de algo a cambio de nada. Sus relaciones interpersonales responden exclusivamente a la reciprocidad. Doy para que des se aplica aquí sin excepción. Por ello sancionan la prodigalidad, pues viola el principio de reciprocidad.

Instituciones del Derecho germano en el Derecho público:

Debemos destacar que los pueblos germanos carecieron de un sistema de gobierno centralizado, tal y como se entendía en Roma. Sus líderes eran caudillos militares, elegidos y no hereditarios, según las virtudes guerreras que exhibieran. Las grandes decisiones de los bárbaros eran tomadas en asambleas o "Ding" y los varones (hombres libres) que votaban los acuerdos, manifestaban su aprobación haciendo sonar sus armas en sus escudos ("in armis insonantibus").

Cuando los germanos comienzan a establecerse dentro del imperio, desarrollan ciertos intentos de gobierno territorial, en que los principales

nobles o príncipes, ejercen su poder sobre un territorio preciso (cantones) y gobiernan junto con asambleas cantonales que tienen atribuciones judiciales, para los casos de traición y deserción (es decir crímenes contra "la nación").

En el derecho privado:

1. LA SIPPE: Las comunidades germanas se forman sobre la base de vínculos familiares pertenecientes a una "Sippe". Este término designa tanto a los familiares unidos por vínculos próximos de sangre, como a los descendientes por vía masculina de un remoto tronco común. La Sippe es un círculo cerrado, en la medida que las acciones de uno de sus miembros obliga a la totalidad. Así si uno de ellos es muerto, la sippe tiene el poder de reclamar la indemnización económica (Wergeld) o la venganza de "la sangre" (Blutrache, en referencia a la sangre familiar ultrajada).
2. EL MUNT: También denominado "Mundium", es la potestad jurídica del jefe de familia sobre todos los miembros de su casa, sean o no familiares. Es un concepto mucho más amplio que la "Patria Potestad" romana y alcanza a las generaciones más alejadas cuya tuición y dirección les impone el jefe de familia.
3. LA ORGANIZACIÓN AGRÍCOLA: Uno de sus escasos adelantos dice relación con la concepción de los cultivos rotativos. La asamblea cantonal podía ordenar qué parcelas se cultivaban con uno de los tres grupos rotativos.
4. MAYORÍA DE EDAD: Se alcanza cuando la asamblea de los guerreros determina que el menor, sujeto al Munt, ha pasado por las pruebas de hombría satisfactoriamente.
5. COSAS: Se permite a apropiación de cosas muebles e inmuebles, pero sin que se desarrolle la noción abstracta de dominio. Se dice que los hombres tienen respecto de sus muebles la "Gewwere" o tutela, o

cuidado o protección. En cuanto a propiedad sobre inmuebles, la facultad de disposición le compete a toda la Sippe y se puede usar de inmuebles como casas, debido a la facultad de mancomunidad, usan de la cosa común. Los frutos pueden ser aprovechados por la parte del grupo que habita el inmueble.

6. DERECHO PENAL: El concepto que domina la concepción penal de los germanos es la llamada "Carencia de Paz" (Friedlosigkeit), que pone al delincuente fuera del ámbito de su grupo o sippe y le enfrenta con él. Esto puede originar dos tipos de consecuencias:
7. LA VENGANZA DE LA SANGRE: El derecho de los parientes de la víctima para cobrar venganza en el delincuente o en miembros de su sippe y;
8. LA WERGELD: Indemnización pecuniaria que se debe pagar por todos los miembros de la sippe del criminal a la sippe de la víctima.
9. DERECHO PROCESAL: Es de carácter inquisitivo y dominado por símbolos e intervenciones de la divinidad. Así se aceptan los "Cojuradores", miembros de la sippe de la parte que corresponden, que se hacen responsables por la veracidad del testimonio del primer juramentado. Asimismo se aplican una serie de ordalías, es decir pruebas que requieren de la intervención de poderes sobrenaturales: La ordalía del fuego (exponer un miembro del acusado a las llamas, si no se quemaba era inocente), del agua (se arrojaba al acusado al agua, atado de pies y manos, si flotaba era por un pacto con los demonios, por lo que era culpable, si se iba al fondo era inocente), del agua caliente (un miembro del acusado se introduce en el agua caliente, si no se quema es inocente), el sorteo, el duelo o juicio de Dios o lucha y el juramento.

Los Visigodos

Al referirnos a la incursión de los godos dentro del imperio señalamos que en virtud del Foedus o tratado firmado con Teodosio se asientan en Mesia. Sin embargo cuando el emperador fallece y asume el trono del imperio Occidental su incompetente hijo Honorio, el rey de los visigodos, Alarico I, emprende su saqueo de la península. A la muerte de Alarico, su sobrino Ataulfo quien contrae nupcias con Gala Placidia, hija de Teodosio y hermana de Honorio, se interna en el sur de las Galias y allí asienta a su pueblo. Corresponde a Valia, el firmar un nuevo Foedus en 416 con Honorio, en virtud del cual se compromete a liberar Hispania del dominio de los suevos, vándalos y alanos.

Los 2 primeros eran pueblos germanos, primos de los godos pero de tradiciones diversas. Los alanos, por su parte, tienen origen iranio y se dispersaron rápidamente entre la población hispanorromana. Los suevos son una rama de los godos escindida varios siglos antes. Pasan por las Galias y se asientan en Galletia (Galicia) en donde funda un reino independiente. Son guerreros muy valientes, pero de un número reducido si se les compara con los godos. Su particularidad es que son católicos. Su independencia política subsiste hasta el siglo VI en que son sometidos por los visigodos, proceso que ocurre en forma más o menos pacífica, pues para la época los godos se han convertido también al catolicismo. En cuanto a los Vándalos, este pueblo de guerreros pasa al África en 429. Nada dejan en Hispania, salvo un rastro de destrucción por lo que su nombre tribal ha pasado a la historia como sinónimo de destrucción inútil y sin sentido.

Así en 418 Valia y Orosio (en nombre de Honorio) firman un nuevo Foedus que permite que los visigodos se asienten definitivamente en la Aquitania II con capital en la ciudad meridional de Tolosa (La actual Toulouse) como federados del Imperio. Se reconoce a este tratado como el

título jurídico que da nacimiento al reino Visigodo de Tolosa. Los godos controlan todo el sur oriente de las Galias, el nororiente de Hispania y algunas zonas de la parte sur de la península. El mismo tratado reguló el tema de la propiedad agraria, asignando dos tercios de los fundos a los visigodos (en su mayoría campesinos) y el tercio restante a los galorromanos.

Bajo el reinado de Eurico (el 476) tiene lugar la caída de Roma. Hasta entonces se reconocía, a lo menos formalmente, la autoridad del prefecto romano de las Galias, con sede en Arlés. Sin embargo, a partir de este momento el reino godo adquiere completa autonomía y extiende su autoridad sobre la población romana de la región dominada. Este rey extiende su poder hasta Lusitania y conquista Pamplona y Zaragoza..

El reino fundado de esta manera va a estar expuesto a un nuevo peligro: la expansión y presencia en el norte de las Galias de otro pueblo germano, los Francos". Cuando los godos deciden extender su dominio hacia el norte de la Aquitania y entran en la zona de influencia franca, se plantea el conflicto. La cuestión se zanja militarmente. Las fuerzas francas al mando de Clodoveo y las visigodas comandadas por Alarico II chocan en 507 en la célebre batalla de Vouillé o Vogladum. Como resultado los soldados visigodos son diezmados y su rey Alarico II muere en el campo de batalla. Clodoveo y los francos toman posesión de Tolosa.

Los restos del pueblo visigodo comandados por Gesaleico, se internan en Hispania y sólo permanecen en la Galia Narbonense. Con el reinado de Teudis, se inicia la tradición de que la Corte Real residiese en Toledo. Atanagildo decide residir en ella permanentemente y luego Leovigildo, hace de Toledo la capital oficial del Reino. Será este Leovigildo el que mayor esplendor lleve al reino. Sus conquistas territoriales son sólo comparables a las de Eurico un siglo antes. Expulsa a los bizantinos del sur de Hispania y conquista de su poder la región de Medina Sidonia. Además logra la ansiada

meta de la unificación peninsular, con el sometimiento del rey de los Suevos, Mirón. El reino suevo es anexado definitivamente al visigodo en tiempos del católico hijo de Leovigildo, Recaredo I.

Leovigildo asume también las dignidades reales por las cuales acuña moneda, utiliza los atributos de realeza, corona y manto y somete a la nobleza a su poder.

Su hijo Recaredo I da un paso fundamental al convertirse, junto con su pueblo a la religión católica (abandonando el arrianismo nacional) en 589. Analizaremos el punto en la sección dedicada a los visigodos y a la Iglesia.

Sin embargo el reino visigodo tuvo desde sus inicios un peligroso talón de Aquiles, en la naturaleza de los mecanismos de sucesión al trono. Las intrigas y complots, entre los que abundaba el veneno y el puñal, caracterizaron la suerte de sus reyes. Así se desarrolla la temible enfermedad goda (morbo gótico) que consistía en matar a sus reyes. Veremos más adelante, como esta política conduce al reino a su destrucción.

Finalmente debemos abordar la siempre polémica cuestión de la población goda y su proporción en el total hispanorromano. Las estimaciones más exactas al respecto, del profesor José Orlandis señalan que los godos habrían representado en total unos doscientos mil individuos dentro de una población superior a los 7 millones de habitantes. Las cifras tradicionales de medio millón en una población de 11 millones nos permiten estimar que en el mejor de los casos la nación visigoda aportó un porcentaje de un 5% a un 7% del total de la población del reino. Con ello se puede señalar que el aporte racial godo en España es relativamente escaso, sin perjuicio de que su posición dominante hizo más fácil la dispersión sanguínea goda en la población general.

Organización política del reino visigodo

Las Instituciones que caracterizan a la monarquía visigótica evolucionan desde una pura organización militar encabezada por caudillos guerreros hasta una compleja jerarquía encabezada por una corona bien definida en cuanto a sus funciones pero mal administrada personalmente, especialmente en cuanto a la sucesión y asesorada de órganos de gran especialización.

Tres son los órganos fundamentales del reino. Los tres experimentan cambios fundamentales a lo largo de los tres siglos de existencia del reino:

1.- el rey y la corona:

En un comienzo los monarcas no son sino caudillos militares elegidos por los soldados o guerreros godos por sus particulares méritos bélicos. La elección se practica "in armis insonantibus" (por el sonido de las armas) es decir por aclamación de la asamblea militar. La elección generalmente se confiaba a los miembros de la sippe real, en el caso de los visigodos la de los Baltos, pero no siempre fue así.

Ahora bien, rápidamente esta costumbre fue dejada de lado. De hecho, el único rey cuya ascensión al trono se ha testimoniado mediante la elección de las armas es Turismundo, elegido por aclamación a la muerte de Teodorico I en la Batalla de los Campos Cataláunicos.

Una vez asentados en Tolosa y más tarde en Toledo, los reyes comienzan a adquirir un poder cada vez mayor. Se dice que la monarquía visigótica tiende al absolutismo. La elección queda en manos de la nobleza y en verdad se tiende a imponer el principio hereditario sobre la base de la estirpe de los Baltos.

Los principios que rigen el actuar de los reyes godos se vinculan con la tradición del dominado, es decir, con la concepción absolutista del Bajo

Imperio, lo que se traduce en reinados despóticos que finalizan habitualmente con muertes violentas de los gobernantes.

Sólo la influencia de la Iglesia logra establecer algunas pautas de conformidad a las cuales los reyes conforman su acción de gobierno. Fueron los Concilios de Toledo los que establecieron la regulación del acceso al trono y los procedimientos de la elección del rey, confirmándolos mediante pena de anatema a los conspiradores.

Además, debemos a san Isidoro de Sevilla la elaboración de la doctrina del buen regimiento o gobierno de los reyes. En sus Etimologías, el gran obispo hispalense, modifica la máxima de Horacio: *Rex eris si recte facias, si non facias, non eris* (eres rey si actúas bien, si así no lo haces, no lo eres). Esta es la base de la doctrina de la resistencia al gobierno despótico elaborada por Juan de Salisbury en su "*Policraticus*", en que sostiene la tesis isidoriana y señala que el pueblo puede rebelarse contra el gobierno tiránico, deponerlo e incluso, cumplidas ciertas condiciones, darle muerte al tirano. Santo Tomás de Aquino, perfecciona la doctrina que recibe el nombre de "*Derecho de resistencia a la opresión*".

Con este principio se reacciona contra la pretensión de los monarcas godos de imponer el "*principis legibus solutus*" (el príncipe está libre de la ley) y el "*quod principi placuit legis habet*" (lo que al príncipe place tiene vigor de ley), que procuraban adoptar a imitación de las prácticas imperiales del Bajo Imperio.

En relación con los requisitos impuestos por los Concilios para acceder a la realeza, se pueden sintetizar en cuatro: Ser de stirpe goda, noble, no-tonsurado (seglar o laico) y de buenas costumbres. Estas condiciones aparecen fijadas por el Liber en su ley VIII, título preliminar. Además los concilios condenan a todos aquellos que traten de apropiarse de la realeza en

contravención a lo dispuesto precedentemente. Además establecen reglas para el correcto y justo ejercicio del poder real.

Finalmente los Concilios dictaron normas para proteger la persona del rey y sus descendientes y sus propiedades

Los procedimientos obligatorios para acceder al trono son tres: La consagración, la unción y el juramento.

La consagración y la unción siguen las costumbres de los antiguos reyes de Israel y son administradas por el obispo metropolitano de Toledo; persiguen conferir al nuevo monarca la dignidad casi sacerdotal y la bendición de la gracia divina.

El juramento es doble: Del rey a los súbditos y viceversa. El rey jura guardar la religión, proteger a la Iglesia, defender el reino y obrar con justicia. Los súbditos, representados por los cortesanos de palacio juran fidelidad al rey y el pueblo presta juramento ante los "recogedores de juramentos" (*discussores iuramenti*) que van por cada ciudad o villa.

2.- El aula regia:

Se encuentra junto al Rey. Es una Asamblea permanente que asesora al rey. Sus funciones más importantes son legislativas y judiciales. En las primeras prepara las leyes que serán sometidas para la sanción real y en las segundas decide los casos y pleitos judiciales en nombre del monarca. No es, por tanto, un mero órgano asesor o consultivo. Su origen está en el Senado godo que, integrado por los ancianos, auxiliaba al Rey en casos graves.

Este órgano se consolida bajo el reinado de Leovigildo y estaba formada por:

- a) **Los miembros del Oficio Palatino:** Es su núcleo central. Este oficio palatino está formado a su vez por los condes o "comites" de los servicios de palacio: El tesorero real (*comes thesaurorum*), el de la

administración fiscal (*comes patrimonii*), el de los notarios reales (*comes notariorum*), el de los camareros reales (*comes cubiculariorum*), el de las estancias y servicios de mesa (*comes scanciarum*), el de los establos (*comes stabuli*), un juez de Toledo y un obispo de turno en la Corte.

- b) **Los gardingos:** Vocablo de origen germánico procedente de "Gards" (casa) y de "Indgarja" (perteneciente a la casa). Con esta denominación se comprende a una serie de personas que sin formar parte del Oficio Palatino permanecen cerca del Rey, en su casa, como encargados de su asistencia personal. Desde luego conforman el gardingato, los miembros de su guardia personal y potros miembros del séquito real. Son seguramente un precedente de las mesnadas medievales.
- c) **Funcionarios Administrativos:** No pertenecen ni al Oficio ni al gardingato, pero viven en la Corte, como los delegados reales para las provincias, las ciudades, jefes militares.
- d) **Aquellos consejeros llamados por el Rey a asesorarlo:** Forman un Consejo privado real y son personas de especial erudición y preparación en diversas materias.
- e) **Grandes Magnates del Reino:** Residen en palacio por voluntad del Rey.

Los miembros del Aula Regia fueron protegidos a su vez por las disposiciones de los Concilios Toledanos que prescriben normas sobre protección de sus propiedades y sobre el cuidado de su honor.

Finalmente el Aula Regia tuvo un papel muy destacado en la asesoría al monarca para la función de administrar justicia. Como los jueces godos tenían la obligación de remitir al monarca todos los asuntos en que no hubiese ley que resolviese el problema sometido a ellos. El rey debía entonces, estudiar la cuestión y resolver en consecuencia. Esto era posible

gracias a la asesoría del Aula Regia, que permitió a los monarcas cumplir con el "Referimiento al Legislador" (vocablo de origen francés que designa la función creadora de derecho del monarca, cuando no hay ley que resuelva el juicio. Este Referimiento, aparece continuamente en la Historia desde la época de Justiniano, que prohibió interpretar el Corpus y ordenó remitirle todos los casos dudosos, hasta el siglo XIX.

3.- Los concilios nacionales de Toledo:

Son el último órgano de la jerarquía monárquica visigoda, pero sin duda de la mayor importancia. Cabría preguntarse por qué estas reuniones de los preladados de la Iglesia tienen importancia política. La razón se encuentra en el papel de intermediaria que la Iglesia adquiere a partir de la conversión de Recaredo, entre el pueblo y la monarquía. Estos Concilios velarán por el establecimiento de un recto gobierno y sus decisiones serán muchas veces, objeto de confirmación y aplicación por parte del poder real a la totalidad de los súbditos del reino.

Estas reuniones de la jerarquía de la Iglesia, se realizaban periódicamente en Toledo y a ellas asistían tanto el Rey como los miembros del Aula Regia.

Fueron muchos los casos en que los reyes buscaron la aprobación de los concilios a ciertas iniciativas de gobierno, con el fin de gozar del respaldo moral de la Iglesia.

A su vez, el rey tenía un importante papel en la convocatoria misma al Concilio. Era el monarca el que convocaba a la asamblea e inauguraba sus sesiones, dando lectura a un mensaje denominado "Tomo Regio" que contenía las materias que debía de tratar la reunión de preladados. Los miembros del Aula Regia podían intervenir en las discusiones de asuntos que interesaban al rey, especialmente cuestiones de Derecho Público y límites y condiciones al ejercicio del Poder Real.

Ahora bien, si el Concilio adoptaba decisiones que el rey estimaba de utilidad para el gobierno civil, debía de encontrarse un mecanismo a fin de hacer extensivos estos cánones conciliares a todo el reino, es decir, darles fuerza civil y territorial. Para ello el rey podía dictar una "***Lex in confirmatione concilii***" es decir, el acto potestativo de los reyes hispano visigodos por el cual confieren valor civil a un acuerdo conciliar.

Una de las mejores demostraciones de estas leyes confirmatorias de Concilios es la "Lex Quoniam" que da fuerza civil a los cánones que contienen las Leyes del Liber.

Finalmente, el XIII Concilio de Toledo, es el autor del llamado "Habeas Corpus" visogótico, que beneficia a los miembros del Aula Regia o del Oficio Palatino, por el cual los miembros de aquellos cuerpos no pueden ser arrestados ni desposeídos de sus bienes sin indicios graves ni juicio previo de sus pares. Estas normas datan del reinado de Ervigio en 683, más de quinientos años antes de la Carta Baronum de Juan Sin Tierra de Inglaterra. (1215).

Las fuentes del derecho visigodo

Resulta casi un lugar común el señalar que los visigodos son los germanos más influidos por la romanización de su cultura e instituciones. De allí que este pueblo haya sido conocido por una marcada tradición legislativa que florece bajo su reino. Podemos clasificar estas fuentes de acuerdo al lugar y época en que se promulga el respectivo cuerpo legislativo. Así, distinguimos leyes Tolosanas y leyes Toledanas:

Leyes tolosanas:

A) El resultado de esta preocupación legislativa es muy variado, pero se puede citar que en sus comienzos se sitúan "**Las Leyes Teodoricianas**".

Al parecer estas leyes serían obra de Teodorico I y Teodorico II respectivamente. Su contenido pretendería reglamentar el reparto y uso de la tierra entre godos y romanos. Estarían inspiradas por asesores romanos de los reyes indicados. La fuente de conocimiento de ambas leyes se contiene en el Palimpsesto de París, en el que Eurico se refiere a una de las leyes dictadas por su padre (Teodorico I) para regular la delimitación de las tierras godas y romanas.

Asimismo sabemos por boca de Sidonio Apolinar, obispo de Clermont, que la segunda ley habría existido, pues se la menciona en una carta dirigida a una pariente en que critica a un tal Seronato, por preferir a los godos en perjuicio de los romanos

Por ello estas leyes serían válidas tanto para godos como romanos, y la primera demostración del carácter territorial del derecho visigodo, como veremos en la siguiente sección.

B) El Edictum Theodorici regis: Se suponía que esta obra sería de autoría del rey Teodorico el Grande (ostrogodo) pero en 1953, el prof. italiano Guilio Vismara sostuvo, con gran respaldo documental que en verdad correspondería a Teodorico II, rey visigodo. El prof. D'Ors piensa que fue obra del prefecto de las Galias, Magno de Narbona, en 458 o 459, durante el reinado de Teodorico II. Tomás y Valiente lo rechaza, pues atribuye pleno valor a la afirmación de San Isidoro que afirma que sólo bajo Eurico empezaron los godos a tener leyes.

C) El Código de Eurico: Sería una obra perteneciente al reinado de Eurico, llamado por San Isidoro, el primer legislador godo. Sería obra de los asesores del rey como León de Narbona, Marcelino y otros juristas de la recién caída prefectura de las Galias. Esta ley romano bárbara es promulgada en las Galias, hacia el año 476, el mismo de la caída de Roma. Habría reemplazado a la legislación romana. Su texto original estaba compuesto por

aproximadamente por unos 365 libros que tenían una amplitud tal que cubría la mayor parte de las instituciones públicas y de derecho privado del derecho romano vulgar. No conocemos su texto completo, pero ha llegado hasta nosotros un fragmento conservado en el famoso "Palimpsesto de París", encontrado por los monjes de Saint Germain des Prés. Contiene 50 libros. Su influencia en otras leyes romano bárbaras fue muy grande. Sabemos que fue el modelo de la ley de burgundios (*lex burgundionum*) y bávaros (*lex baiuvariarum*). En un comienzo se pensó que su contenido era preferentemente derecho germánico, pero gracias a los trabajos de D'Ors, se ha descartado esta tesis por la que afirma que contiene en su totalidad derecho romano vulgar. El prof. D'Ors, ha reconstituido el texto original (una Palingenesia) a través del Palimpsesto y de las referencias al código que hacen otras leyes del periodo. El contenido abarcaría: Los Jueces, Falsarios, acusaciones, refugio o asilo, fugitivos, plaguarios, hurtos, asesinatos, heridas, envenenamiento, médicos, violadores de sepulcros, negocios transmarinos, nupcias ilícitas, raptos de vírgenes y viudas, adulterios, expósitos, incendios, daños a los árboles, daño a animales, daño causado por animales, viajeros, divisiones, puercos, invasiones, términos o plazos, depósitos o comodatos, ventas, donaciones, sucesiones, libertades.

El Código de Eurico pasa a ser aplicado en Chile, a través de la vigencia de Fuero Juzgo. Es invocado por la Corte Suprema en sentencia de 1855 y 56.

D) El Breviario de Alarico: La más importante de las obras de Alarico II, último rey Tolosano. Es compuesto por un grupo de juristas de Alaris, dirigidos por Aniano y promulgado el 2 de febrero de 506. Se le acostumbra denominar "*Lex romana Wisigothorum*". Su importancia es tan decisiva que se le compara con el *Corpus Iuris* de Justiniano. Así como éste último contiene el derecho romano clásico, el breviario contiene el derecho romano vulgar.

Su texto ha sobrevivido completo, por lo que podemos determinar su contenido con precisión. Contiene *leges antiquae*, *ius clásico*, e interpretaciones. Su estructura se compone de 5 partes, las dos primeras de *leges* y las tres restantes de *Iura*, cada una de las cuales es seguida de interpretaciones.

- La primera parte esta tomada del Código Teodosiano.
- La segunda contiene *novellas* pos-teodosianas dictadas entre 437 y 463.
- La tercera parte contiene el *Liber Gai*, que a su vez se conforma con las *Instituciones de Gayo*.
- Las *Sentencias de Paulo*.
- 22 *Constituciones Imperiales* tomadas del *Códex Gregorianus*.
- Y un fragmento del *Libri responsorum* de *Papiniano*.

Se ha discutido la vigencia del *Breviario* en relación con el *Código de Eurico*. Algunos sostienen que aquél derogó a éste y otros sostienen que ambos rigieron simultáneamente. La verdad es que parece ser que la última tesis es la correcta, entre otras razones porque el *Breviario* no derogó al *Código*.

Leyes toledanas:

Una vez asentados los visigodos en Toledo se promulgan los textos legales que darán fama a sus legisladores:

- **La Ley de Teudis:** Según los cronistas el rey godo Teudis habría dictado el 24 de noviembre de 546 una ley sobre costas procesales, con aplicación territorial sobre todo el reino.
- **El Código de Leovigildo o Codex Revisus:** Según San Isidoro, Leovigildo habría mandado corregir las leyes del código de Eurico, suprimido y añadido leyes al texto original. Se habría compuesto desde

el 572 al 586. No se ha conservado su texto, lo que ha dado pie para que algunos duden de su existencia. Al igual que con el Código de Eurico conocemos sólo referencias fragmentarias de su texto; en el Liber Iudiciorum se contienen fragmentos más o menos completos y en la comparación con los textos originales del Código de Eurico es posible concluir su contenido. Se ha rastreado la intervención leovigildiana en los textos mediante la comparación de los giros lingüísticos y las formas literarias.

- **El Liber Iudiciorum: (O Libro de los Jueces)** Es obra sucesiva de dos monarcas visigodos: Recesvinto y su padre Chindasvinto. Fue promulgado en 654. Su origen se remonta a un proyecto de código de Chindasvinto, que contenía 89 leyes. Su hijo Rescesvinto continuó los trabajos. El texto promulgado en 564 sería obra de VIII Concilio de Toledo y en él habría destacado la intervención de San Braulio de Zaragoza.

Años más tarde durante el reinado de Ervigio se le agregaron nuevas leyes, por lo que se editó una nueva versión, conocida como "Redacción Ervigiana" de 681.

El texto se basa en dos partes: Leyes dictadas por los reyes godos: 2 de Recaredo, 2 de Sisebuto, 89 de Chidasvinto y 87 de Recesvinto. La segunda parte (2/3 del total) son leyes antiguas (leges antiquae).

Una tercera versión correspondería al reinado de Egica, pero no sabemos si llegó a concretarse.

Debe aclararse que la versión más difundida del Liber corresponde a la llamada **vulgata** compuesta al parecer durante la época de reconquista, ya caída la monarquía a manos de los musulmanes, es una obra privada no oficial. Esta Vulgata es la que el Rey Fernando III el Santo, ordena traducir al romance y que da original Fuero Juzgo, cuya vigencia se prolonga hasta el

Chile del siglo XIX. Así el *Liber* es uno de los textos jurídicos con mayor vigencia temporal, 12 siglos a lo menos.

Ya hemos dicho que el *Liber* fue obra del VIII Concilio de Toledo. El Rey dicta una *Lex inconfirmatione concilli*, la *Lex Quoniam* para darle fuerza civil. Igualmente Ervigio que encarga la revisión del *Liber* al XII Concilio de Toledo, dicta otra ley confirmatoria, la *Lex Pragma* en 681.

La estructura del *Liber* se compone de un Título Preliminar y 12 libros:

Título Preliminar: Derecho Político;

Libro I: Fuentes del Derecho (Del autor de las leyes y de la Ley);

Libro II: De los Juicios y Procedimientos;

Libro III: Del Matrimonio y Familia;

Libro IV: Del Linaje Natural y Sucesiones;

Libro V: De los Actos Jurídicos y de los Contratos;

Libro VI: De los Crímenes y sus Penas;

Libro VII: De los Hurtos y Engaños;

Libro VIII: De la Fuerza y los Daños;

Libro IX: De los siervos que huyen y de los que vuelven;

Libro X: De la división de las tierras entre godos y romanos;

Libro XI: Del ejercicio de la Medicina y de los Mercaderes y;

Libro XII: Cómo deben ser tratados los Pobres, los Herejes y los Judíos

El *Liber* es aplicado, por la *lex quoniam* y la *lex pragma*, a la totalidad del territorio visigodo. Con la invasión musulmana, pierde vigencia territorial, salvo en la nueva monarquía asturiana, en las montañas del norte de España. Además se sostiene que recobró también vigencia territorial con la reconquista y el avance de los reinos cristianos, especialmente León y

Castilla en la Edad Media. Finalmente se ha postulado acertadamente que también tuvo vigencia personal en la España Musulmana. Los mozárabes (cristianos que vivían en los territorios sujetos al Islam) estaban autorizados a invocar el Liber en sus relaciones privadas entre ellos. Con los musulmanes y en ámbito público regía la ley islámica.

La Fragmenta Gaudenziana y la Lectio Legum:

Se discute su carácter de textos legales visigodos, pero en principio existen indicios para considerarlos como tales.

Los primeros fueron descubiertos por Augusto Gaudenzi en un código de una biblioteca de Holkham, Inglaterra. Son fragmentos de legislación supuestamente de origen gótico de la primera mitad del siglo VI. Algunos opinan que son obra de los visigodos y otros de los ostrogodos. Los primeros sostienen diferentes teorías sobre sus eventuales autores.

En cuanto al segundo texto: La Lectio Legum sería obra visigoda o lombarda. Contiene 6 capítulos jurídicos de un código misceláneo.

Finalmente, se ha discutido la tensión entre derecho consuetudinario y legislado en el derecho visigótico, pero es claro, que pese a sus orígenes los godos adoptaron prontamente el sistema escrito y legislado de derecho, en contraposición a otros pueblos germanos, de menor desarrollo cultural (menos romanizados) que conservaron amplios reductos de derecho consuetudinario en sus sistemas jurídicos. Los visigodos optan por el camino de la legislación positiva y por ello su vasta e importante obra ha llegado casi por completo a nuestro conocimiento.

Territorialidad o personalidad del Derecho visigodo

En esta sección trataremos de establecer cual fue la característica principal en torno a la aplicación del derecho visigodo: Su personalidad o territorialidad. No es cuestión secundaria, pues como se verá supone precisar los límites del poder político generador de la norma respecto de la población a la que rige.

La postura tradicional apuntaba a que los visigodos habrían concebido al derecho como un fenómeno típicamente personal, por lo cual la totalidad de las leyes ya estudiadas se habrían aplicado sólo a la población de estirpe goda.

Sin embargo esta tesis no resulta consecuente con una serie de testimonios históricos que demuestran que a lo menos el Código de Eurico y el Liber si se aplicaron territorialmente a la totalidad de la población.

Será García Gallo, quien aclare la cuestión en un lúcido ensayo publicado en este siglo.

1. En él sostiene que los godos legislaron siempre en forma territorial y que no tiene sentido plantear que unos cuerpos legislativos tan romanizados como el Código de Eurico y el Liber, se hayan aplicado sólo a los godos.
2. El mayor valor del derecho romano es precisamente su territorialidad, y al compilar este derecho, las leyes godas no habrían hecho más que adoptar este principio.
3. Además como Eurico promulgó el Código que lleva su nombre, en virtud de la autoridad del prefecto de las Galias, que había asumido, es lógico que la ley se aplique para todo el territorio aludido.
4. Asimismo resulta poco razonable pensar que los reyes, que buscaban siempre nuevas formas de consolidar su poder, dictasen estas leyes, que

les conferirían legitimidad, sólo para los visigodos, dejando de lado el gobierno de sus súbditos hispanorromanos.

5. Finalmente se sostiene que no tiene sentido pensar que los reyes godos habrían consumido tantos esfuerzos por dictar una legislación aplicable a una cantidad tan pequeña de gentes, como sus hermanos de razas.

En síntesis puede señalarse que mientras la tesis tradicional concebía el derecho visigodo como un fenómeno típicamente personal, salvo el Liber Iudiciorum, hoy se postula la vigencia territorial de la totalidad de la obra jurídica de los godos desde el rey Eurico en adelante.

San isidoro de Sevilla

Debemos recordar que la fe de los godos era el arrianismo. Su conversión al cristianismo había sido obra del obispo arriano Wulfilas o Ulfilas (311-383), antes de la entrada de la horda goda en Roma. Esta herejía caracterizaba a la generalidad de los bárbaros germanos y en el caso de los visigodos se vinculó fuertemente con sus clases dirigentes.

Ello compartía algunos conflictos de gravedad en el contacto de los godos con sus nuevos súbditos hispanorromanos católicos. En general puede afirmarse que la política de los reyes godos fue de una tolerancia más o menos extendida. Sin embargo hay también periodos de severas persecuciones e intentos de conversión forzada al arrianismo. El caso del rey Leovigildo es característico, su exitoso reinado se ve oscurecido por sus intentos de imponer su fe a la población católica. Intentó llevar a cabo la unificación religiosa mediante una serie de expedientes más o menos abusivos, entre los que destacan el nuevo bautismo de los católicos, el exilio de los obispos católicos, la confiscación de los privilegios de las Iglesias. La persecución desatada por el rey lo enfrenta con sus dos hijos, Hermenegildo

y Recaredo, el primero católico y el segundo convertido luego de suceder a su padre.

Ya hemos señalado, al analizar los órganos de gobierno de la monarquía visigoda, que con su ascensión al trono en 586, el rey Recaredo, convencido de su deber de reparar todos los abusos cometidos por su padre Leovigildo, instaura una política de tolerancia y que, 3 años más tarde, en el año 589, el propio rey y la totalidad de su pueblo abjuraron de la "Fe nacional" arriana y se convierten al Catolicismo. Esta conversión, que tantas consecuencias tuvo desde el punto de vista político, tiene también repercusiones en la organización de la Iglesia. Esta se convierte en una verdadera intermediaria entre el Reino Visigodo y la Hispania Romana.

Luego de la conversión se producen algunos intentos de retornar a la fe arriana, sobre todo debido al apuntado carácter "nacional" atribuido a dicha herejía. Así, Recaredo debe enfrentar alzamientos de la nobleza dirigida por la reina viuda Gosvinta. El problema fue resuelto por el rey de manera similar a lo que su padre hizo con los católicos: mandó al destierro a varios nobles y obispos arrianos. Hacia fines del siglo VI se había consolidado la fuerza del cristianismo ortodoxo católico como religión oficial del reino.

Junto con la destacada intervención de los Concilios nacionales, que ya hemos estudiado, debe destacarse el aporte de un pensador cristiano de primera línea; nos referimos a la obra jurídico política del gran Santo visigodo: **Isidoro, arzobispo de Sevilla**. Esta es una figura cumbre en la Iglesia Occidental y su influencia se extiende mucho más allá de la época en que vivió. Se puede decir que San Isidoro es el puente intelectual y teológico entre la edad antigua que moría y la edad media que nacía. Sus obras, "Las Etimologías" y "La Hispana" son las cumbres del pensamiento occidental en su siglo y la base de la formación del conocimiento científico y jurídico canónico, durante siglos.

En la Hispana San Isidoro logra la reunión, ordenación y sistematización de la totalidad de los cánones conciliares y epístolas pontificias producidas por la Iglesia Romana e Hispana en particular. Desde la adopción del catolicismo como religión oficial, la Iglesia española había adoptado la tendencia difundida por el papa San Gelasio I (492-496) quien inició su propia colección de los cánones dispersos hasta ese entonces. En primer lugar se desarrollaron una serie de resúmenes y epítomes (Ejemplos: *Capítula Martini*, colección realizada en el reino de los suevos por el obispo Martín de Braga, *La Colección de Novara*, obra del reino visigodo de 550 a 689 y *El Epítome Hispánico*, se fines del siglo VI). San Isidoro inicia su labor, pretendiendo compilar la totalidad de la legislación existente y entre los años 633 y 636 da forma a su famosa "*Magna Compilatio o Collectio Canonum Hispana*" conocida abreviadamente como "HISPANA"

La obra recoge los cánones de "cinco Concilios generales, de los particulares de Ancira, Neocésarea, Antioquía, Laodicea y Sárdica; de nueve Concilios africanos; de diecisiete de Francia; y de treinta y seis hispanos, entre los que estaban los de Elvira, Tarragona y Gerona, tres de Zaragoza, Lérida y Valencia, diecisiete de Toledo, tres de Braga, dos de Barcelona, Huesca, Egara y Mérida. Además recogía ciento tres Decretales de los Pontífices entre San Dámaso –las decretales más antiguas- (366-384) y San Gregorio Magno" –las más nuevas- (590-604).

A la primera versión de la Hispana se le agregaron una serie de nuevos cánones conciliares y por ello fue necesario componer una segunda edición, que al parecer sería obra de San Julián, en Toledo, en el año de 681.

La versión definitiva, llamada *Vulgata* se forma entre 694 y 702, y contiene nuevos cánones que se adicionan a las versiones anteriores.

Su importancia como fuente del Derecho Canónico es indudable y de la alta influencia y sólo es substituida como texto de consulta y conocimiento

del derecho canónico, con la *Concordia canonum discordantium* o Decreto de Graciano

La caída del reino toledano

El morbo gótico, aquella "*detestable costumbre*" de asesinar a sus reyes es el que explica en buena medida la caída del reino. A su vez la política cada vez más cercana al absolutismo de los monarcas godos permite explicar en cierta medida la debilidad del apoyo popular que reunían hacia fines del siglo VII.

En buena medida puede afirmarse que el reino visigodo cae, no por el poder sustancialmente superior de los moros, sino por obra de sus propias contradicciones internas que se acrecientan luego de la muerte de Wamba.

El último rey godo, don Rodrigo o Roderico duque de la Bética, llega al trono pese a las intrigas y protestas de los herederos del fallecido rey Vitiza, a quienes despoja de sus derechos y así estalla la guerra civil. La leyenda atribuye un papel decisivo a la intervención del conde Julián (exarca de la fortaleza de Ceuta que custodiaba el estrecho de Marruecos, al parecer de origen bereber pero católico. El título de conde sería producto de la leyenda). Según la versión tradicional el rey habría abusado de su hija mayor, y en venganza el padre despechado habría permitido el paso de las hordas musulmanas al suelo godo. Estos "moros" llamados a España como tropas auxiliares por los hijos de Vitiza a fin de lograr apoyo en su querrela contra Rodrigo se adueñan rápidamente del sur del reino y pasan de auxiliares a nuevos años. El rey logra reunir un débil ejército y parte a enfrentarse con los 12.000 invasores efectivos musulmanes comandados por Tariq y auxiliados por los partidarios del anterior monarca Vitiza, en las llanuras del río

Guadalete. Es el año 711. El encuentro es violento y se decide rápidamente a favor de los invasores musulmanes. El rey pierde la vida en la batalla.

Los musulmanes comandados por Tariq y luego por Musa, se adueñan ya sin contrapeso de la totalidad de la península. Sólo son contenidos por el noble godo don Pelayo en la batalla de los altos de Covadonga en 722 y con ello se constituye el pequeño reino montañoso de Asturias. Hacia el nororiente el avance de las hordas musulmanas es detenido más tarde por Carlos Martel, mayordomo de palacio de los reyes francos merovingios, en la batalla de Poitiers de 732.

Y así, la azarosa vida del reino visigodo, sus victorias y derrotas, sus luces y sombras, llega a su fin. La Media Luna del Islam, acaba con la brillante corte de Toledo y las llamadas del muecín en los alminares de Córdoba siembran el terror allí donde antes los campanarios llamaban a los fieles a las Iglesias cristianas. Casi ocho siglos serán necesarios para reconstituir el reino cristiano perdido. El Sueño de los españoles medievales será precisamente ese, el expulsar a los invasores moriscos. Y esa exótica flor de la civilización musulmana del Al-Andalus, cuyas raíces la hacían la joya del mundo civilizado, será arrancada de raíz sin que deje huella, sólo con la entrada de Isabel y Fernando por las puertas de Granada el 6 de enero de 1492.

Guía de Trabajo:

- 1.- ¿Por qué dice que en 476 cae el Imperio de Occidente?
- 2.- A su juicio, ¿cuáles son las causas de las invasiones bárbaras?
- 3.- ¿Por qué el gesto de Alarico I al apagar la llama de Roma es especialmente destacable?
- 4.- ¿Las migraciones bárbaras son sólo expediciones militares?
- 5.- Desarrolle las características más importantes o destacables del Derecho germánico.
- 6.- ¿Qué era el Munt?
- 7.- ¿Tienen los germanos un sistema de gobierno centralizado?
- 8.- ¿Cómo llegan los visigodos a fundar un reino con capital en Tolosa?
- 9.- ¿Por qué se produce la radicación de los visigodos en Hispania, con capital en Toledo?
- 10.- ¿Existió en verdad el Código de Leovigildo?
- 11.- ¿El *liber iudiciorum*, rigió territorialmente o sólo personalmente?
- 12.- ¿Cuáles son los requisitos para ser rey de los godos?
- 13.- ¿Cuál es la integración del Aula Regia y su principal función?
- 14.- ¿Cómo podía una decisión o canon conciliar adquirir fuerza civil?
- 15.- ¿Qué fue el Habeas Corpus Visigodo?
- 16.- ¿Cuál es el contenido del Código de Eurico?
- 18.- ¿Qué papel tuvo la Ley de Teudis?
- 19.- ¿Cuáles son los argumentos que dan los partidarios de García Gallo acerca de la vigencia territorial del derecho visigodo?

20.- Señale cuál es la principal obra jurídica de San Isidoro de Sevilla y sus principales aportes al derecho canónico.

21.- Señale cuál es el significado de la expresión latina: "Rex eris si recte facias, si non facias non eris".

22.- Explique las causas de la caída del reino goda a manos de los musulmanes.

23.- ¿Qué es el "Morbo Gótico"?

OBSERVACIÓN: Fundamente sus respuestas en la materia vista y en la bibliografía citada en este apunte.

4.3 DERECHO CANÓNICO.

Noción de Derecho Canónico

El Derecho Canónico es el Derecho de la Iglesia Católica.

Etimológicamente, tiene una razón de ser histórica, Canónico viene de Cánones, adoptados en los Concilios. Hay dos grandes clases de Concilios: Regionales y Ecuménicos ó Universales. Históricamente, también se ha utilizado la denominación de Derecho Eclesiástico, que hoy día es una rama del Derecho Canónico, que son Normas del Derecho Eclesiástico provenientes del Derecho Estatal.

DEFINICIÓN: de PEDRO LOMBARDIA (renovador del Derecho Canónico en España, Catedrático de la Complutense de Madrid), "Derecho Canónico es el Ordenamiento Jurídico de la Iglesia Católica, el conjunto de factores que estructuran la Iglesia como una sociedad jurídicamente organizada".

Existen tres Escuelas:

1ª.- EXEGETICA (CURIAL O SACERDOTAL), sigue el método exegético, interpretan las normas. Sus componentes suelen proceder de círculos eclesiásticos. Se encuentra un poco en decadencia.

2ª.- OFICIALISTA, sus componentes ostentan altos cargos en la Administración española (Minoritaria).

3ª.- FUNDADA POR PEDRO LOMBARDIA, trajo desde Italia el afán por renovar la ciencia canónica, en base a la aplicación de la pureza de un método del Derecho Canónico.

Derecho Canónico e Iglesia

Históricamente se ha negado la compatibilidad de ambas, desde dentro de la Iglesia y fuera de ella. Estos antijuridicimos provienen de contraponer Iglesia y Derecho, o bien de identificar Derecho y Estado, posturas que se han dado fuera de la Iglesia Católica.

Antijuridicimos dentro de la Iglesia Católica:

- Desde un punto de vista general, son posturas de índole espiritualista, enfoque que comparten distintos autores en la historia de la Iglesia Católica. Consiste en poner el acento o preconizar el aspecto espiritual de la Iglesia desdeñando el aspecto humano.
- Otras posturas antijurídicas son Los Montañistas....
- Posteriormente en el mediodía francés, los Cátaros, rechazando el materialismo e incluso el matrimonio, de corta duración, el Luteranismo, el Calvinismo...etc.

Todos ellos consideran que es contrario a la naturaleza de la Iglesia el dotarse de unas normas de organización, de un Derecho.

Hoy día estas corrientes no tienen interés desde el punto de vista del pensamiento jurídico.

Mantienen a grandes rasgos que la Iglesia Católica se ocupa de la vida interna y espiritual del Hombre, mientras que el Derecho se ocupa de la vida externa, social del Hombre. Añadía para demostrar esa teoría, que la Iglesia carece de medios coactivos para la realización práctica de ese Derecho, es decir, la ejecución de sus normas.

Su crítica viene desde su postura positivista.

Antijuridicimos desde fuera de la Iglesia.-

El Positivismo tiene como característica, que no hay más Derecho que el Derecho positivo.

Segundo gran rasgo característico, la identificación del Derecho con el Estado. "No hay otro Derecho, que el que procede del Estado". Basándose en esto Ihering y otros autores, negaron la autenticidad de las normas del derecho Eclesiástico, por carecer de las notas de estatalidad, coactividad, e intersubjetividad que deben de tener todas las normas.

Vamos a analizar si estas notas son imprescindibles.

ESTATALIDAD.-

El Derecho es un fenómeno esencialmente estatal según la mayoría de los autores, sin embargo es imprescindible para cualquier colectivo humano.

Dos frentes críticos:

- 1) Algunos autores que forman parte del Derecho Positivo externo, que no son juristas puros, sino que partían de datos teológicos o confesionales, decían que la Iglesia es una sociedad jurídica perfecta, por decirlo de alguna manera autosuficiente, considerándola dotada de los tres poderes clásicos. Esta postura fue dada por distintos autores iusnaturalistas.
- 2) Escuela Laica o Dogmática Italiana, se apoyaron en su réplica al positivismo en la teoría general del derecho, basándose en la teoría de un autor, SANTI ROMANO:

"El ordenamiento jurídico demuestra que la realidad jurídica no presupone la existencia del Estado, sino que para que se dé el Derecho, es suficiente la existencia de una sociedad organizada, está claro que la Estatalidad no es garantía de juridicidad".

Base fundamental para la crítica a la ausencia de estatalidad que argumentaban los positivistas, contra las normas del Derecho eclesiástico, es que más que hablar de estatalidad como característica necesaria, hay que hablar de socialidad.

COACTIVIDAD.-

Es para los positivistas algo esencial al Derecho, mantienen a la vez con cierto grado de razón, que la Iglesia Católica no tiene el poder necesario ni los mecanismos, para garantizar el cumplimiento de sus normas.

La crítica a este argumento la hizo igualmente la Escuela Laica o Dogmática Italiana.

Autores como PIOR CIPROTTI, D'AVACK, DEL GIUDICE, JEMOLO, etc., pusieron de relieve que la coacción como medio de cumplimiento es algo anecdótico, no esencial. Las normas se cumplen normalmente sin la coacción, no es algo que este siempre presente, luego no es esencial. Por otra parte hace notar que cuando se da la infracción del ordenamiento jurídico, no siempre queda restablecido por la coacción, que no siempre puede reparar el daño que produce la conducta antijurídica.

En definitiva, para estos autores, más que la coacción, lo que le es esencial a la norma jurídica es la sanción, pero esta no implica la utilización de la coacción.

D. JUAN VILADRICH, dice que "la eficacia de la amenaza de la sanción, puede ser a veces superior en el Ordenamiento Canónico que en el Estatal, aunque la Iglesia carezca de medios para hacer cumplir las normas".

INTERSUBJETIVIDAD.-

No se puede atribuir a todos los autores positivistas, el primer autor fue CARNELUTTI, uno de los mayores procesalistas de este siglo, (1.940, "Teoría General del Derecho"), el Derecho Canónico carece de intersubjetividad, porque entre los hombres y Dios no se establece relación jurídica precisamente dicha. Se le hizo ver inmediatamente la confusión entre Derecho Canónico y Moral, el Derecho Canónico establece relaciones entre los creyentes y no entre estos y Dios.

La Iglesia aparte de su naturaleza sagrada es de indudable carácter humano, está formada por hombres, por tanto, no es Derecho Canónico toda relación jurídica que se dé en el seno de la Iglesia, únicamente las que afecten a determinadas materias.

Características y Fin del Derecho Canónico-

La característica fundamental no radica en ser Derecho, ya que esto es común a otras ramas del mismo, sino en la materia que regula el Derecho Canónico, muy en consonancia con las características de la Iglesia Católica:

1ª.- Universalidad.-

Es el ordenamiento que con una técnica más occidental, que a un mayor número de personas se le aplica en la Tierra, a diferencia con el resto de los Ordenamientos cuyas características principales son la territorialidad y la personalidad.

2ª.- Unidad.-

Tiene el mismo origen que la universalidad, con importantes manifestaciones:

- 1) La autoridad del Papa se extiende de una forma directa a todo el ámbito de la Iglesia.
- 2) No existe la clásica división de poderes, que radican siempre en los mismos núcleos de decisión, según niveles, Papa, Obispos.
- 3) Todos los bautizados tienen un patrimonio común, que son los Sacramentos y las Sagradas Escrituras, y el mismo patrimonio jurídico de derechos y deberes. Aquí es importante diferenciar Unidad de Uniformidad.

3ª Variedad.-

Puede actuar como correctora de la segunda característica. las normas canónicas van destinadas a una pluralidad de sujetos, variedad que tiene expresiones concretas a nivel positivo, lo que se llama Derecho Canónico Particular, de vigencia en un territorio determinado o para un grupo humano concreto y que se contrapone al Derecho Canónico General. Esto procede de la competencia legislativa que tienen determinados órganos de la Iglesia, locales (Obispos), nacionales (Conferencia Episcopal). Hay que tener en cuenta que los entes fundacionales tienen cierta potestad legislativa que son normas fundacionales y que introducen otra parte de variedad en el Derecho Canónico.

4ª.- Plenitud.-

Incluida como otra característica del Derecho Canónico, introducida en España por el Profesor González del Valle, plenitud siempre entendida en sentido limitado. Regula todas aquellas materias relevantes en cuestiones que afectan a sus intereses.

5ª.- Elasticidad.-

Capacidad de adaptación, que en el Ordenamiento Canónico explica la pervivencia de este a lo largo de 2.000 años, manteniéndose el mismo aunque en cierto sentido distinto. Las Normas Fundamentales han permanecido

inmutables frente a la elasticidad de otras, en su adaptación a los tiempos. La primera figura propiamente canónica es la "Equidad", aplicación ajustada, mensurada de la norma. La segunda figura es la "Dispensa", pérdida de vigor, de vigencia de una Ley para un caso particular, igualmente los "Decretos Singulares", que tienen por destinatarias algunas colectividades o grupos ó incluso una única persona, se denominan también "Privilegios".

Fin del Derecho Canónico.-

Para algunos autores de origen eclesiástico, viene a identificarse con el fin último de la Iglesia en general, desde su punto de vista sería, lo que se conoce con el fin de la "salvación de las almas".

Existe otra postura distinta, para juristas como PEDRO DE LOMBARDIA, de adscripción laica, que sería establecer por medio de normas con una depurada técnica jurídica las condiciones necesarias y suficientes para que los miembros de la Iglesia puedan alcanzar cotas de justicia, es decir propiciar un orden social justo.

El Derecho Canónico en la Historia

A mediados de siglo XIX, el Romanticismo provoca la exageración del espíritu nacionalista y esto en el campo jurídico lleva consigo el contemplar el Derecho como un fruto del espíritu de cada pueblo. Así surge la ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO, que mantiene esta visión.

Hay un término alemán para nombrar esta idea del espíritu de cada pueblo como origen del Derecho: Volkgeist

Esta escuela influyó mucho y supuso un progreso en el estudio científico del Derecho y en el estudio del Derecho Canónico.

Es preciso un canonista, STUTZ, quién pronuncia en 1.905 una conferencia en la que propone dividir los estudios en históricos y dogmáticos, y aplicar al estudio histórico un método histórico crítico y en el estudio de la dogmática aplicar una metodología estrictamente jurídica.

Así se conseguiría una construcción de un sistema conceptual que explicaría con rigor técnico el derecho vigente.

Tras la segunda guerra mundial se vuelve un poco al estudio conjunto de ambos métodos.

Actualmente se considera conveniente que la historia utilice un método Histórico-crítico y la Dogmática jurídica no puede prescindir de la Historia.

El primer Milenio

En las primeras comunidades cristianas aplicaban:

- Los textos del nuevo testamento.
- Las Epístolas Paulinas.
- Las costumbres.
- La tradición apostólica.
- Las decisiones que para cada comunidad concreta adoptaba el obispo.

Siglo I - II.-

No hay Sentencias de carácter jurídico pero hay textos de índole disciplinar y doctrinal.

Siglo III.-

La Didascalia Apostolorum, de origen Sirio o Palestino.

La Traditio Hipolitii, de origen Romano.

Siglo IV.-

Las Constituciones Apostólicas, de origen Sirio o Palestino.

Los primeros Textos jurídicos son los Cánones promulgados en los Concilios.

Hay rastro de actividad conciliar desde el siglo II, pero se generalizaron a partir del 313 con el Edicto de Milán, por el cual se le otorga a la Iglesia libertad religiosa.

Estos Concilios pueden ser Regionales o Universales:

- Concilios Regionales: Son asambleas de Obispos de zonas determinadas.
- Concilios Universales: Convocatoria general con la autoridad reconocida del Papa

En el I milenio hubo ocho Concilios Universales y muchos Regionales. Todos tuvieron lugar en el Oriente: Nicea, Constantinopla, Éfeso y Calcedonia. Tenían sus normas de carácter colegial, pero junto a este gobierno colegial también estaba el personal, que eran fundamentalmente los obispos de Roma que gobernaban directamente toda la Iglesia.

Los Papas enviaban Epístolas o Cartas Decretales, por propia iniciativa para dictar o responder a algo.

Otro tipo de fuentes son los Concilios Regionales y las Series o Colecciones de las Decretales de los Papas.

A partir del Siglo VII, aparecen Colecciones más depuradas. Están ordenadas por materias o sea, sistemáticamente.

El Primer movimiento recopilador se da como consecuencia del llamado Renacimiento Gelasiano.

Con el Papa Gelasio a finales del siglo V y principios del siglo VI, aparecen colecciones en el norte de África, en la Península Ibérica, Francia e Italia.

1) Colección Dionisiana.-

Final del siglo V. Autor de la recopilación es el monje Dionisio "el exiguo". Esta colección recoge textos auténticos de Sentencias de carácter universal.

2) Colección Hispana.-

633 - 636. Atribuida a San Isidoro de Sevilla. Tendrá vigencia hasta el Siglo IX. Esta Colección Hispana recoge Cánones de los Concilios del Norte de África y de los Concilios Orientales, de los franceses y españoles, además de Decretales de carácter Universal. En revisiones posteriores se le van agregando los Concilios de Toledo.

Siglo VIII.

Surge el fenómeno de la aparición de colecciones falsas; esto es debido a que en Francia no existían colecciones universales, solo había regionales francesas y por eso surgió el riesgo particularista. Para evitar el Particularismo, el Papa Adriano I en el 774, envía al Emperador Carlo Magno una Colección con el fin de que fuese el texto vigente en Francia.

3) Colección Adriana. Esta colección referida era básicamente la Dionisiana con agregaciones y fue llamada Colección Adriana.

4) Colección Dacheriana.-

Esto tenía un inconveniente porque no tenía textos franceses y por ello se hizo un texto refundido con la Colección Hispana, a esta se la llamó Colección Dacheriana, siglo IX.

Este texto no resolvió otro problema que provenía del régimen feudal francés; los señores feudales acaparaban las posesiones de las Iglesias y no

existen textos legales que las defendieran, y al no haberlos se los inventan y vuelven a aparecer colecciones falsas que junto a textos auténticos colocan otros textos inventados.

Las principales colecciones falsas son:

-La Colección Pseudoisidoriana

-Las Falsas Capitulares.

Estas falsificaciones en principio serían anécdota pero manifiestan una falta de poder legislativo eficaz en la Iglesia del momento.

Ese problema de ausencia de poder legislativo eficaz es el principal problema de la Iglesia entre los siglos IX y XII.

El Siglo X es llamado siglo de Hierro y se caracteriza por una pérdida del prestigio del papado.

El Siglo XI, desde su comienzo se siente la necesidad de una reforma que consiga a la Iglesia la liberación de manos del poder temporal, que dé prestigio al papado.

Esta reforma se lleva a cabo con Gregorio VII, es la llamada REFORMA GREGORIANA.

Esta Reforma abarca muchos aspectos, pero el más importante es la reforma jurídica.

Se sirvió de una serie de Textos:

a. Dictatus Papae: Elaborado por Gregorio VII

b. Colección de los 74 Títulos.

- c. Colección de Anselmo de Luca.
- d. Colección de los Cánones del Cardenal Deusdedit.

El Derecho Canónico Clásico

Desde mediados del siglo XII a mediados del siglo XIV.

En contraposición con el primer milenio, este se caracteriza por formar un sistema coherente, actual y complejo.

Se aplica en todo Occidente y además hay grandes aportaciones a la técnica jurídica. Esto es debido a diversos factores:

A) Presencia de una autoridad legislativa indiscutida en todo Occidente.

Esto supone que hay un prestigio del Papado que viene como consecuencia de la Reforma Gregoriana, por la firma del Concordato de Worms en 1.122, entre el Papado y el Imperio Romano Germánico, que pone fin a la guerra de la Investidura.

B) Se consigue un técnica jurídica depurada por la recepción del Dcho. Romano.

A finales del siglo XI se descubrió el Digesto en los archivos Vaticanos, y así toda la perfección técnica romana se aplicó al Derecho Canónico.

C) Aparición de las Universidades.

Aparecen como Fundaciones Eclesiásticas donde cultivan el Dcho. Canónico y Romano. Esto tiene como consecuencia un esplendor en el Derecho.

DECRETO DE GRACIANO.-

Este sistema coherente tiene su raíz en el Decreto de Graciano de 1.140. Esta Recopilación es diferente a las antiguas ya que tiene un objetivo, pretende crear un sistema unitario de Derecho Canónico. A esta obra se le llama "Concordia Canonum Discordatum" y se pretende concordar los Cánones discordantes.

Pretende elaborar un cuerpo de doctrinas en el que se redujera a unidad todo el sistema de Derecho de la Iglesia, así se coordinan criterios y se evitarán las contradicciones.

Los criterios utilizados por Graciano son:

- 1) "Ratione temporis": La Ley posterior deroga a la anterior.
- 2) "Ratione loci": Según el ámbito territorial.
- 3) "Ratione significationis": Según la interpretación literal de la Norma.
- 4) "Ratione dispensationis": La Ley especial prevalece sobre la ley general.

Se compone de tres tipos de textos:

- a. Las autoridades: Son textos legislativos reunidos en materias.
- b. Los Dicta: Son comentarios, glosas del propio Graciano, concordando las distintas Autoridades.
- c. Los Paleae: Son los comentarios de un discípulo de Graciano, Paucapalea.

Este Decreto de Graciano no paso de ser privado, o sea, no fue oficial, pero tuvo una gran influencia y se extendió a toda Europa, y además hizo que se abandonaran las otras Colecciones.

A partir de aquí todas las Colecciones nuevas se llamaron de Derecho Nuevo.

Tras la publicación del Decreto hay unos años de gran producción normativa y las colecciones que se dan en este periodo clásico se llamarán Extravagantes, ya que no están incluidas en el Decreto de Graciano.

LA COMPILACIÓN DE LAS DECRETALES DE GREGORIO IX.-

Este Papa encargó en 1.230 a un jurista famoso, San Raimundo de Peñafort, la recopilación de textos de Decretales anteriores a Gregorio IX.

Son unas 1.770 y unas 200 del propio Gregorio IX.

Esta Colección sí tuvo carácter oficial pues fue promulgada en 1.234 por el Papa Gregorio IX.

Esta obra consta de cinco partes:

1ª) Iudex.

2ª) Iudicia.

3ª) Clerus.

4ª) Connubia.

5ª) Crimen.

A finales del siglo XIII después de dos Concilios Ecuménicos vuelven a aparecer Extravagantes, y la Universidad de Bolonia manda al romano pontífice Bonifacio VIII que ponga al día las Decretales.

Así en 1.298, este Papa promulga mediante el envío a la Universidad de Salamanca y Bolonia, la Colección "Liber Sextus"

Otra Colección importante aparece casi cien años después:

LIBER SEXTUS.-

Es considerada una continuación de las Decretales de Gregorio IX. Es también oficial, con fuerza legal, de manera que deroga todas las normas decretales posteriores a las Decretales de Gregorio IX que fuesen recogidas en el Liber Sextus.

DECRETALES CLEMENTINA.-

Otra Colección oficial fue la llamada Decretales Clementina de 1.317. Fue promulgada por el Papa Juan XXII y tiene ese nombre porque en realidad fue mandada hacer por el Papa Clemente V.

Al conjunto de todas las Colecciones se le llamó: CORPUS IURIS CANONICIS. Posteriormente se le agregan dos colecciones privadas que contenían Decretales. Estas son las Extravagantes de Juan XXII y las Extravagantes Comunes.

Estas dos Colecciones son obra privada de un jurista francés llamado Juan Chappuis publicada en 1.500 y 1.503

EN RESUMEN:

Las Colecciones de Derecho Clásico Canónico se reúnen en el CORPUS IURIS CANONICIS. (CIC)

- DECRETO DE GRACIANO - 1.140
- DECRETALES DE GREGORIO IX - 1.234
- LIBER SEXTUS (BONIFACIO VIII) - 1.298
- DECRETALES CLEMENTINAS - 1.317

- EXTRAVAGANTES DE JUAN XXII - 1.500

- EXTRAVAGANTES COMUNES - 1.503

Los dos Corpus (CIC y CIR) formaron el Derecho Común durante varios siglos, ambos se cultivaban y complementaban en las Universidades.

El Derecho. Canónico aporta la adopción a las nuevas realidades sociales.

El Derecho. Romano aporta elementos a la técnica jurídica.

Quizás por efecto del idiocrantismo el Derecho. Canónico regula institutos de carácter civil y surge con el declive del Papado o Renacimiento.

Otra cosa que contribuye al declive son los juristas que asesoraban a los monarcas franceses, que intentaban separar ambos Derechos para basar en el Derecho Romano los Derechos del monarca francés frente al Papado.

Derecho Canónico Moderno

Seguimos en la evolución del Derecho. Canónico. En esta nueva etapa también hay cambios importantes.

A partir del siglo XVI suceden dos hechos determinantes para la evolución del Derecho Canónico:

1º) La aparición del Estado Moderno (nacionalidades), que supone el abandono progresivo de la idea de una única cristiandad europea y aparecen distintos Estados.

2º) Aquel que produce que la Iglesia Católica deje de ser en la práctica la única confesión europea por efecto de la reforma protestantes. (Protestantismo)

Las consecuencias son:

En el aspecto estatal:

1º) Los monarcas rechazan cada vez más la inmiscusión del Poder Eclesiástico en la sociedad civil, por esto a partir de esa época, las Normas de Derecho Canónico no regulan ya Derechos civiles como sucedía en la Edad Media.

2º) En segundo lugar, el Estado Moderno busca la cohesión interna dentro del Estado, dándose cuenta de la importancia del factor religioso de cara a aunar las distintas facciones. La Legislación estatal comienza a inmiscuirse en las cuestiones religiosas, apareciendo el fenómeno que se conoce sobretodo en España, con el nombre de "Regalismo".

En el aspecto religioso:

Las consecuencias son importantes. La Reforma Luterana provocó una de las reformas más importantes de la Iglesia Católica, El Concilio de Trento (1.545 - 1.563)

La Santa Sede para llevar a cabo las resoluciones del Concilio de Trento se dota de una estructura organizativa, la Curia Romana, creada en 1.582 por Sixto V, que la organizó con base en distintos órganos de carácter administrativo y judicial. De ahí que hoy día existan dos grandes tribunales eclesiásticos, el de la Santa Rota y el de la Signatura Apostólica. Mas tarde el Papa Juan Pablo II la reforma en 1.985 con la Constitución "Pastor Bonus". Tanto los órganos administrativos como los judiciales, reciben el nombre de Obligasterios, que van creando un número altísimo de Resoluciones de la Curia Romana, que se iban a recopilar en grandes volúmenes llamados Thesaurus Resoluciones (R.Administrativas). La máxima importancia legal la tiene Trento, que es la vertiente jurídica de la que provienen instituciones actuales.

Estas Resoluciones Jurídicas se contenían en los llamados Decretos Tridentinos. Salvo en aquello que expresamente preveían no derogaban el Corpus Iuris Canonis.

Al lado de esta legislación colegial, aunque paulatinamente más olvidadas están las Bulas y los Breves Pontificios, que se recogen igualmente en grandes volúmenes llamados Bularios.

En esta época no se publicó ninguna colección oficial que se incorporara al Corpus Iuris Canonici, ya que se disponía de medios críticos que permitieron la corrección del Corpus Iuris Canonici.

Sin embargo en 1582 se publica una edición oficial de todo el Corpus Iuris Canonici en conjunto.

Por otro lado los avances filológicos e historico-jurídicos hicieron posible hacer un mayor estudio del Corpus Iuris Canonici consiguiendo sacar las interpolaciones y errores.

Codificación de 1917

Concilio Vaticano I:

- comenzó el 8-XII-1.869
- finalizó el 18-VII-1.870

Aunque en el plano ideológico hizo pocas aportaciones, algunas como la infalibilidad del Papa, empieza a tomar fuerza una corriente de opinión que exige la existencia de un Código para la Iglesia que clarifique la situación acerca de la certeza de las fuentes. Junto a estas opiniones existían quienes se oponían a dicha Codificación, que son los Correctores, que creían que cualquier codificación suponía una merma del Derecho, aparte de ser una misión imposible que no merecía la pena intentar.

Había un tercer sector que asimilaba Código a Despojo.

En la cuenca mediterránea se habían producido las Desamortizaciones y rechazaban la idea de la Codificación por dicho motivo.

No se pudo impedir que siguiera adelante el proyecto de codificación el Papa Pío X, que ordena que se inicien dichos trabajos dos comisiones:

- Juristas expertos
- Canonistas expertos

Al frente de estos trabajos está Pietro Gasparri, que posteriormente fue Cardenal, demostrando en la tarea ser un trabajador infatigable, de manera que en un corto plazo de tiempo, tuvo fruto la labor codificadora, realizadas incluso, las consultas a todas las diócesis del mundo y de reducción y recopilación de ese material.

El 17-V-1.917 se publicó el Código, siendo Papa Benedicto XV por eso se le denomina Código Pio-Benedictino.

Como alteraba el sistema de fuentes, se le concedió una amplia *Vacatio legis*, entrando en vigor un año después de su publicación.

Es extenso, 2.414 Cánones, que se agrupaban de una forma semejante en cinco libros:

- 1º) Normas generales
- 2º) A las personas
- 3º) Las cosas
- 4º) dedicado al Derecho Procesal

5º) de los Delitos y las Penas. Cada uno de esos libros se dividía en Partes, Secciones, Capítulos y Artículos.

En el Código del Derecho Canónico se dio gran importancia al Derecho Consuetudinario, e incluso se llegó a admitir la "costumbre contra-legis".

Sucedió algo importante, el Papa Benedicto XV dictó una norma canónica para prevenir que no se volviera a caer en el caos, publica también en 1917 el "Motu Proprio" llamado "CUM IURIS CANONICIS", pretendiendo adecuar

toda nueva norma con el Código, y a la vez se creaba una Comisión para la Interpretación Auténtica ("Pontificia Comisión"), que tenía como misión disolver las dudas en la interpretación de las Normas, aunque muchas veces influenciados por su origen se les achacó ser un freno.

El "Motu Proprio" aunque tenía un alto propósito se incumplió, pues la misma Curia Romana fue promulgando actos administrativos, reglamentos etc. que modificaban el Código saltándose el principio de legalidad y jerarquía normativa.

También haciendo valoraciones se ha criticado al Código de 1.917 porque no está tan depurado como se deseaba, pero sin embargo se cumplió un fin básico y práctico de darle certeza jurídica. Y de hecho se cambió el Código de 1.917 por el actual de 1.983, no por razones jurídicas sino por razones expresiológicas.

El Código de 1983

Este Código está en dependencia directa con el Concilio Vaticano II; este Concilio fue un acontecimiento inesperado porque no había ningún motivo que lo hiciera prever aparentemente no había problemas doctrinales, disciplinares etc.

También hay que señalar de este Concilio que nunca un Concilio Ecuménico había sido objeto de tanta atención por los medios de comunicación.

El discurso de convocatoria del Concilio fue hecho por Juan XXIII, el 25 de Enero de 1959. En ese mismo discurso también anuncia ya la revisión del Código de 1917.

La sesión de apertura fue el 11 de Octubre de 1.962, casi cuatro años después y la clausura fue el 8 de Diciembre de 1965.

En este Concilio no se formuló ninguna nueva declaración doctrinal. Los Documentos que emanó, son:

- 4 Constituciones Apostólicas (2 de contenido doctrinal)
- 9 Decretos
- 3 Declaraciones

Estos no son textos jurídicos pero tienen alguna repercusión sobre el Derecho Canónico, por ejemplo, la Constitución sobre la Iglesia, que afirma la responsabilidad de todos los fieles católicos en la misión de la Iglesia.

Por otro lado la Constitución sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo, tiene la doctrina de la autonomía de las realidades temporales, viene a decir que la Iglesia se reconoce a sí misma incompetente para inmiscuirse en cuestiones que no tienen dimensión religiosa.

Sin embargo esta doctrina también dice que tiene derecho a emitir un juicio moral en cuestiones éticas, por ejemplo la Iglesia afirma su derecho y deber de pronunciarse respecto a la violación de los derechos humanos.

Proceso de elaboración:

En 1963, el Papa Juan XXIII constituye la Pontificia Comisión de revisión del Código de 1.917. Esta Comisión se reúne y lo primero que decide es lo de aplazar el comienzo de sus trabajos hasta el final del Concilio.

De esta manera se pudo tener en cuenta también una serie de normas jurídicas que se publicaron después del Concilio, y estas fueron:

- Constitución Apostólica "Regimini Ecclesiae Motu Proprio Universae" (1967)
- Constitución Apostólica "Romano Pontífice Eligendo" (1975)

- Motu Proprio "Causas Matrimoniales" (1971)

Terminado el Concilio se abandona la idea de revisión del Código del 17, por la idea de crear un nuevo Código.

En 1967 hay una Asamblea del Sínodo de Obispos, Órgano consultivo no permanente, y elaboraron unas directrices para la elaboración del nuevo Código del Derecho Canónico.

La Comisión de Elaboración del nuevo Código de Dcho. Canónico, se ayudó del trabajo de más de cien especialistas de todo el mundo que se dividieron en grupos de trabajo según materias.

Entre 1972 - 77, se elaboraron diez anteproyectos correspondientes a cada una de las partes de las que en principio iban a constar en el Código. Estos diez proyectos fueron remitidos a todas las universidades para que elaborasen sus críticas y pudiesen ser estudiadas. Esas observaciones se estudiaron y con ellas se elaboró un nuevo proyecto que se llamó "Eschema novum" (1.980).

Este esquema se eleva al clero de la Comisión que introduce algunas nuevas formas. Así aparece el "Eschema Novissimum", que es elevado al Papa para su promulgación en 1982.

El nuevo Código consta de 1.752 Cánones y está dividido en 7 Libros:

- 1) Sobre las normas generales.
- 2) Del Pueblo de Dios.
- 3) De la función de enseñanza de la Iglesia.
- 4) De la función de santificar la Iglesia.
- 5) De los bienes temporales.
- 6) De las sanciones de la Iglesia.
- 7) De los procesos.

Las novedades más importantes son:

1ª) Hay un título en el Libro I dedicado a los Derechos Fundamentales del fiel. El contenido de este título provenía de un proyecto que hubo de Ley Fundamental de la Iglesia. Fue propuesta por canonistas laicos especialmente en España. De hecho ese proyecto desde el comienzo tuvo una oposición: se basaban en que la Iglesia no necesitaba Constitución porque esta es de Constitución divina y no estatal. Este proyecto no salió adelante pero en concreto las partes de los derechos fundamentales de los fieles si se recogieron.

2ª) En el Código aparecen circunscripciones jurisdiccionales de ámbito procesal. Ejemplo: Diócesis personales.

3ª) En este Código se da más cauce a la descentralización de la potestad eclesiástica.

4ª) En el Código de 1.917, los Obispos podían dispensar solamente de lo expresamente previsto, sin embargo en este de 1.983 los Obispos dispensarán de todo excepto de lo que esté expresamente reservado al Papa.

4.4 DERECHOS MEDIEVALES y EL DERECHO CASTELLANO

La edad media

La expresión Edad Media, que tan familiar nos resulta desde nuestras primeras aproximaciones a la historia en la educación primaria y secundaria, es uno de los típicos conceptos que bajo una aparente claridad y simplicidad se presenta caracterizada por ropajes de contradictoria significación. El término ha tenido una enorme difusión e influencia a lo largo de los dos últimos siglos. Las escuelas históricas europeas la adoptaron como uno de sus referentes ineludibles, integrando la clásica separación entre "Edad Antigua, Media y Moderna". Y, por cierto, los educadores han continuado empleándola a falta de otro concepto más claro.

Pero no deja de ser significativo que esta expresión no tenga su origen en el periodo al que designa (nunca se habló de ella en el periodo histórico aludido) sino que se haya originado en ciertos polemistas del siglo XVIII, que la hicieron popular la junto con el término "Oscurantismo", siendo ambos usados para definir a la totalidad de las instituciones sociales, económicas, jurídicas y políticas que van, desde la caída de Roma en poder de los bárbaros, hasta mediados o fines del siglo XV.

Con seguridad, el uso de estos términos corresponde al decálogo político de los racionalistas o iluministas del siglo XVIII. Debe recordarse que la Ilustración (de origen francés) postula un vuelco hacia las potencias racionales del hombre, que le distinguirían del resto de los seres animados, nace así el racionalismo y éste es por esencia moderno (atribuyendo un significado cuasi-divino al término). El modelo que sirve para inspirar a los racionalistas desde Renato Descartes en adelante es la llamada Edad Antigua o Clásica (que emocionalmente (aunque esto resulte una contradicción) los ilustrados identifican con la mítica "Edad de Oro de la Humanidad", siguiendo el mito grecolatino

Así, el mundo habría experimentado un avance bajo la Edad Antigua y este impulso sería ahora renovado por la "Edad Moderna". Y como resulta lógico concluir de esta línea argumental tan simple, todo el periodo de 1000 años que va entre las dos primeras "edades" es una etapa que debe ser superada y olvidada, si es que el hombre desea verdaderamente avanzar en pos del prometido "progreso indefinido".

Ahora bien, esta etapa en que los hombres habrían sido gobernados por sus pasiones, ignorancia y superstición religiosa (no olvidemos el componente fuertemente crítico de la Ilustración respecto del cristianismo y de toda religión revelada) sería una etapa oscura, verdadera "noche de la

civilización" y por ello el vocablo "Edad Media y Oscurantismo Medieval", resultan cargadas de un contenido axiológico fuertemente negativo.

Hasta ahí la mención de los fundamentos del término. El deseo de los polemistas ilustrados fue dejar sentado de una vez y para siempre que su interpretación era la única admisible. No obstante, los problemas que ha provocado la adopción de esta nomenclatura resultan variados y de difícil solución, incluso si se parte de los mismos fundamentos ilustrados.

Un primer escollo en el análisis consiste en precisar cuál es el punto de inicio de la llamada Edad Media. Las alternativas sobre la materia van desde la propia caída de Roma hasta la proclamación del Imperio Carolingio o Sacro Imperio Romano Germánico que supuso la restauración del orden político "universal" en Europa. Sólo que éste acontecimiento tuvo lugar en la Pascua del 800.

El segundo escollo resulta de toda lógica; si borrosos son los contornos del inicio de la Edad Media, también lo son los de su término. Para precisar esta fecha se ha acudido a ciertos hechos históricos que marcarían el surgimiento de una nueva concepción del mundo. Ello tanto en lo político, como en lo religioso y económico. Algunos de los acontecimientos señalados como término de la Edad media son:

1. La reinención de la pólvora en Europa (la adopción de las armas de fuego en General) producto de las campañas de la guerra de los cien años entre Inglaterra y Francia. Esto ocurrió a mediados del siglo XIV, siendo el sitio de Calais por Eduardo III de Inglaterra el primero en que se usó el poder de la artillería. Hemos dicho reinención, pues, como se sabe, la pólvora fue descubierta en China en el siglo II d.C.
2. La toma de Constantinopla por los Turcos Otomanos, en 1453. Desde el punto de vista estratégico, militar y comercial este fue un hecho que sacudió a Europa entera. El comercio con el Oriente fue bloqueado de

improviso y ello supuso un estímulo extraordinario para los viajes transoceánicos. Cuando Mohamed II conquista la ciudad de los basileus tras un sitio de 53 días (El último emperador romano, Constantino XI muere en el sitio) el 29 de mayo de 1453, poco o nada sobrevivía del antiguo imperio bizantino, sin embargo, la repercusión política de esta noticia fue enorme.

3.El descubrimiento de América de 1492: Cuando la gesta colombina alcanza su objetivo el 12 de octubre de 1492 se produce uno de los hechos que dividirán las aguas de la historia. Sus repercusiones son demasiado conocidas para adentrarnos en ellas. Baste decir que la Historia de Occidente sería incomprensible si no se hubiese producido este hecho.

4.Finalmente algunos agregan que la Edad Media terminaría con la difusión de la Reforma protestante de inicios del siglo XVI, llevada adelante por Lutero y sus seguidores, y que habría sido el punto de inflexión al poder de la Iglesia Romana en general y del Papado en particular.

El estudio detenido de los problemas indicados ha hecho que en nuestro siglo se produzca un importante movimiento de reacción en contra de las terminologías expuestas. Son numerosos los autores, tanto en el ámbito internacional como en nuestro medio, que han cuestionado la validez de estas categorías histórico-ideológicas y propuesto su reemplazo por unas nuevas de contenido científico y empírico instrumental, como "La Cristiandad", "La época de armonía entre fe y razón", "La Europa Feudal", etc.

En razón de lo anterior utilizaremos las expresiones aludidas como simples referencias instrumentales, a las que atribuiremos un campo cronológico que se inicie en 476 y finalice en 1474, es decir al comienzo del reinado de los Reyes Católicos en España.

La caída de Roma y la fragmentación del "orbis" político

Con la caída del orden político imperial, el caos se apodera de la llamada cristiandad. Es una época de profundas transformaciones, políticas (la unidad imperial es sucedida por un sinnúmero de reyezuelos y jefes bárbaros mal civilizados), económicas (casi desaparecen el comercio, la moneda y las transacciones mobiliarias, por la inseguridad esencial de las vías de comunicación); culturales (pues la enseñanza oficial es del todo inexistente); sociales (el estatus de "cives" o ciudadano romano desaparece y es más o menos reemplazado por el de súbdito del rey o miembro de una tribu o clan bárbaro); militares (la gloriosa infantería romana es suplantada por la caballería pesada germana que será la base de la caballería medieval); etc. En medio de tan variadas mutaciones sociales un aspecto de la vida humana permanece firme como la roca a la que azota la tempestad sin causar daño: La Iglesia de Roma.

Cuando el colapso se produce, surgen dos fenómenos paralelos y en cierta forma complementarios, los hombres de ciencia y/o instruidos se procuran refugio en Oriente, emigrando a Bizancio o se consagran al estudio de los clásicos en los monasterios fortalezas fundados por San Benito de Nursia y sus discípulos, los benedictinos. Allí en los muros recoletos no llegan los sollozos de quienes lloran por la civilización arruinada ni los desafíos violentos de los nuevos amos de Occidente: los todavía bárbaros germanos.

Estos fenómenos se han denominado la Orientalización y el Enclaustramiento de la Cultura. Junto con representar el grado de temor y de colapso de la civilización, importaron la preservación de un precioso legado de saber antiguo que de otra manera se habría perdido para siempre. Durante siglos los manuscritos clásicos se preservaron y estudiaron en las escuelas y

universidades bizantinas y en Occidente, decenas de generaciones de monjes dedicados copiaron una y otra vez los textos originales, para legarnos ejemplares del saber que son a la vez, y hasta nuestros días, obras de arte científico y religioso sin igual.

La sociedad alto medieval es una sociedad oficialmente cristiana. De hecho el vocablo "Europa" no es usado ni siquiera como expresión geográfica. A la "Cristiandad" se ingresa mediante un sacramento religioso: El Bautismo. Por ello, quien no ha sido partícipe del mismo no pertenece a la sociedad y no se le puede aplicar el estatuto jurídico político de los cristianos. Es el origen de la separación de los judíos y, en España, de los mudéjares (musulmanes sometidos al dominio de los cristianos, a medida que avanza la reconquista).

El modelo según el cual se organiza la sociedad es el inspirado por San Agustín de Hipona, quien en su obra "La Ciudad de Dios" "cristianiza" el modelo platónico del Estado Ideal: La sociedad está compuesta por tres órdenes: Los que guerrear (señores nobles y soldados), los que oran o rezan (eclesiásticos) y los que laboran (trabajadores libres, artesanos y siervos).

La Sociedad Trifuncionalista Medieval y el Feudalismo

Acabamos de señalar que a la caída de Roma el orden social se desploma y esto no es sino un reflejo de la carcoma que devoraba a la llamada civilización antigua desde hacía siglos. En el orden político ocurre otro tanto, pues la unidad jurídico-política alcanzada por Roma, cuya coronación está en la Constitución antoniniana de 212 se disuelve y da lugar a la aparición de un sinnúmero de pequeñas unidades políticas y pretenden transformarse en entidades autárquicas o autosuficientes y que se ven constantemente envueltas en conflictos entre sí. Son los feudos, verdadero microcosmos

social, en cuyo interior se reproducen las dimensiones que antiguamente se desarrollaban con libertad en todo el Imperio.

El feudo es un fenómeno principalmente jurídico que envuelve dos dimensiones contradictorias; por una parte el carácter cristiano de la sociedad, dado por el modelo agustiniano descrito precedentemente y por otra el aspecto bárbarico de los caudillos que centran su autoridad en las "costumbres ancestrales de los germanos" y que gobiernan basados en el arbitrio las más de las veces.

Sin embargo, el fenómeno feudal está lejos de haber revestido caracteres universales. Desde luego no es posible de hablar de feudalismo más atrás del siglo VIII y su "loco originalis" se encuentra en la llamada "Ile de France". Así grandes porciones del territorio del continente europeo permanecieron libres del feudalismo, a lo menos hasta antes de la formación del imperio de Carlomagno. Las razones son variadas, pero entre las más importantes se encuentran la carencia de líderes suficientemente poderosos para poder mantener la autoridad más allá de sus fortalezas, la despoblación de vastas zonas del continente y las guerras entre tribus bárbaras que se enfrentan por el dominio de las antiguas provincias romanas. En este sentido nunca será suficientemente destacado el factor de la violencia predominante en la sociedad del siglo VIII. Era una verdadera lucha por la supervivencia la que había sucedido al antiguo orden clásico.

Las tesis sobre el origen de los feudos se vinculan con la organización militar de los francos. Así Heinrich Brunner, propone en el año 1887 que el antecedente de este sistema social habría sido motivado por el encuentro entre la caballería musulmana en Pitiers (732) y la infantería franca de Carlos Martel. Producto de esta batalla ganada dificultosamente por los francos debido a su alto número, el líder de los francos habría caído en cuenta que la única forma de mantener la seguridad del reino era la formación de una

sólida caballería que contrarrestara el poder de los eventuales invasores montados. Sin embargo los altos costos de mantener este tipo de ejército a caballo, habrían impulsado a los carolingios a ceder tierras a los hombres libres a cambio de la obligación de formar una caballería más o menos estable. Para esto se habría necesitado desamortizar los predios pertenecientes a la Iglesia y a la propia Corona. La consignada explicación es apoyada en nuestro siglo por Voltelini (1922) y Von Schwerin (1926).

Sin embargo esta tesis ha sido rebatida ampliamente por Alfonso Dopsch y en este siglo el profesor español Sánchez Albornoz. Ambos indican que el origen de la caballería franca no sería Poitiers sino que sería anterior y que las desamortizaciones ocurridas para dar nacimiento al régimen ya se habrían producido con anterioridad bajo el gobierno de los merovingios en Francia y los visigodos en España.

A partir del triunfo de los carolingios el modelo feudal tiende a asentarse con mayor facilidad, a lo menos en las tierras del Imperio. Este orden social se asienta con éxito en Francia, Alemania, el norte de Italia y en tierras de la llamada Marca Hispánica (La actual Cataluña). La razón de esta fortuna radica en la necesidad de contar con una red interna de apoyos en los cuales encontrar posibilidad de alianza frente a eventuales enemigos territoriales. La habitualidad de las guerras privadas y la falta de capacidad gubernativa de los sucesores del gran Carlomagno, va a permitir la consolidación del orden feudal.

Desde el Imperio será llevado a Inglaterra con especial intensidad a partir de la Conquista Normanda de 1066 y a algunos países de Europa central, como Bohemia, Polonia y Hungría. No ocurrirá lo mismo con España. La invasión musulmana, ampliamente comentada en el capítulo anterior impide la configuración del orden social típicamente cristiano por su organización

tripartita (soldados, sacerdotes y trabajadores) según el modelo Platónico-agustiniano, lo que impide el desarrollo feudal.

El término feudal proviene de un antiguo vocablo franco-germánico que significa propiedad, pues efectivamente el feudo implica la propiedad perpetua de las tierras que son la base del poder del señor feudal. En teoría significaba el fundamento de un sistema social perfectamente coherente y definido, donde cada señor tenía un número de vasallos y era a su vez vasallo de otro más poderoso. Estos señores feudales formaban entonces parte de una jerarquía piramidal perfecta. Sin embargo en la práctica este orden tendía al conflicto. Por razones de política familiar y alianzas matrimoniales era frecuente que un señor feudal tuviese menos tierras y poder que alguno de sus vasallos, el que tendía entonces a rebelarse. El caso del rey de Francia y su "vasallo" el duque de Normandía es emblemático.

Esta fue la debilidad esencial del sistema, las guerras intestinas desangraron a la cristiandad durante siglos y no es ejemplo secundario el conflicto por la Corona francesa entre Plantagenets ingleses y Valois franceses que arruinó a Inglaterra y destruyó a Francia tras la Guerra de los 100 años.

Asimismo, no debe perderse de vista el factor demográfico. Es sabido que el feudalismo fue un sistema social basado en el axioma de una tasa de natalidad relativamente baja y una alta mortalidad infantil y masculina. Por ello, a medida que la tasa demográfica aumentó el sistema comenzó a mostrar fisuras. El modelo de explotación agraria feudal no bastaba para proporcionar alimentación a todo el pueblo. Hubo migración masiva a las ciudades y estas se enriquecieron con el aporte de nuevos habitantes (industriosos y pujantes, que serán la base de la burguesía).

UN ORDEN POLÍTICO ESTAMENTAL: NOBLEZA, HOMBRES LIBRES, SIERVOS Y ESCLAVOS

Hemos dicho que la Edad Media se caracteriza por generar una serie de intrincados vínculos interpersonales en todas las capas que componen la sociedad. Al existir distintas categorías de personas (nobles, hombres libres, siervos y esclavos) se generan ciertas formas especiales de relación al interior de cada categoría y entre ellas.

1.- LA NOBLEZA: En la cúspide de la jerarquía se encuentra la nobleza. Este estamento, como veremos enseguida, se caracteriza por poseer estatus superior en todos los ámbitos. Esta nobleza se forma sobre la base de los líderes tribales de las tribus bárbaras de origen germano que se asientan en Europa tras la destrucción del Imperio. Los caudillos bárbaros ya cristianizados forman un grupo más o menos compacto que se encuentra por sobre todos los demás. Poseen el virtual monopolio de las tierras y en ellas basan su poder tanto social como económico. Es entonces un grupo agrario, aunque su origen es claramente militar y así se mantendrá tal tradición durante largos siglos. Algunos la denominan la nobleza vieja, por oposición a la nobleza nueva que surgirá en el siglo XIV y que tendrá en la política y la dirección de los asuntos del Estado su fuente de preponderancia.

A la nobleza se llega sólo por dos medios: Por herencia (*ortus parentibus nobilibus*) o por mérito. Por herencia se entra en la nobleza al nacer dentro del citado grupo. Este nacimiento puede ser tanto legítimo como ilegítimo y se incluye la incorporación por la vía del matrimonio con un noble. Por mérito se adquiere al ser elevado al estrato noble por el rey o un noble investido de inmunidad. La naturaleza de los méritos es múltiple, pero lo habitual era la prestación de servicios militares distinguidos al monarca o noble u otro tipo de auxilios. La dignidad nobiliaria podía ser otorgada en forma perpetua y hereditaria, con lo que los descendientes del noble así

credo, lo eran también o en forma vitalicia, con lo que se beneficiaba sólo al individuo y a su mujer y hasta la muerte de ambos. Lógicamente la más codiciada de las formas de ennoblecimiento era la primera, pues señalaba el nacimiento de un linaje noble y aseguraba la prosperidad y prestigio de los descendientes.

Dentro del orden nobiliario es posible también distinguir dos subclases: la Alta Nobleza y la Baja o Pequeña nobleza.

Pertencen a la primera aquellos grandes propietarios y cortesanos vinculados directamente al monarca. Es un grupo cuantitativamente muy pequeño pero de extraordinario poder. A ella pertenecen los hijos ilegítimos de los monarcas y sus descendientes, que lógicamente, copan los altos puestos de la Corte. Su influencia en la estructura de poder medieval es enorme y muchas veces combinaciones o facciones políticas formadas por estos nobles llegaron a disputar exitosamente el poder a los reyes que fueron con frecuencia reducidos al papel de meros árbitros de las contiendas de la Alta Nobleza. Igualmente debemos señalar que gracias a su poder económico servían de eje en torno al cual se sustentaba la vida de incontables gentes de inferior condición (tanto libres como siervos).

A la segunda se vinculan los descendientes de los antiguos nobles de origen germano como los nobles visigodos en España o Francos en Francia más los sucesores de la -más antigua aún- nobleza local cristiano-romana. En Asturias y León serán llamados infanzones y en Castilla hidalgos (fijodalgos: hijos de alguien). A nivel continental serán los "caballeros" rango inferior de la nobleza, definido por su carácter militar propietario de caballos y de las armas respectivas. Habrá algunos dedicados al comercio de amas y otros (de menor prestigio) dedicados a la vida agraria).

No obstante, cualquiera de los citados grupos goza de una condición jurídica particular que confirma su estatus superior. De ello encontramos

abundantes ejemplos, siendo el más conocido de ellos la exención de todo tipo de carga tributaria. Es tal la importancia de esta condición, que se le señala como "marca de nobleza". Sólo el libre o plebeyo paga tributos. Los nobles no lo hacen y ello porque como veremos, están sujetos al impuesto más gravoso de todos: "El tributo de la sangre" consistente en el servicio personal al señor feudal o monarca en la guerra. Incluso si una mujer noble se casaba con un simple libre, sus tierras perdían su exención que sólo podían recuperar hasta la muerte del marido.

Otros ejemplos de la superior condición nobiliaria son:

- La composición o veregildo por muerte era superior a la de un libre (500 sueldos o sólidi contra 300 de un libre).
- Quienes atenten contra sus propiedades quedan sujetos a penas agravadas.
- Pueden liberar de impuestos a sus propios vasallos o "apaniaguados".
- En el orden judicial gozan del llamado "Riepto" o reto, es decir el derecho de desafiar a combate singular a quien demandase en contra de su honor. Este duelo judicial se conservó en vastas zonas de Europa hasta bien entrado el siglo XVIII y en Inglaterra hasta mediados del siglo XIX, en plena era victoriana.
- En cuanto a medios probatorios, su juramento tiene más valor que el de un simple libre y;
- La dote de una mujer noble era mayor que la de una innoble.
- No pueden ser sometidos a tormentos (tortura) para obtener su confesión.

Finalmente, se asimilan al estamento noble, los miembros del clero. Gozan de privilegios, equiparándose a la nobleza hereditaria. Se distinguen dos órdenes de clero: El Alto Clero, constituido por los Obispos y Abades

(miembros por lo general de la nobleza hereditaria, aunque se registran excepciones notables) y el Bajo Clero (sacerdotes y monjes). El Alto Clero está investido de competencias exclusivas y goza de cierta inmunidad equiparable a la feudal. Además puede emplear ejércitos privados mantenidos con sus propias rentas.

Se distingue también dentro del Clero al Regular (que sigue una regla, una orden religiosa) del Secular (diocesano dependiente del Obispo).

2.- LOS HOMBRES LIBRES: Bajo distintas denominaciones este orden social ha existido desde la antigüedad. El plebeyo en la Roma Republicana, el ciudadano en el Imperio y el Burgués con posterioridad en la Baja Edad Media son ejemplos de este orden de personas que poseen el estatuto de la libertad personal como atributo distintivo. No obedecen sino a si mismos y viven del producto de su trabajo. En este periodo son fundamentalmente agricultores que laboran en sus propias pequeñas propiedades, situadas casi siempre a la vera de un gran propietario feudal y habitantes de ciudades. Estos últimos son el anticipo de los burgueses de siglos mas tarde (en la Baja Edad Media). Al casi desaparecer el comercio se dedican a la venta de pequeñas manufacturas y artesanías. La producción de calzado, armas, y otros elementos dedicados a la agricultura hace que estas gentes puedan ganarse su sustento manteniendo su estatus originario. Como carga por su libertad están sin embargo, sometidos al pago de impuestos, que son establecidos en beneficio del rey o del señor feudal propietario de las tierras en donde viven.

Desde luego forman la mayor parte de la población.

Ahora bien, esto no significa que hayan sido un grupo compacto, sino que por el contrario tenían notorias diferencias los unos con los otros. Algunos tendieron a identificarse con la baja nobleza. Fueron los llamados villanos o pecheros (por la expresión de "poner el pecho" al servicio del señor). Los

villanos eran pequeños propietarios agrícolas de tierras reconquistadas que explotaban su pequeño terreno o los terrenos de algún señor o eclesiástico. Ahora bien, al vivir en pequeñas aldeas o villas fueron denominados villanos.

Los llamados villanos que poseían caballo, pasaban a ocupar un status similar a de caballeros (el más bajo escalón de la nobleza) por lo que en ciertos casos fueron equiparados a ellos.

Especial importancia tiene el régimen aplicable a las mujeres. Lejos de representar un elemento secundario la mujer goza en la Alta Edad Media de un estatus de cierta igualdad con el hombre. Es más, la mujer libre tiene derechos políticos, puede votar en las asambleas de las localidades y su voz cuenta al igual que la del hombre. La sujeción de la mujer a la potestad del hombre es un fenómeno "moderno" que principia en el siglo XV, no antes.

Caso aparte lo constituyen aquellos hombres libres que entran en un proceso de encomendación: Se entiende por tal el acto mediante el cual un individuo se pone bajo la protección de otro más fuerte quien a cambio recibe un servicio o un beneficio pecuniario. Esta política ya se había llevado adelante en el Bajo Imperio y con los visigodos, pero ahora se expresa ampliamente.

Existen dos tipos de **encomendación**:

- La encomendación personal: tiene lugar cuando el encomendado carece de bienes inmuebles y por tanto entra al servicio personal del señor, con lo cual su estatus se asemeja al de un siervo. A cambio recibe protección y cuidado del señor. Hay aquí un deseo de recibir protección frente a los peligros de la vida de la España de la reconquista.
- La encomendación real o territorial o "**benefactoría o behetría**": es aquella que tiene lugar cuando un hombre libre solicita a otro más poderoso su protección y éste último recibe a cambio las tierras del primero o un beneficio pecuniario consistente en un tipo de censo y otra

forma de compensación basada en la explotación de las tierras, como la entrega de los frutos de la misma. El origen histórico de esta institución se encuentra en el reino visigodo que desarrolló fórmulas similares cuando la llegada y asentamiento de los godos en Hispania. A su vez estas cláusulas de vinculación tienen su remoto origen en la *commendatio* de Roma.

La benefactoría tenía normalmente como duración máxima la vida de las partes contratantes, pero podía extenderse también a los descendientes si así se declaraba por los mismos en la renovación del contrato a la muerte de alguno de los contratantes originales. Sin embargo la parte protegida o encomendada podía siempre romper la relación y escoger un nuevo protector. Esto desde el punto de vista legal, ya que en la práctica era difícil de cambiar de patrón debido a la natural fuerza de éste.

El término benefactoría (*Bene facere*= hacer el bien) evolucionó hasta convertirse en behetría (benefactoría, befactría, benfetría, behetría). Estas se diferencian de su antecedente:

Es posible pactar contratos de protección colectiva;

- Tienen carácter hereditario;
- Es casi imposible cambiar de señor; sólo dentro del linaje del señor anterior: de behetrías de mar a mar se ha llegado a las de linaje.
- Las tierras están sujetas a cargas reales;
- Las tierras no dependen de un solo individuo sino de un linaje o conjunto de familias. Cada comunero de este linaje es denominado "devisero".

3.- LOS SEMILIBRES: Casi en la base de la escala social se encuentran ciertos hombres que siendo teóricamente libres se asimilan en sus

condiciones de vida a los siervos, ya que para su subsistencia llegan a depender del todo de otros hombres.

En primer lugar encontramos a los **"iuniores"** que se clasifican en iuniores de heredad (vinculados por siempre al trabajo de un predio ajeno) y iuniores de cabeza (vinculados al dueño de la tierra por nexos de tipo personal. Como quiera que se les llame son gentes de una restringida movilidad personal.

Otro ejemplo lo constituyen los **"solariegos"**. Técnicamente son los que tienen un solar, pero en la práctica se designa con este nombre a quienes trabajan en un solar o terreno ajeno.

Asimismo existen los **"collazos"**, labriegos dedicados al cultivo de las tierras rústicas de algún señor, es decir tributarios de algún censo que debe ser satisfecho con el producto de las tierras gravadas.

Finalmente podemos citar a los **"mezquinos"** y **"exaricos"** de muy difícil diferenciación con un siervo de la gleba. En efecto los primeros están obligados a trabajar en la tierra, pasando esta obligación a sus descendientes y los segundos son musulmanes que cultivan tierras reconquistadas por cristianos y deben trabajarlas de por vida y hereditariamente.

4.- LOS SIERVOS Y LIBERTOS:

Este grupo social carece casi por completo de autonomía y su estatus es prácticamente equivalente al de la esclavitud antigua.

Ahora bien, la esclavitud, ya se ha dicho, había sido progresivamente eliminada por influencia del Cristianismo, pero producto de la barbarie de los primeros tiempos medievales resurgen prácticas similares aunque más atenuadas.

Quien cae en servidumbre lo hace por una de las siguientes causales:

- Por nacimiento: los hijos de siervos lo son igualmente y los hijos de matrimonio entre libre y siervo siguen esta última condición.
- Por cautiverio: podía suceder que un cristiano fuera hecho prisionero en una guerra y reducido a la servidumbre o que fuera capturado auxiliando a los musulmanes y como consecuencia de su traición era igualmente reducido a la servidumbre.
- Por deudas: Quien no devolvía el dinero obtenido en préstamo caía en servidumbre, igualmente aquellos que no podían pagar una multa o composición (compensación a la víctima de un delito).
- Por entrega voluntaria: Se podía pactar que en caso de incumplimiento contractual se redujese al moroso a la servidumbre.

Los siervos pueden ser personales o rurales. Son personales los que entran al servicio directo de un amo o señor y rurales los que se dedican exclusivamente al cultivo de la tierra.

En cuanto a los libertos podemos señalar que adquieren la libertad de modos y vías distintas, inspiradas en las antiguas formas de manumisión romanas tardo clásicas:

- Por vía de instrumento o carta;
- Por vía de testamento;
- Por declaración solemne ante el consejo de la villa y;
- Por tratados de paz o liberación colectiva con monarcas musulmanes

Los efectos de la manumisión podían ser:

- Completa manumisión: quedan en absoluta libertad y se asimilan a los hombres libres de más baja condición.

- Los **cerarii**: Son manumitidos y enteramente libres, pero deben observar la obligación de ofrendar cirios o limosnas como agradecimiento a su antiguo amo.
- Los **casatii**: Deben continuar prestando ciertos servicios a su antiguo patrón, pero ahora como verdaderos colonos en tierra ajena.

5.- LOS ESCLAVOS: El estatus jurídico de esclavo o sea de cosa en la Alta Edad media no es frecuente. Antes bien, es una situación excepcional y claramente restringida. La razón radica en el carácter oficialmente cristiano de la sociedad medieval, como tantas veces hemos insistido, el cristianismo se opone a la esclavitud por violar la igualdad esencial de los hombres creados a semejanza de Dios. Por ello se reserva casi exclusivamente para no cristianos. En general caen en esclavitud aquellos musulmanes que son capturados como producto de las campañas de reconquista. Los cristianos sólo son declarados esclavos como sanción por cierta clase de delitos y la condición de éstos es transitoria, porque se admite que un fiel a Cristo no puede ser amo de otro, por lo que se permite la manumisión en forma flexible.

ELEMENTOS DEL FEUDALISMO: VASALLAJE Y BENEFICIO

El feudalismo es ante todo, un fenómeno jurídico, pues su existencia depende de un contrato que denominamos vasallaje y su razón de ser se vincula con una prestación denominada beneficio. Es entonces, todo el sistema feudal el que se basa en el vasallaje y el beneficio.

En relación con el vasallaje, se le ha considerado el núcleo del feudo. Sin él no existe el vínculo feudal. Este vasallaje no es más que ***una relación entre nobles, por la cual uno de los dos se pone bajo el poder del otro, bajo promesa de fidelidad y quedando obligado al servicio del señor feudal***

(generalmente de naturaleza militar y cortesana) quien a su vez debe proporcionar beneficio y protección al vasallo.

Los derechos y obligaciones de vasallo y señor pueden clasificarse de la siguiente manera:

I. Obligaciones del vasallo: *Auxilium* y *consilium*.

1. *Auxilium*: Es el servicio caballeresco que el vasallo debe prestar a su señor en caso de guerra. También llamado el "Impuesto de la Sangre". El *auxilium* tiene una duración bien determinada por la costumbre inmemorial: el vasallo debe prestar ayuda a su señor por un periodo de tiempo anual que no exceda de 40 días. He ahí una de las razones por las cuales las guerras medievales eran tan discontinuas y breves. La inexistencia de un ejército regular del rey hacía que las campañas se concentraran en época veraniega y que reuniesen una hueste por pocas semanas. La ayuda se prestaba mediante una hueste pagada por el vasallo y equipada por él compuesta por un número variable de infantes y caballeros. Este ejército feudal (denominado "*mesnada*" en España) era encabezado por el vasallo. De no prestar este servicio el vasallo debía contribuir al pago de los hombres reclutados por el rey dentro del propio feudo.
2. *Concilium*: Es la cooperación no bélica del vasallo a su señor, ya sea como prestación de servicios como funcionario de la Corte señorial, ya como colaborador en la administración de justicia.

II. Obligaciones del señor: Consisten en:

1. La cesión de tierras al vasallo, que pasa a ser su nuevo propietario. Es la contraprestación debida al vasallo.
2. Además de tierras se pueden ceder rentas, ciertos derechos, cargos o dignidades.

3. Dar protección al vasallo cuando éste lo pide.

Siendo el vasallaje un contrato bilateral, las obligaciones de una parte son el derecho de la otra.

El otro elemento del feudo, el **beneficio** se relaciona precisamente con las precedentes obligaciones del señor: Consisten en la cesión de tierras u otras regalías al vasallo a cambio de su lealtad y fidelidad feudal. Además el beneficio permitía exigir el producto de las tierras a los habitantes de las mismas, siervos del feudo. Era habitual que en Francia e Inglaterra el señor viajase entre sus diversos dominios para cobrar ahí los tributos que se le debían en especie. En la época en que no permanecía en sus tierras, estas eran administradas por Bailes (Inglaterra) o senescales (Francia). En el caso del rey en cuanto señor feudal, a él pertenecía el ejercicio privativo de 4 facultades: Justicia, acuñar moneda, fonsadera (facultad de convocar al ejército) y Yantar Real (derecho de percibir lo necesario para su mantención personal, familiar y de su casa).

Ahora bien, debemos recordar que el contrato de vasallaje se perfeccionaba mediante una ceremonia especial, denominada "Homenaje" (*hominaticum, hominium*), cuyas complicadas etapas dieron origen a no pocas querellas entre los nobles participantes.

El señor se sentaba en un sitial o trono (en el caso del rey) y el vasallo se presentaba desarmado ante él poniéndose de rodillas pronunciaba la fórmula: "Volo" (quiero) es decir aceptaba ponerse bajo el dominio del señor. El vasallo procedía a juntar sus manos y el señor las miraba entre las suyas (en señal de aceptación del vínculo feudal). Era la llamada "*Inmixtio manuum*". Luego venía el juramento de fidelidad propiamente tal y finalmente el "*osculum*" o beso de paz (en los labios). En España hay una variación de la ceremonia en aquellos escasos lugares en donde se desarrolló el sistema

feudal (Cataluña y Navarra). El osculum se transformó en el besamanos (beso en las manos del señor) que reemplazó a la *inmixtio manuum*.

Terminada la ceremonia se procedía a la investidura, un acto mediante el cual se simbolizaba la entrega del beneficio al vasallo, con la entrega de un anillo, guante u otro objeto y un puñado de tierra o una lanza o estandarte.

La relación de vasallaje es esencialmente privada, es decir no afecta los vínculos naturales que unen a todo súbdito con el rey, sino que crea un lazo entre dos personas con el carácter de un contrato vitalicio y hereditario.

Asimismo el vínculo podía romperse o ponerse en suspenso por la llamada ruptura de paz o ruptura por decisión del vasallo. Esta tenía lugar cuando éste decidía terminar la relación mediante un anuncio formal de ello a su antiguo señor.

En España esta ruptura se denominó "Despedida" e implicaba perder todos los beneficios concedidos. Tenía como única limitación el esperar que transcurriese un año y un día desde el homenaje. El ex vasallo quedaba sin embargo obligado a respetar la vida e integridad del antiguo señor.

A su vez el señor podía terminar el vínculo mediante la declaración de haber el vasallo violado la fidelidad feudal. El rey podía dar por terminado el vasallaje mediante la declaración de "ira regia", es decir por grave incumplimiento del vasallo de su deber de fidelidad lo que implica que éste último debía "*desnaturarse*", es decir, abandonar el reino.

Un efecto directo del vínculo feudal fue el régimen de inmunidades (*in munus*= sin cargas), es decir la exención de diversos deberes que un súbdito cualquiera debía aceptar en sus tierras. El vasallo recibe junto con las tierras del feudo una inmunidad que lo habilita para ejercer justicia dentro del mismo, para acuñar moneda, reclutar un ejército, para impedir la entrada en el feudo de agentes reales y percibir las rentas públicas. Únicamente el rey podía reservarse el poder de jurisdicción en los llamados casos graves, es

decir, la facultad de decir la última palabra en cuanto a las causas sometidas en primera instancia al señor feudal.

Finalmente podemos referirnos al tema de subinfeudación, es decir el proceso por el cual un vasallo llega a ser a su vez señor de otros vasallos y así sucesivamente. La red de vínculos vasalláticos feudales se extendió por amplias zonas del continente y así se tejó toda una compleja red de vínculos en virtud e la cual el más modesto vasallo podía remontar sus vínculos hasta el primer señor feudal, un gran noble (conde o duque soberano) y el mismo rey. En relación con lo anterior, uno de los aspectos más interesantes pero problemáticos de las relaciones nacidas del vasallaje continental, se deriva de los matrimonios entre herederos de feudos vasallos entre sí. Las complicaciones jurídicas de estos vínculos hacían necesaria la intervención de legiones de expertos en cuestiones matrimoniales a fin de llevar adelante las alianzas entre las grandes familias. No pocas guerras entre señores feudales tendrán por inicio un matrimonio mal definido o por término un matrimonio entre los respectivos herederos de los bandos en conflicto. Un ejemplo de estas complicaciones lo tenemos en la incorporación del ducado independiente de Bretaña a la Corona francesa. Para ello fueron necesarios tres matrimonios sucesivos de la duquesa Ana de Bretaña, con otros tantos reyes de Francia.

El derecho que surge para regular las relaciones feudales se denomina "Derecho feudal" y ha llegado a nosotros en colecciones formadas en la baja Edad Media como los Libri Foederum de los cuales la edición más antigua es "la redazione Obertina" de Oberto de Orto y para Cataluña son importantes los "Utsages" (colecciones formadas por decisiones de los nobles y de los jueces) que se originan en el reinado del conde Ramón Berenguer I. Este derecho precisa las condiciones requeridas en las partes para celebrar el vínculo de vasallaje, los derechos y obligaciones de las partes, las sucesiones,

el término de la relación, etc. Además existía todo un sistema judicial feudal que regulaba su aplicación y los problemas que se derivaban de la misma.

En estos textos se haya, en fin, la respuesta frente a la venta o arriendo de los feudos, la capacidad de determinar su heredero y el tipo de derecho que se tenía sobre las tierras feudales (propiedad útil [uso y goce] o dominium pleno).

DOS PODERES "UNIVERSALES": PAPADO E IMPERIO

Junto con el orden feudal reseñado brevemente se desarrolla desde el inicio de la época Medieval una doble estructura de poder "universal". Por una parte el Papado se considera la cabeza de la "Universitas christiana". Los sucesores del pescador reinan en el centro de Italia sobre los territorios de Roma y sus alrededores. Pero mucho más importante que su poder territorial será su poder espiritual. Desde la silla pontificia los papas reinan sobre las conciencias de los reyes, los nobles y los simples hombres libres de toda Europa. Desde el gran Gregorio Magno (590-604) y León III quien corona a Carlomagno en 800, hasta la Reforma en el siglo XVI los Papas serán los conductores de la cristiandad y los verdaderos protagonistas de un orden social que tenía como centro a Dios. Las relaciones con Bizancio, las Cruzadas, la difusión del Evangelio por todo el orbe y otros grandes logros culturales y políticos tienen al Papado como el motor de impulsión directa.

En la teocracia medieval el Papa aparece como el sucesor y vicario de Jesucristo en la tierra, con poder temporal y espiritual pleno. Los grabados de la época lo ilustran sosteniendo dos espadas, la espiritual y la temporal para el gobierno de las almas. Sin embargo es esta espada temporal la que dará origen a la otra gran institución Medieval: El Imperio.

Pero, ¿Cuál es este imperio?. ¿Cuáles son sus propósitos y su fundamento?. La respuesta se encuentra en la ceremonia que tuvo lugar en la

Basilica de San Pedro el 25 de diciembre de 800. El Papado atravesaba por un periodo de debilidad política y se veía enfrentado con numerosos enemigos (jefes y caudillos bárbaros, mal civilizados aún). Por ello la alianza con los francos católicos de Carlomagno se hacía lógica y deseable. El Papa León III se refugia en la corte del Rey de los francos y éste se traslada a Roma para reinstalarlo en el trono pontificio. Esta actitud despierta en el Papa el deseo de contar con un orden permanente que le vinculase con estos aliados y así decide coronar a Carlomagno como "Emperador Romano de Occidente". Este es el origen del Sacro Imperio Romano Germánico, como se le llamará a partir del reinado de Otón I. En la doctrina medieval, el Emperador es quien recibe del Papa la espada temporal y en ejercicio de este poder debe extender el dominio cristiano por todo el mundo, hasta que a la segunda venida del Salvador, entregase las llaves de todo el orbe a Jesucristo.

Este imperio se considera en todo como el legítimo sucesor del antiguo Imperio Romano caído en 476. El propio emperador Oriental luego de un periodo de desconfianza y vacilaciones reconoce a Carlomagno como emperador "romano de occidente" en 812. Así su sigla: "S.I.R.G." es en un modo muy exacto la sucesora del conocido "S.P.Q.R." latino.

La colaboración entre los dos poderes será una de las causas que explican la enorme pujanza de la cultura a inicios del siglo IX y hasta el XI. Alcuino, monje benedictino de origen inglés, hombre de confianza del papa León, fue también ministro de Carlomagno, y en tales funciones colaboró a extender la enseñanza de las artes y letras en todo el Imperio. A Alcuino se debe la implantación del sistema de enseñanza que será característico de toda la Edad media. En la Real Escuela Palatina de Aquisgrán, establece el sistema educativo romano clásico que abarca las "Siete Artes Liberales": El *trivium* (*gramática, retórica y lógica*) y el *quadrivium* (*geometría, aritmética, astronomía y música*). Especialmente importante para nosotros será el arte del *trivium*, ya que para los estudios de gramática y retórica se utilizan los

textos del derecho romano vulgar. Así el derecho es estudiado en forma indirecta o si se quiere como un instrumento para el aprendizaje de las dos artes indicadas. Los siguientes emperadores imitan la sabia política de Carlomagno y llaman a colaborar con ellos a los eclesiásticos que eran, a no dudarlo, los hombres mejor educados de su época. Esta colaboración hace que muchos obispos y dignatarios de la Iglesia sean a la vez altos funcionarios imperiales y de esta dualidad se desprende su creciente influencia y poder.

Sin embargo, la coronación de la Pascua de 800 marca algo más profundo que el simple nacimiento del imperio. Señala a la vez el origen del conflicto que enfrentará a ambos poderes durante siglos y que envenenará sus relaciones hasta minar el prestigio y poder de ambos: Es el Papa el que corona al Emperador y no al revés y esto da pie a un conflicto que se expresará con fuerza en la llamada "Querrela de las Investiduras".

Dos doctrinas se contraponen: La tesis imperial propone que en el nacimiento del imperio se ha operado la "Renovatio Imperii", renovación cristiana del antiguo imperio romano que ahora reencarna en el nuevo Imperio germánico como una unidad sin solución de continuidad y además ha ocurrido la "Traslatio Imperii", es decir la corona de los césares ha ido de los romanos a los francos y más tarde a los alemanes. Es decir son estos reyes de Alemania los únicos que pueden ceñir la corona imperial y gracias al estatuto diseñado por Otón I y sus sucesores, son los que dicen la última palabra en la elección del Papa y reciben su juramento de fidelidad previo a su consagración como vicarios de Cristo. Así en esta doctrina, el Emperador tiene como tal, y en virtud de su propio poder, la primacía sobre el Papa. Finalmente esta tesis cristaliza en los Manifiestos de Enrique IV de 1076 y 1082, en virtud de los cuales se sostenía que el emperador era el verdadero señor del mundo y de la cristiandad y el papa un simple miembro de ella.

Además se postula que la espada temporal y espiritual tienen cada una su propia esfera de acción y que la espiritual no es superior a la primera.

Frente a esta postura imperial surge la tesis papal, que parte del hecho ya consignado de la Coronación del Emperador por parte del Papa. Es éste último quien corona al primero y no al revés, por lo que la primacía corresponde al Papa como representante directo de Cristo sobre la tierra. Frente a la doctrina de las dos espadas, se señala por los juristas canonistas que el Papa posee primacía por ser el poder espiritual superior al temporal, al igual que el alma a la carne. Ello se plasma en el "*Dictatus papae*". Fue un verdadero silabario. En virtud de este documento, el papa se atribuía la facultad de deponer a los emperadores y a dispensar de su juramento de fidelidad a los vasallos de un príncipe injusto. Además debemos recordar la importancia que se atribuye al Papa como cabeza de los señores temporales, lo que años más tarde será expresado en forma brillante por Enrique de Susa, Cardenal Obispo de Ostia, llamado por ello el "Ostiense" en la fórmula: Al sucesor de Pedro se le reconoce el "Dominium Orbis".

El conflicto estalló, como se ha visto por la llamada cuestión o querrela de las investiduras. Este era uno de los males que más lesivas consecuencias tuvo para la Iglesia medieval. Desde una perspectiva moderna es posible explicar el problema que tiene contornos bastantes simples: La lucha entre el emperador y el Papa tenía como centro la facultad de nombrar a los obispos.

El Papa sostenía que el único habilitado para nombrar a los pastores de la Iglesia en tierras del Imperio era él, como sucesor de San Pedro. La doctrina resulta clara, pero no lo era tanto para los actores políticos de la época. En efecto, tratándose de dignidades que involucraban el dominio de tierras pertenecientes al Imperio, las autoridades laicas, encabezadas por el propio Emperador, consideraban que tenían pleno derecho de designar a los titulares de las mismas. Lo más grave es que normalmente mediaba una gran cantidad

de dinero que era entregada por el interesado a la autoridad civil y además, el candidato al cargo era laico y no eclesiástico. El problema ya había enfrentado al Papa con los reyes (especialmente de Inglaterra) y lo volvería a hacer en el futuro (con el trágico conflicto con el rey de Francia, que llevaría al cautiverio de Avignón y el Gran Cisma de Occidente).

Al aceptar esta práctica, los papas reconocían la intromisión temporal en los asuntos privativos de la Iglesia, por lo que no dudaron en censurar su práctica. Sin embargo no resultaba fácil eliminar una práctica que hacía años se había vuelto usual y que permitía que el báculo o el anillo episcopal fuera puesto en manos de laicos sin la menor vocación religiosa. Es por ello que el Papa Nicolás II prohíbe en 1059 a los clérigos recibir la investidura de iglesias menores de manos de laicos.

No bastó sin embargo, con un decreto prohibitivo para eliminar el daño. Los emperadores se rehusaron a obedecer. Así las cosas, la lucha llegó a un punto culminante bajo el Pontificado de Gregorio VII. En 1073 tras su elección como Sumo Pontífice, Gregorio proclamó la libertad de la Iglesia y declaró la lucha frontal contra la investidura laica; extendió la prohibición a la totalidad de las dignidades eclesiásticas. Esta actitud del pontífice choca contra las pretensiones imperiales. Debe recordarse que la dignidad episcopal coincidía en el Imperio con el desempeño de funciones temporales de gran importancia, por lo que los emperadores no podían aceptar lisa y llanamente la imposición de nombres respecto de los cuales nada podían decir. Al llegar a la mayoría de edad, el emperador Enrique IV decide reivindicar sus pretensiones sobre la investidura.

Luego de varias escaramuzas entre ambos, Gregorio VII toma la decisión de excomulgar a Enrique; éste se manifiesta renuente a aceptar su derrota, pero de improviso se traslada a Canossa, donde se había refugiado el Papa.

Luego de esperar tres días y tres noches, vestido de sayal y descalzo, cubierto de cilicio el emperador fue perdonado y la excomunión levantada.

Sin embargo, la lucha prosiguió durante años. Finalmente, habiendo apoyado el Papa a un rival al Trono Imperial, Rodolfo de Suabia, Enrique nombró un Antipapa, Clemente III, que reconoció sus "derechos". El Emperador invadió Italia y el papa refugiado en Saint Angelo murió poco después prisionero de Roberto Guiscard en Salerno en 1085.

El sucesor de Gregorio VII fue Urbano II de quien hablaremos en la sección dedicada a las Cruzadas. Este papa proclama la "Paz de Dios", por la cual todo aquél que violaba los lugares sagrados o abusase de las propiedades civiles en caso de guerra era excomulgado automáticamente.

Los sucesores de Gregorio prosiguieron la tarea y con ello marcaron la victoria del Papado sobre el Imperio. Mediante el llamado "concordato de Worms" firmado entre ambos poderes en 1122 se garantizaba a la Iglesia Romana el derecho a nombrar obispos sin la intervención imperial. Pero infortunadamente, no sería éste el punto final de la disputa.

Paralelamente la elección del Papa se vuelve una cuestión exclusiva de los miembros de la Iglesia, dejando éste de estar bajo la tutela imperial. En 1275 el papa Gregorio X logra la aprobación por el II Concilio de Lyon de la constitución "*Uni periculum*" que reservó la elección papal al Cónclave de Cardenales quienes procederían a la elección bajo llave (con chiave, de ahí el nombre) y alejados de toda intromisión externa.

La lucha por las investiduras había sido zanjada, sin embargo el problema de las relaciones entre el Papa y el Imperio se volvió endémico. Los conflictos resurgieron bajo el Imperio de los Staufen. Federico I Barbarroja, se enfrenta con tres papas consecutivos. La discordia tiene lugar, como siempre por una investidura laica: La del arzobispo de Milán, que el emperador atribuye para un partidario suyo. Los Papas Adriano IV, Alejandro

III, Lucio III, Urbano III y Gregorio VIII mantuvieron el conflicto con el terco emperador e Italia se divide en dos bandos irreconciliables: Güelfos (partidarios del Papa) y Gibelinos (partidarios del emperador). Sólo Clemente III logra una postrera reconciliación que permite la organización de la tercera cruzada en la que el emperador muere.

El conflicto culmina años más tarde con otros protagonistas: El gran Papa Inocencio III, quien logra someter a los príncipes y reyes de Europa y lleva el prestigio y poder moral y político del Papado a su máxima cota, Gregorio IX y su sucesor Inocencio IV y frente a ellos el Emperador Federico II Hohenstaufen. Éste último fue protegido de Inocencio y su inmediato sucesor Honorio III, pero más tarde se volvería contra el papado y afirmaría la superioridad imperial. El conflicto se extendió durante todo el reinado del Staufen y sólo culminó con la deposición de Federico por el Papa en el concilio de Lyon y la muerte del emperador en 1250.

El balance de la lucha fue demoledor para ambos poderes. El Papado, si bien es cierto, se alza victorioso del conflicto, cayó bajo el poder del rey de Francia y el Imperio sería herido gravemente en su prestigio. Los príncipes electores alemanes se volvieron más independientes y el Emperador pasó a detentar una condición meramente simbólica las más de las veces.

TENSIONES ENTRE LOS PODERES UNIVERSALES Y EL ORDEN FEUDAL

No debe pensarse en que la existencia de los llamados poderes universales permitiese la organización de un orden político perfecto, cuya cúspide ocuparan el Emperador y el Papa en total armonía con el resto de la pirámide feudal, desde reyes hasta simples vasallos.

La realidad, empero, fue mucho más compleja. Ciertamente se presentaron innumerables conflictos entre el Emperador y sus vasallos. Muchas veces estos (individual o colectivamente) controlaron el destino del César germánico. Lo mismo ocurrió en las relaciones entre el Papa y los reyes. Fueron frecuentes las alianzas entre éstos y el Papa para hacer frente a otras organizadas por el Emperador y viceversa. El sistema se convertía así, en una inestable estrategia de ligas y coaliciones en permanente evolución y permitía al mismo tiempo el ascenso y la caída de poderosos y débiles.

Es emblemático el caso del Papa en los llamados años oscuros. Los pontífices romanos fueron prisioneros de las grandes familias feudales romanas que llegaron a condicionar del todo su elección, hasta que intervino el Emperador (bajo la dinastía de los Otones). El siglo X fue en buena medida un periodo de oscuridad para la Iglesia y para el papado en particular. De un total de 26 papas, 5 fueron asesinados, 5 exiliados y 12 depuestos. Abundaron los Antipapas (seis en total), frecuentemente apoyados por facciones rivales y los propios emperadores.

El papado asistió impotente al auge y poderío de las grandes familias romanas que llegarían a esclavizar el solio pontificio. Los duques de Spoleto, la familia de los Teofilactos, los Crescencios y los condes de Tusculum pusieron fin a la independencia Papal. Aunque debe reconocerse que muchos de los pontífices de la época contaron con el apoyo de estos grandes nobles y pudieron gobernar en bien de la Iglesia, el papado no gozó de la necesaria libertad para introducir las reformas que necesitaba la estructura eclesiástica. La única de las grandes novedades de la época fue la reforma de los monasterios que comenzara con la fundación de la abadía de Cluny por el duque Guillermo de Aquitania en 909. Esta orden monástica que revitalizara la regla de San Benito fue el germen de difusión cultural y renovación espiritual que se expandiría por toda Europa.

Otro conflicto permanente fue el de los poderes universales con los reyes. La existencia de los llamados reinos exentos y tributarios fue motivo de conflictos endémicos entre el Emperador y los reyes. Así podemos citar como ejemplo el caso del rey de Francia. La situación entre Francia y el Imperio era particularmente compleja. Ambas resultaban ser herederas de la tradición política Imperial Carolingia. El Reino de Francia es el resultado de la división del Imperio de Carlomagno entre sus hijos y sucesores, y ocupa la "*Pars Occidentalis*" del imperio carolingio. Por ello el rey francés se estima continuador del imperio dentro de su reino. A su vez el Emperador Alemán es el heredero de la "*Pars Orientalis*" del mismo imperio carolingio y por ello ambos monarcas se encuentran en un pie de igualdad, sin que el rey de Francia deba tributo al Emperador.

El caso del reino de Inglaterra es otro motivo de conflicto. Los reinos insulares de anglos y sajones se constituyeron al margen del Imperio Carolingio, por lo que escapaban en principio a la tutela imperial, pero sin embargo, las relaciones entre el César Alemán y los reyes ingleses fue tirante, sobre todo en relación con la política de alianzas con Francia.

Tratándose de los reinos de España, la situación fue igualmente compleja. El reino visigodo no formaba parte del Imperio, ya que había sido destruido antes de la constitución de éste último (en el 711), pero los reyes de Asturias y sus sucesores leoneses aceptaron el papel de tributarios del emperador a cambio de su ayuda, especialmente en la defensa de la llamada "marca hispánica" (Cataluña) frente a los moros del Islam. No obstante lo anterior, este estatus de reinos tributarios del imperio, sometidos al pago de parias o tributos al emperador (simbólicos antes que efectivos) cambió a partir del reinado de Alfonso VII de Castilla (1126-1157), llamado el Emperador, se proclama la completa independencia política de los reinos peninsulares y por tanto se corta el tributo al imperio. Tras algunas frustradas campañas de los

alemanes contra los castellanos el Imperio debió conformarse con la resolución de sus antiguos dependientes.

Así las cosas, la estructura política derivada del feudalismo no logró desarrollar un sistema de resolución de conflictos con los poderes universales y esta fue la causa de las numerosas guerras y enfrentamientos que caracterizaron el periodo que media entre el 800 y el 1200.

BREVE REFERENCIA A LAS CRUZADAS

(El Reino de Jerusalén y el ideal de la Caballería Cristiana)

No debe olvidarse lo que hemos afirmado al principio de nuestras explicaciones sobre la Alta Edad Media, esto es, que la sociedad medieval, es ante todo, una sociedad cristiana, constituida sobre la base del modelo Platónico-Agustiniano de los tres órdenes sociales.

Por tanto, las cuestiones vinculadas con el corazón de la Fe afectan directamente la vida de los hombres medievales. En una palabra la cristiandad vive la fe de manera cotidiana y la persona real de Cristo (más allá de la idea abstracta de Dios del racionalismo de siglos venideros) se advierte tan cercana como la del padre o la madre.

Resulta imprescindible formular esta precisión si se quiere tener claridad en el tema que trataremos, ya que si no, se corre el riesgo de estimar que el fenómeno de las cruzadas tuvo otras motivaciones preferentes que no fueron las de la defensa de la fe. Hay al respecto muchos estudios notables que analizan las cruzadas desde puntos de vista específicos, como el económico, el político, militar, e incluso jurídico, pero ellos son necesariamente parciales si se omiten los fundamentos religiosos de las mismas.

Teniendo en vista lo anterior podemos hacer una breve referencia del acontecimiento con el cual se acostumbra dar por finalizada la Alta Edad Media.

Ya hemos visto anteriormente que con la caída de la presencia bizantina en las provincias de Siria y Judea a mediados del siglo séptimo, merced a las conquistas del califa Omar (634-644), los lugares Santos de la Cristiandad (Judea y Galilea, la tierra en que moró el Señor) habían quedado bajo control musulmán. La inmensa mayoría del pueblo de dichas regiones era cristiana y los moros no practicaron una política de persecución religiosa sistemática. Debido a ello hacia el siglo X y XI los territorios ocupados por el Islam seguían manteniendo su carácter preferentemente cristiano (de origen siriaco y armenio, eso sí). Las peregrinaciones usuales en la Europa medieval hacían que los cristianos latinos (fieles al Papa) se trasladasen en largos viajes por tierra (las más de las veces) o por mar (para los más ricos) cruzando los distintos reinos occidentales hasta llegar a Bizancio y desde allí a la Siria musulmana, en donde debían obtener autorizaciones a fin de visitar los Santos Lugares.

La expedición para la visita de la Tierra Santa era de por sí un viaje lleno de peligros, tal es así que muchos caballeros iniciaban dicha travesía como penitencia por la redención de sus pecados.

Sin embargo, a comienzos del siglo X un hecho determinante ocurre en el Medio Oriente. Los turcos seljúcidas se apoderan de las tierras de Siria y con ello bloquean virtualmente el acceso a las mismas. La débil autoridad del sultán árabe es reemplazada por nuevos emires y jefes que someten a los peregrinos cristianos a toda clase de vejámenes y por ello los viajes se vuelven casi imposibles de concretar con éxito.

Esta situación es denunciada por primera vez en Europa por un curioso personaje llamado por sus contemporáneos "Pedro el Ermitaño". Su denuncia encendió los ánimos en todo el Occidente latino. Pero no bastó esto para movilizar las inmensas fuerzas que se desencadenarían en breve. Fue necesaria la intervención de un hombre de gran carácter y perseverante

empuje: El Papa Urbano II. Este pontífice que había enfrentado al Emperador alemán y que debía permanecer alejado de Roma por estar ésta en poder de los imperiales y del antipapa nombrado por el Emperador, convoca a un concilio en la ciudad de Clermont (Francia) en 27 de noviembre de 1095 tras recibir el formal pedido de auxilio de parte del Emperador Bizantino Alejo Comneno. Luego de la intervención de Pedro el Ermitaño y de un encendido discurso pronunciado en latín por el propio Santo Padre, los asistentes "toman la cruz", es decir añaden a sus ropas dos listones de tela en forma de cruz sobre su hombro, con el fin de declarar públicamente su adhesión a la causa del Papa: La recuperación para la cristiandad de los Santos Lugares. La divisa de estos "cruzados" es "Dios lo Quiere" ("*Deus le vult*") y se hará conocida en toda la cristiandad. A fin de fomentar la intervención de los grandes nobles de la cristiandad, el Papa declaró la protección de la Iglesia sobre la familia y los bienes de quienes se cruzaran. Ello equivalía a una verdadera intangibilidad de los bienes y les brindaba apoyo para dejar atrás sus propiedades (o "estados" en el caso de los grandes señores).

No podemos reseñar aquí la totalidad de las peripecias ocurridas en la organizaciones de estas peregrinaciones armadas sin embargo es posible enumerar sucintamente las principales alternativas de estas campañas:

Pedro el ermitaño decide iniciar una cruzada popular, junto a un número de aproximadamente 40.000 menesterosos cruza Europa (devastando todo a su paso) hasta llegar a las murallas de Constantinopla. El emperador bizantino no les permite entrar en la ciudad, pero les facilita su paso al Asia Menor. Allí son exterminados por los contingentes turcos mandados por los emires que se habían percatado de su aventura.

La cruzada organizada por los señores nobles de Occidente tarda más en prepararse y es en cierta medida la única verdaderamente exitosa. Los grandes nobles Godofredo de Bouillón, Balduino de Flandes, Roberto de

Normandía, Bohemundo de Tarento y Raimundo de Saint Gilles harán realidad el sueño del Papa Urbano: recuperar los Santos lugares de manos infieles. Pero su tarea va más allá; luego de abandonar el servicio del Emperador Alejo, los cruzados deciden fundar feudos y un reino propio en Siria y así nace el llamado "Reino de Jerusalén", el estado feudal latino "franco" en Siria y Judea. El primer "monarca" del reino será Godofredo de Bouillón, quien se niega sin embargo a recibir la dignidad de rey y prefiere en cambio la de "defensor o procurador del Santo Sepulcro", al declarar que "No podía llevar corona de oro allí donde Nuestro Señor había llevado la de espinas", tras la que fue conquista de Jerusalén en cuenta batalla el 15 de julio de 1099.

Su sucesor y hermano, Balduino de Flandes, conquistador y conde de Edesa será el organizador de este reino fundado en torno a la ciudad Santa de Jerusalén. Este reino subsiste (con los avatares propios del conflicto permanente que significaba la presencia franca en Oriente) gracias a la magna obra desarrollada por los monarcas jerosolimitanos, de la dinastía de Anjou. Fue casi increíble que en medio de una inferioridad numérica abismante, el reino mantuviera su integridad intacta hasta la muerte del gran Balduino IV, el rey Leproso. Sólo una figura como Saladino (sultán de Dmasco y más tarde de Egipto pondría fin a la hegemonía franca (que precisamente basaba su subsistencia en la división político religiosa de los musulmanes en el territorio disputado: El sultanato ortodoxo de Damasco versus el fatimita del Cairo). Tras el desastre de Hattin en 1187, Saladino toma Jerusalén y arroja a los latinos a un delgado cordón costero. Sucesivas cruzadas como las de Ricardo Corazón de León de Inglaterra (1189) y San Luis IX de Francia (1248-54 y 1270) sólo lograron detener lo que fue una batida en retirada, hasta que la última de las fortalezas cristianas de Oriente, San Juan de Acre, defendida por los caballeros hospitalarios, cayó en poder de los islamitas del sultán de Egipto el-Achraf Khalil en 1291.

Protagonistas imprescindibles de las cruzadas son las órdenes de caballería. Los caballeros templarios, hospitalarios, del Santo Sepulcro y otros serán quienes protejan a los peregrinos camino a la Tierra Santa y los que encabecen las expediciones militares sucesivas. Ello permitió desarrollar con éxito el modelo de la "caballería cristiana", el noble dedicado al servicio de los más necesitados, quien comenzaba su educación al servicio de algún noble mayor, quien prestaba sus servicios como acólito de los sacerdotes, luego se entrenaba en el manejo de las armas, se desempeñaba como escudero y finalmente formulaba sus votos de servir al débil y respetar siempre la palabra empeñada.

De esta apretada síntesis anterior se podría concluir que el balance de las cruzadas habría sido un desastre, pues todos los esfuerzos de los príncipes y soldados francos habrían sido en vano. Sin embargo esta visión resulta un tanto simplista. La verdad, es que los complejos fenómenos políticos, sociales, económicos, militares, jurídicos y, por cierto, religiosos desatados por las cruzadas, no pueden abordarse en un estudio como el presente. Sin embargo es posible señalar como principales consecuencias de las cruzadas las siguientes:

1. El comercio abierto entre Oriente y Occidente, estas rutas comerciales significaron el acceso de la sociedad occidental a una serie de riquezas y productos desconocidos antes de estas conquistas.
2. El enorme progreso en la organización de los ejércitos. El verdadero nacimiento de la milicia moderna está en las cruzadas, Ellas permiten la creación de las órdenes militares, dentro de las cuales destacan la del Temple o templarios, del Hospital de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta (fundada en 1113, es llamada hoy la Soberana Orden de Malta, que hasta hoy sobrevive), la Orden del Santo Sepulcro (fundada en 1099), la Orden Teutónica (fundada en 1190) y las grandes órdenes

- militares españolas: De Santiago, Calatrava, Alcántara y (luego de la disolución de los templarios) de Montesa (de Cristo en Portugal).
3. Progresos notables en la navegación a vela, posibilitados por los frecuentes viajes por el mediterráneo de los cruzados a Oriente y viceversa.
 4. La antigua nobleza territorial se arruina económicamente. Los señores se endeudaron con comerciantes y banqueros a fin de poder costear los enormes costos de las expediciones a Medio oriente y ello motivó la pérdida de sus grandes propiedades rurales y el enriquecimiento de los burgueses y comerciantes.
 5. El contacto con la cultura y filosofía oriental, hizo que numerosos intelectuales occidentales llegaran a comprender de modo más completo las complejidades de la mentalidad oriental.

REY Y SOCIEDAD MEDIEVAL

Con frecuencia en el curso de estas reflexiones hemos mencionado a los reyes. Corresponde ahora estudiar cual es papel de los monarcas coronados en la Sociedad Alto medieval. Ello teniendo presente que la imagen más cercana que tenemos de esta Institución política es la de la Monarquía absoluta en la cual el Rey es el gran eje del Estado y en torno a cuya figura gira la totalidad de la estructura estadual.

Mas esta visión de la monarquía resulta completamente hipertrofiada si se estudia el verdadero papel de la realeza medieval. Ella está muy lejos de reunir el poder que tendrá en la época moderna. Algunos llegan a decir que el rey no es sino un intermediario de la voluntad de los señores y que su poder es sólo simbólico. Con la estructural feudal no habría existido Estado. Otros, entre los que destaca Heinrich Mitteis señalan que se puede hablar de un

"Estado" medieval en la forma de un estado corporativo (que veremos en la siguiente sección) encabezado por el rey.

Si se revisan, las que en terminología moderna serán las marcas de soberanía, podemos observar que el rey medieval carece casi por completo de ellas:

1. No puede legislar. Este poder reconocido en la monarquía visigoda ha desaparecido en la España de la Reconquista. Sólo puede dictar fueros (confirmarlos más precisamente) y otorgar privilegios dentro del marco de sus propios señoríos.
2. Carece por completo del poder de acuñar moneda, salvo dentro de sus propios territorios.
3. No está facultado para dar órdenes más allá de los límites de sus señoríos. Es decir, los vínculos políticos que están presentes en el orden natural entre el gobernante y los gobernados, están aquí mediatizados por la presencia de los señores que son los verdaderos detentadores del poder.
4. No puede concertar tratados ni acuerdos que obliguen a sus súbditos más allá de los que pertenezcan a sus señoríos personales.

Se observa entonces que el rey es aquí una figura diametralmente diversa de la que por costumbre concebimos al hablar de monarquía. Parafraseando a los romanos, este rey puede gozar de suma "auctoritas", pero su "potestas" es casi ilusoria.

Los poderes efectivos del rey se reducen a tres:

- **La Guerra en contra de los musulmanes** (situación propia de los monarcas hispanos, antes que del resto de la Cristiandad). En el caso de esta lucha, los monarcas hispánicos juraban llevar adelante la Reconquista en el momento de subir al trono. Esta era una de las cargas

que asumían bajo grave obligación. Además está decir que algunos de ellos tomaron más en serio que otros este deber. El caso de San Fernando III de Castilla y su hijo Alfonso X, el Sabio, es un ejemplo de la distinta actitud que frente a esta obligación manifestaron los reyes. Así San Fernando será quien lleve adelante las más brillantes campañas contra los moros y en cambio Alfonso se contentará con una política de contención y entendimiento con los musulmanes.

- **Defender la religión católica.** Esta era una de las condiciones que todo monarca cristiano debía de jurar cumplir. Recuérdese el carácter de la sociedad medieval y las particulares condiciones de vida en España en el periodo. Hay aquí una lucha que enfrenta no intereses políticos sino que preferentemente religiosos entre la cristiandad y el Islam. Ello no excluye, desde luego, que los reyes se hayan visto en conflictos con la autoridad de la Iglesia (ya hemos indicado los problemas entre el papado y los reyes occidentales, especialmente los de Inglaterra y Francia) y;
- **Desempeñar funciones judiciales,** ésta última es la función más relevante y permanente del rey medieval. Ahora bien. La naturaleza de esta función judicial es diversa atendiendo los tipos de casos que se sometiesen a su conocimiento y resolución. Así el rey podía intervenir como tribunal de carácter feudal, es decir como el máximo árbitro de los conflictos entre los grandes nobles y señores. En esta función su palabra resulta definitiva. Es una función que reivindica las antiguas potestades "imperiales" de la perdida soberanía romana.

Sin embargo, en otros casos la intervención real tenía naturaleza de segunda instancia por corresponder a casos ya juzgados por oficiales del rey en primera instancia o incluso a decisiones de ciertos señores.

Existían incluso algunos casos en que el rey actuaba como tribunal extraordinario y único, estos eran los llamados caso de corte (por ejemplo, procesos por alta traición).

No obstante lo anterior, la función judicial del rey tiene claros límites. No puede intervenir en juicios decididos por los señores en virtud de su inmunidad feudal, ni tampoco intervenir en los asuntos propios de los tribunales de la Iglesia que juzgan exclusivamente a los eclesiásticos). Ello provocó graves problemas en los casos en que el Rey pretendió someter a su justicia a los eclesiásticos que cometiesen delitos comunes.

En virtud de este cometido judicial es asesorado por un órgano consultivo de carácter colegiado: **La Curia Regia**, cuyo nombre indica su filiación visigoda, siendo directa heredera del Aula Regia del reino perdido en 711.

Esta Curia funciona de dos formas distintas:

1. Como **Curia Regia Ordinaria**: Asamblea equivalente al Aula Regia visigoda. Ella está integrada por los oficiales del palacio, los magnates que viven en la corte, el séquito del rey y los consejeros. Su función es precisamente asesorar al monarca en el desempeño de sus funciones judiciales. Es el primer antecedente de los Consejos Privados que surgirán en la Baja Edad Media y que serán el núcleo del "Gobierno Conciliar" en España (bajo la casa de Austria) e Inglaterra (bajo los Tudor-Estuardo).
2. Como **Curia Regia Extraordinaria o Plena**: Es la reunión de la Curia Ordinaria más los principales nobles del reino y los obispos y abades. En sus funciones se incluye decidir la repoblación de los territorios conquistados a los musulmanes, la concesión de estatutos especiales a grupos sociales, declaración de guerra y concertación de paz, matrimonio del rey y de los hijos del rey y la más clásica, la de autorizar nuevos tributos. Esta Curia Extraordinaria será el primer

esbozo de los órganos políticos representativos que surgirá en la Baja Edad Media: Las Cortes en Castilla, el Parlamento en Inglaterra, la Dieta en Alemania y los Estados Generales en Francia.

Corresponde estudiar ahora el principio de sucesión al trono. Es decir la forma en que el rey medieval llega a ser tal. Las fórmulas son enteramente diversas tratándose de diversos estados en la cristiandad. Así se conoce el principio electivo (Alemania) y el hereditario (La Corona Francesa desarrollará los principios de primogenitura (hereda el hijo mayor), legitimidad (se excluye del trono a los bastardos), varonía (las mujeres no pueden reinar) y catolicidad (sólo puede reinar un católico). A falta de heredero los grandes nobles elegirán entre las ramas segundas de la familia real. En el caso de Inglaterra se desarrolla el principio de primogenitura, varonía atenuada (las mujeres pueden reinar a falta de varón) y legitimidad. La religión será la anglicana sólo desde el Acta de Sucesión).

En el caso de los reinos hispanos, al surgir el reino asturleonés se consolida el sistema electivo, en los familiares de Pelayo de Asturias y Alfonso de Cantabria. Se adopta así, el antiguo principio electivo visigodo. Sin embargo hacia el siglo X se adopta el principio hereditario. Mas la fórmula presenta algunas particularidades, pues no se ha desarrollado la primacía del primogénito y el rey puede elegir entre sus hijos al sucesor o repartir el reino entre todos (principio patrimonial, que considera el "regnum" como un bien particular del monarca). Esta fórmula era característica del reino de León.

Al surgir Castilla como entidad autónoma de León, se adopta el principio hereditario pero con importantes modificaciones respecto de León. Al morir el último rey leonés, Vermudo III en 1037 su hermana Sancha casada con Fernando I el Magno, de Castilla sube al trono. Reina su marido, pues la mujer puede heredar el reino a condición de que reine su consorte, ello según

el derecho navarro que es adoptado por Castilla. El mismo derecho impone como heredero forzoso al primogénito. Estas reglas se recogen en las Partidas de Alfonso X y reciben sanción legal desde el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI de 1348.

La ceremonia en virtud de la cual el heredero o elegido para la realeza asume su trono es denominada usualmente como "Coronación". Sin embargo las modalidades que ella reviste, varían notablemente de reino en reino. Los símbolos empleados responden muchas veces a tradiciones locales o incluso al azar.

Durante la Alta Edad Media Española la "Coronación" propiamente tal reviste ciertas peculiaridades. La forma más clásica de coronación es la de Francia e Inglaterra. Los textos castellanos nos hablan de la "Ordenación del Rey" (*Ordinatio regis*). Se procedía a ella mediante la **unción**, es decir, la postración del Rey frente al obispo metropolitano, quien vertía sobre su cabeza el aceite consagrado.

La coronación tiene lugar tras una solemne procesión en que el rey es conducido a la Iglesia Mayor. Allí es despojado de su manto y armas y promete de rodillas ser fiel a sus deberes de monarca. Promesa seguida de la del pueblo de guardarle obediencia. Todo ello recuerda el antiguo ceremonial godo. Finalmente recibe los atributos del poder regio: Espada, manto, anillo, cetro y báculo. Finalmente es coronado por el metropolitano tras lo que se celebra la Misa solemne.

EL REINO ESTAMENTAL

(Reinos Exentos)

La estructura política de reino medieval, de la cual el rey es la cabeza visible, resulta muy distinta de la que se desarrollará a partir de la formación de los

grandes estados nacionales del siglo XV. En el periodo Alto Medieval no existe un vínculo que se plantee directamente entre el rey y sus súbditos, es decir no existe un espacio que pueda decirse "individual" que ponga al hombre personalmente frente al poder. Antes bien, es una época en la que el sujeto de derecho está caracterizado por su carácter colectivo. Primero que el individuo está su estamento o grupo social. Antes que la persona individualmente considerada está la familia y por ello para analizar la composición del reino medieval debe de estudiarse cada uno de los órdenes o estamentos que lo conforman.

Con ello se responde al antiguo modelo platónico agustiniano de organización social que tantas veces hemos aludido: La sociedad se compone de tres órdenes: Los que rezan (La Iglesia y sus miembros), los que guerrear (la realeza y nobleza, los caballeros en general) y los que laboran o trabajan (los campesinos y siervos, artesanos en general).

Al tratar la clasificación de los tipos de personar que componen el reino medieval indicamos que el individuo estaba unido a su grupo por nacimiento y por ello hay que considerar que no existe en el derecho un reconocimiento de "derechos humanos" pertenecientes a la persona sino al grupo en que ésta está inscrita.

Así la posición del individuo está determinada por el orden al que pertenece y esto impide que el derecho haga diferencias entre los miembros de un mismo estamento. Si se quiere alterar la regulación de uno de los órdenes sociales se afecta a la totalidad de sus integrantes.

Por ello se dice que el reino medieval está compuesto por los estamentos realeza (rey más su familia) nobleza (los grandes señores, dentro de los cuales se incluye a los altos miembros del clero) y el pueblo (formado por los hombres libres y siervos o semilibres). Cada uno de los estamentos goza de una condición jurídica propia que el Derecho reconoce.

En esta estructura tienen cabida igualmente las villas o poblados que forman el tejido territorial del reino, pues cada una de ellas goza de un derecho propio dado o reconocido por el rey o señor. Sin embargo omitimos deliberadamente considerar a los habitantes de las villas o ciudades (villanos o burgueses) pues su importancia como ente social se desarrollará sólo durante el periodo siguiente de la Baja Edad Media.

El reino se constituye sobre la base de territorios que dependen de un mismo príncipe. Pero estos pueden haber llegado a su poder de dos formas distintas: Por herencia (**abolengo**) o por conquista (**ganados**). La diferencia entre ambos está en que el reino de abolengo debe pasar íntegro al sucesor, sin que el rey, que a su vez le ha heredado de su predecesor, pueda disponer libremente de él. En cambio los reinos ganados pueden ser motivo de la libre disposición del rey. Si así no lo hace pasan a ser de abolengo con su sucesor.

El reino como entidad política puede encontrarse a su vez en una condición de autonomía o sujeción al Imperio.

Para estudiar el tema debemos precisar que se entiende por **reino tributario** y **reino exento**.

Reino Tributario: Es aquél que se reconoce vasallo del Emperador germánico. Esta sujeción (a lo menos teórica) se origina en la constitución del Imperio de Carlomagno, que controla gran parte de Europa. Los reinos nacidos en los antiguos territorios de dicho imperio pertenecen entonces al mismo y deben rendir "obediencia" (concepto más teórico que real, pues se reduce a ciertos privilegios protocolares del emperador como el de tener precedencia en las ceremonias y sentarse en un trono más elevado y recibir las "parias" o tributo simbólico de los reyes) al emperador. Como ejemplo, encontramos el caso de los ducados de Lorena, Borgoña, Flandes, Milán, y los reinos hispánicos surgidos de la "Marca Hispánica" de Carlomagno.

Castilla reconoció esta condición hasta su emancipación en tiempos de Alfonso VII.

Reino Exento: Es aquél que se encuentra fuera de la potestad imperial escapando a ella por completo. No reconoce más autoridad que la del propio rey y tiene con el imperio una relación de igualdad antes que de sujeción. Es el caso del reino de Francia (ya hemos señalado su carácter de heredero de la "Pars Occidentalis" del Imperio Carolingio) y el de Inglaterra (pues los anglos y sajones que formaron estas entidades no reconocían la autoridad de Carlomagno).

En el caso de Castilla, desde se desarrolla la noción de Imperio Hispánico que merece alguna explicación adicional:

La Corona Castellana está compuesta por el príncipe que la detenta y los reinos que a él pertenecen. Son ellos los reinos de Asturias-León, Castilla y Galicia, a los que se unirán más tarde los reinos moros de Andalucía y Murcia.

A su vez la Corona de Aragón es una entidad política plural que resulta de la unión bajo el mismo príncipe del Condado de Barcelona, el Reino de Aragón y los reinos de Mallorca y Valencia, más otras posesiones mediterráneas.

El Imperio surge como una superestructura que alberga a varios reinos dependientes como vasallos de otro poder especial, el Rey de Reyes o Emperador. Este es el origen del imperio carolingio y será también fuente del llamado imperio Hispánico. Son los reyes de León los que reivindican esta condición por considerarse herederos directos de los reyes godos. Es el ideal "neogótico" por el que asumen una superioridad jerárquica sobre los demás reyes hispanos. El primero de los reyes coronados como emperadores fue Alfonso VII, sin embargo muchos monarcas anteriores usaron este título antes. Así encontramos a fines del siglo IX a Alfonso III de León que se titula

"Emperador de toda Hispania" (*Ego Adefonsus, totius Hispaniae imperator*). Luego Alfonso VI a fines del siglo XI será llamado igualmente "Emperador de toda España" e incluso "Emperador de las dos religiones" y en 1135 Alfonso VII será coronado Emperador.

La tesis enunciada es sustentada por don Ramón Menéndez Pidal. Sin embargo, el profesor García Gallo controvierte que haya existido tal cosa como un Imperio leonés. Para ello da dos argumentos:

1. Muy pocos documentos oficiales de la época reconocen la calidad de emperadores de los reyes de Castilla-León. Si hubiese existido este imperio habría dejado más testimonios históricos.
2. Los condes de Castilla de la Época también se llaman a si mismos en varias oportunidades "emperadores". Pero que significado tiene esta expresión: Sólo el de poder o "imperium".

En consecuencia según García Gallo, seguido de cerca por Pérez Martín, no hubo imperio leonés y sólo efímeramente uno Castellano Leonés con Alfonso VI y Alfonso VII.

En relación con el reino de Aragón, este no reivindicó la dignidad imperial, es más, se convirtió en feudo de la Santa Sede en 1204, comprometiéndose a la ayuda mutua y al pago de un tributo a favor de la Iglesia. Lo mismo sucedió con el reino de Portugal que pasa a ser feudo Pontificio en 1144.

ESPAÑA Y LA GUERRA DE RECONQUISTA

El carácter militar de la sociedad española alto medieval está fundado en el gran propósito de los cristianos de la península: La expulsión de los invasores moriscos que habían causado la ruina de la civilización visigoda o

la "Pérdida de España". Pérdida para la cristiandad, que veía los ricos territorios de Hispania y a sus gentes sujetos al dominio de los infieles musulmanes. Nunca se insistirá demasiado en la importancia que esta dimensión belicista tenía para la mentalidad de los hombres de la España medieval. Era en verdad el sueño de los hombres de la época y que sólo se cumpliría con la completa conquista de los territorios sometidos al Islam. Ello no obsta, por supuesto, a la convivencia pacífica entre ambos bandos durante largos periodos o incluso siglos, pero los propósitos permanentes que animan a las dos mitades de España no desaparecían por obra de esta convivencia de hecho.

La guerra contra los musulmanes asumía a veces el carácter de guerra Santa. Los propios Papas asignarían el carácter de cruzada a la guerra española y llevarían a España socorros organizados por caballeros cristianos, especialmente francos.

La lucha contra el Islam, tuvo varias etapas perfectamente diferenciables:

- **La Lucha por la supervivencia:** Este periodo en el que los restos de la civilización visigoda refugiada en las montañas del norte de la península, se extiende desde la Batalla de Covadonga en 722 hasta la consolidación del reino de León.
- **La Formación de los reinos hispánicos y el califato de Córdoba:** Con el surgimiento de los reinos de León, Castilla, Aragón, Navarra y Portugal frente al Califato (929-1031) de Córdoba se produce una virtual "detente". Los ejércitos musulmanes no llegan más allá del Duero por el Norte y los nacientes reinos cristianos luchan por su consolidación y supervivencia, enfrentándose muchas veces entre sí, antes que atacar al califato.
- **La Supremacía Cristiana:** Tiene lugar con la caída del Califato y la independencia de Castilla y su posterior unión a León, con Fernando I

en 1035 y 1037. En esta etapa los reinos cristianos liderados por los castellanos llevan adelante las campañas de conquista contra los reinos de Taifas y aprovechan la desunión que ahora existe entre los propios musulmanes. El periodo llega a su culminación con la batalla de las Navas de Tolosa en 1212 y las posteriores victorias de Fernando III el Santo de Castilla sobre Sevilla y Córdoba y;

- **El Ocaso de la Media Luna:** Es la época de la definitiva derrota del Islam. Ella pudo ser consolidada por los sucesores de Fernando III, pero éstos dejaron pasar la oportunidad seguros de su poder sobre los debilitados señoríos islámicos, encabezados por los nazaríes granadinos. Serán los Reyes Católicos Isabel y Fernando, a fines de la Baja Edad Media los que concluirán la labor del rey Santo.

La reconquista fue una tarea colectiva de toda la cristiandad española, incluyendo a mujeres y niños.

"Los monarcas medievales de Castilla siguieron una doble política de reconquista y repoblación en su expansión por el territorio musulmán, que situaba a las villas y a sus habitantes en el centro de los programas. Fueron los hombres quienes inevitablemente se encargaron de la captura y defensa de las villas fortificadas que tenían que incorporar a la conquista continuamente, pero las mujeres debían asegurar su supervivencia y conservación más allá de la primera generación de soldados y establecer y preservar la esencia de la vida de la comunidad.. Si la España medieval era una sociedad organizada para la guerra, como se ha afirmado, también estaba estructurada para la repoblación que acompañaba o seguía inmediatamente a un triunfo militar. Es más, ambos factores coincidían a menudo, aunque la repoblación era, por su misma naturaleza, una operación mucho más larga que podía durar varias décadas, o incluso siglos, y que sucedía a la victoria y a la ocupación de territorios hasta entonces

musulmanes o abandonados. Por otra parte, los éxitos en una zona atraían normalmente a mujeres y hombres de otros asentamientos, a medida que se agotaban en las villas nuevas privilegiadas, sobre todo en las de realengo, los recursos humanos de las comunidades cristianas más antiguas. Los hombres eran necesarios desde el primer momento para apoderarse y defender el territorio contra la invasión musulmana, pero las mujeres eran igualmente importantes para el éxito a largo plazo en la doble empresa de expansión hacia el sur y conquista permanente de la península. Por consiguiente, las mujeres jugaron un papel muy importante como colonizadores, esposas de colonizadores, madres de generaciones sucesivas de defensores y miembros vitales de las nuevas comunidades hispánicas."

LOS REINOS CRISTIANOS DE HISPANIA

Al consolidarse la victoria de los ejércitos musulmanes contra los restos del ejército visigodo de Rodrigo, los supervivientes comandados por don Pelayo, noble godo, se refugiaron en las rocosas elevaciones montañosas del norte de Cantabria. En la zona que años antes los romanos llamaran la Galletia astúrica. En 722 logran derrotar a un ejército manado por el gobernador musulmán en los llanos de Covadonga. Este combate que para los cristianos es el inicio del largo periodo de reconquista, debió representar nada o casi nada para los islamitas. Si bien fue una derrota, no constituyó sino un encuentro fronterizo insignificante para los victoriosos soldados de Alá. Con ello los musulmanes vuelven sus ojos hacia las Galias (cuya invasión fracasó al ser vencidas las huestes islámicas en Poitiers, en 732 por Carlos Martel) y más tarde, al terminar el sueño de la conquista de Europa, en la organización del nuevo estado hispano-musulmán).

ASTURIAS: Es el primer reino cristiano de la Reconquista. No pasaba de ser un diminuto principado montañoso, cuyas gentes eran en su mayoría

analfabetas, carentes de toda cultura y de carácter fuertemente rural. Su capital fue fijada por Pelayo y sus sucesores en la pequeña aldea (ennoblecida por la leyenda) de Cangas de Onís. Alfonso I (739-757) devasta el valle del Duero con ello crea un cordón despoblado entre el Islam y su pequeño reino. Bajo Alfonso II (791-842) se restaura la división eclesiástica tradicional y se celebra un Concilio. Finalmente el mismo rey traslada su capital a la antigua fortaleza de Oviedo y desde allí organiza su reino sobre la base del modelo franco carolingio y el mismo del emirato de Córdoba. En Oviedo se procede a restaurar en la medida en que ello es posible, las instituciones de gobierno visigodo.

LEÓN: El reino de León es el continuador legítimo del astur. Avanzadas las conquistas asturianas hacia el sur, se consolida un nuevo territorio que tiene como centro la ciudad de León. Ramiro I de Asturias conquista el señorío de León y Alfonso II el Magno, último rey de Asturias repobló la ciudad en el 856 con gentes venidas del norte y con mozárabes huidos del dominio musulmán. A la muerte de Alfonso se traslada la corte de Oviedo a León y Asturias pasa a ser una provincia del nuevo reino AsturLeonés o simplemente Leonés. En su primer etapa, el reino de León, cuyo nacimiento coincide con el mayor poderío de Califato de Córdoba, no logra producir grandes avances en la reconquista. Antes se enfrenta a problemas internos y con sus vecinos cristianos. Hacia el 889 surge el condado de Castilla, señorío dependiente de León, que llegará empero a ser un reino independiente y que anexionará León.

CASTILLA: Su nacimiento está ligado al reino de León y a su primer "conde": Gonzalo Núñez y su hijo Fernán González. El futuro reino está situado hacia el oriente de León y ocupa un despoblado conocido antes como Vardulia. Su población está a cargo de vascones venidos del norte y su nombre se debe a la presencia de innumerables fortalezas o villas fortificadas para hacer frente a la amenaza de invasión musulmana. La enorme pujanza

del condado lleva a que en 1035 su conde, asuma el título de Rey: Fernando I, y desde 1037 éste ocupa también la corona de León, con lo que se produce la primera unificación de ambos reinos. Tras un periodo de división por imperar en sus monarcas la concepción patrimonial que les llevaba a partir la herencia de sus reinos entre sus hijos, ambos reinos son unidos definitivamente por Fernando II el Santo de Castilla en 1230. Los castellanos fijan su capital en Burgos e incluso en 1085 lograrán reconquistar la antigua ciudad real visigoda de Toledo.

CATALUÑA Y ARAGÓN: Los territorios ubicados hacia el Pirineo oriental forman en tiempos de Carlomagno, la llamada Marca Hispánica, lugar de enfrentamiento con los musulmanes y señorío fortificado por excelencia. Hacia 801 u 803 los francos toman Barcelona (la antigua Barcino o Cesárea augusta romana). Será el inicio del condado de Barcelona, estado feudal dependiente en teoría de l Imperio Carolingio, pero en la práctica, autónomo, por la debilidad del imperio. Con el tiempo y gracias a la actuación de algunos de sus señores, como Vifredo el velloso, los condes de Barcelona sometieron a los restantes condes catalanes y constituyeron un principado autónomo. Paralelamente los habitantes de Jaca o del río Aragón constituyen un condado que en 1035 se convierte en reino. Sus orígenes se vinculan al reino de Navarra del que hablaremos enseguida. Durante el periodo que va del 1076 al 1134 ambos reinos están unidos. El año 1137, el reino de Aragón se une al Principado de Cataluña, siendo reconocidos los condes de Barcelona como reyes de Aragón desde 1162 en adelante. Luego se les unen las coronas de Valencia y Mallorca, con lo que hay una unidad plural, ya que cada reino mantiene su autonomía e instituciones jurídicas propias.

NAVARRA: Hacia finales del siglo VIII o principios del IX los vascones de Pamplona se habían independizado de los musulmanes y constituyeron un reino independiente: El reino de Pamplona, que a partir del 905 pasó a ser el

núcleo el reino de Navarra. Este reino se extendería hasta la Rioja y las riberas del Ebro. El reino alcanza la cúspide de su poder con el reinado de Sancho III el Mayor, al someter a su control al reino de Castilla, al condado de Barcelona, el ducado de Gascuña en el sur de Francia y las levantiscas provincias vascongadas. Tras la muerte de este rey el imperio navarro se divide entre sus hijos y el reino inicia un periodo de influencia francesa que concluirá sólo con la anexión a España por don Fernando el Católico a comienzos del siglo XVI.

PORTUGAL: Aunque su historia está separada de la de los reinos "Españoles" y llega a constituir un Estado independiente y distinto es preciso señalar su formación: hacia el siglo X los reyes de León dominaban los territorios que serían portugueses hasta el río Mondego. Alfonso VI cedió el condado de Portogale a su hija, la infanta Teresa, casada con Enrique de Borgoña. El hijo de ambos Alfonso Henríquez derrota a los musulmanes en 1139 en la batalla de Ourique lo que le permite conquistar casi todo Portugal salvo el Algarve. Tras esta victoria se proclama a si mismo rey de Portugal, con lo que da comienzo a la historia independiente del reino luso. En 1147 toma Lisboa y la declara capital del reino. Es sucedido por su hijo Sancho.

Estos serán los estados cristianos de la Reconquista: Asturias-León, Castilla, Aragón-Cataluña, Navarra y Portugal llegan a conformar la llamada "España de los 5 reinos".

EL SEÑORÍO Y LA REPOBLACIÓN DE LOS TERRITORIOS CONQUISTADOS

Como de costumbre se plantea aquí un gran problema de interpretación histórica. Está constituido por la efectividad o inexistencia del llamado "despoblamiento".

La cuestión debe ser planteada en el contexto histórico adecuado, esto es, la guerra de reconquista y la necesidad de asegurar el dominio definitivo de los territorios conquistados a los musulmanes. Un primer vistazo a la cuestión parecería arrojar una conclusión categórica: Las guerras entre ambos bandos produjeron amplias zonas territoriales despobladas y ellas debieron ser llenadas más tarde por partidarios de los vencedores. Sin embargo esta tesis presenta ciertas complejidades que no hacen tan sencillo el constatar su ocurrencia. El tema ha dividido a la doctrina en bandos irreconciliables.

La tesis del despoblamiento tradicional indica que con motivo de las campañas emprendidas por los reyes Asturianos, desde Alfonso I y Fruela I se habría producido un completo colapso poblacional en el valle del Duero, lo que condujo a que esta extensa zona entre el Islam cordobés y los reinos cristianos del norte, quedase yerma o deshabitada.

Menéndez Pidal propone una solución intermedia, pues estima que lo que se habría producido es la destrucción o colapso de la administración, antes que la exterminación de los habitantes originales y por ello la nueva "re población" habría permitido el asentamiento de algunos grupos recién llegados y la reorganización de otros antiguos habitantes que se habrían agrupado en nuevos poblados, obedientes al bando victorioso.

Sánchez Albornoz, adhiere a la tesis tradicional, esto es a la que apuesta por la completa aniquilación de la población autóctona y apuesta por la completa substitución demográfica. Niega a Menéndez Pidal que existan testimonios fidedignos sobre la persistencia de población cristiana originaria en el valle del Duero luego de las campañas alfonsinas. Este autor divide la repoblación en cuatro grandes zonas: Galaico-portuguesas, Leonesas, Castellanas condales y Extremaduras (Extremi Durri) o sea las zonas fronterizas más agrestes.

Así las cosas el proceso de repoblación puede revestir las siguientes formas:

- **Repoblación primitiva del norte de España:** Es la que tiene lugar al comienzo de las campañas de los reyes asturianos. Y alcanza hasta la conquista de Toledo de 1085. Puede consistir en repoblación oficial o privada:
- **Repoblación oficial:** Es aquella que es dirigida por el propio rey o por los condes del reino en nombre del rey (*per iussionem regis*). La llegada de los nuevos pobladores se rodea de un ceremonial especial. Así al momento de ocuparse las nuevas tierras era alzado el estandarte real y junto con la asignación de las tierras y la demarcación de las mismas más la fortificación de un perímetro de seguridad, se daba testimonio de la empresa mediante la suscripción de la **carta puebla o carta de población** en la cual se recogía el estatuto jurídico del nuevo poblado.
- **Repoblación privada:** Es aquella protagonizada por gentes venidas desde el norte sin el patrocinio real o señorial. Estas gentes llegaban a los territorios desocupados, roturaban la tierra y daban forma a una villa o aldea. Igualmente una fundación religiosa (una ermita, iglesia o monasterio) atraía a las gentes que formaban aldeas a su alrededor. Estas comunidades se hacen dueñas de las tierras mediante la "Presura" (apresamiento de las tierras), es decir, la roturación (arado) de las tierras en señal de apoderamiento. Si no se podía roturar el terreno por su gran dimensión se requería que el dominio fuese señalado mediante algún símbolo como el levantamiento de algún estandarte o cruz que "marcaba" la propiedad. Bastaba esto para constituir propiedad, siempre y cuando el nuevo dueño reconociese obediencia a su rey.

- **Repoblación de los territorios situados al Sur:** En esta etapa la repoblación posee algunas modalidades diferentes. Ya no se trata de poblar yermos, sino asegurar ricas tierras densamente pobladas por musulmanes, mediante la constitución de minorías cristianas dirigentes, que fuesen capaces de hacer el gobierno de las ciudades tomadas a los musulmanes, como Toledo o Zaragoza. Este tipo de repoblación reviste igualmente varias categorías o clases:
- **La Repoblación por los Concejos municipales:** Se trata aquí de una repoblación organizada por los "ayuntamientos de gobierno local de una villa, que llaman a las gentes a ocupar los territorios ganados al Islam.
- **La Repoblación de las órdenes Militares:** A partir del surgimiento de las grandes órdenes militares en el siglo XII ellas llevan adelante el proceso de defensa de las tierras conquistadas y por tanto acogen a las gentes que se interesan por colonizar los territorios conquistados, sobre la base de un sistema señorial que da lugar a la constitución de los grandes latifundios.
- **Los repartimientos:** Serán los más eficientes para ocupar tierras habitadas por población relativamente hostil. Ante la imposibilidad de arrasar las ricas tierras del sur y proceder a su repoblación completa, se opta por insertar dentro de las viejas comunidades a vecinos nuevos, que reciben del rey o nobles, sus títulos de propiedad de las tierras ocupadas, con lo cual se logra superponer una nueva categoría de habitantes con nuevos usos y costumbres, dentro de las viejas comunidades sureñas.

EL SISTEMA SEÑORIAL

(Sus diferencias con el feudo)

El sistema de gobierno y administración de las tierras que formarán as nuevas tierras es fruto de un largo proceso de evolución. Este proceso difiere fundamentalmente del fenómeno feudal que predomina en el resto de Europa, por varias razones que en su momento analizaremos.

La guerra de reconquista da origen a un particular sistema de apropiación de las tierras y de administración de aquellas que ya pertenecen a los reinos cristianos. Es el sistema señorial. Un señor (gran noble o eclesiástico) es el dueño de la tierra y asigna su uso según estima conveniente. El origen de esta estructura está dado por la antigua organización condal heredada de los visigodos. Cada comarca o condado está encabezada originariamente por un comites, commes de terra, dux, cónsul o conde, designado por el rey que ejerce su autoridad en nombre del monarca. En un comienzo no tienen carácter vitalicio ni menos hereditario. Esta es una clara influencia franca, pues en el reino franco los condes se vuelven hereditarios. En España pasarán muchos años antes de que esto suceda. En un primer momento sólo lo son los condes influidos por el derecho franco (los de la antigua marca hispánica carolingia, o sea Cataluña). En el siglo X, al independizarse Castilla de León, adquieren carácter hereditario y en el XI han logrado consolidar su posición ventajosamente frente al rey.

Todo este sistema es administrado por funcionarios subalternos llamados vice-comes o vicedóminus, maiorinus (administradores), vicarius (representantes), villici (oficiales en las villas) y sagii o sagiones (especies de heraldos señoriales).

El régimen condal evoluciona luego hacia el señorío sobre la base de aceptar que junto a los condes (señores hereditarios) surjan otros con similares competencias (inmunidades y privilegios) debido a diversos factores. Tanto por la repoblación a cargo de los maestrazgos de las Órdenes Militares, como por otras causas que veremos enseguida, hacia el siglo XI se

ha consolidado toda una estructura señorial que media entre el poder real y los simples hombres libres.

Algunos factores que explican la formación del sistema señorial son:

- **Las donaciones reales:** Especialmente importantes al respecto fueron las donaciones de tierras de realengo a los monasterios y a la Iglesia en General. Se generan así los señores "eclesiásticos"; abades y obispos.
- **La entrega de tierras por compensación de créditos impagos:** Es decir, al celebrarse un contrato de préstamo entre algún campesino libre y dueño de tierras y un monasterio, si el primero no pagaba, el monasterio se quedaba con las tierras del deudor.
- **El despojo por la fuerza o coacción:** Muchas veces las donaciones de tierras a los más poderosos escondían verdaderos actos de confiscación de éstos últimos sobre los más débiles. Tanto en el caso de eclesiásticos que coaccionaban a los moribundos a entregar sus tierras para asegurar su salvación, como señores seculares que ocupaban violentamente tierras ajenas.
- **Donación de tierras de un pequeño propietario a un magnate:** Era una típica forma de encomendación o de convenio de protección a cambio del cual, el donante recibía las tierras de nuevo (más otras del señor) en usufructo para su cultivo y beneficio. Estas tierras se denominaban "**precaria oblata**" o "**precaria remuneratoria**".
- **La entrega de tierras como pena o arancel judicial:** Al hacerse reo de delito sancionado por los tribunales señoriales, el sujeto podía ser condenado a entregar sus tierras como pena por el delito cometido.
- **Cesión voluntaria de tierras a un eclesiástico:** Debe recordarse aquí que la sociedad altomedieval es ante todo una sociedad religiosa,

por lo cual no resultaba para nada extraño que los miembros del clero o laicos deseosos de la salvación de su alma entregasen sus bienes a la Iglesia o a las Órdenes religiosas.

Todas estas circunstancias consideradas por igual llevaron a la formación del régimen señorial. Las clases de señorío reconocidas como tales fueron:

1. De realengo, es decir, las tierras son propiedad del rey.
2. De infantazgo, los terrenos pertenecen a un infante o hijo del rey.
3. De abadengo, tierras de un obispado o monasterio.
4. Solariego, tierras de un simple seglar noble y;
5. De maestrazgo, tierras de una orden militar.

Cualquiera que fuese el origen o tipo del señorío, sus habitantes estaban sujetos a ciertas cargas que enumeramos a continuación:

- El pago del "accapitum" o tributo anual al señor por el derecho de cultivar las tierras del mismo. En Castilla se denominó Pecho o Pectum. Al ser pagada en marzo en el día de San Martín se le llamó "Martiniega".
- Las gabelas: consistían en ciertas contribuciones por hacer uso de servicios monopólicos del señor: uso de molino (debían pagar las "maquillas" o parte del trigo a moler), uso del horno (originaba el pago del "fornático"), el uso de fragua (daba origen al "llosol"), el derecho a recoger leña y yerbas (da origen al pago del "montazgo" y "herbazgo").
- Prestaciones personales: Son de variada naturaleza, encontramos las sernas (obligación de trabajar las tierras del señor), la fazendera y castellaría (obligación de reparar la vivienda del señor), la mandadería (hacer de mensajero del señor), el yantar y el hospedaje (mantener la despensa y alojar al señor).

- Cargas civiles: Las ossas (regalo al señor por su matrimonio o el de sus hijos, más el derecho de las mujeres para contraer matrimonio), El nuncio (impuesto a las herencias), la mañería (parte de la herencia de quien muere sin descendencia al señor).

Como se puede apreciar estas obligaciones configuraban una pesada carga para los hombres del señorío. En Cataluña estos malos usos o usos, fueron defendidos por la nobleza, hasta su tardía abolición por don Fernando el Católico en 1486. Especial mención merece el llamado *ius primae noctis* o derecho de pernada, en virtud del cual el señor habría tenido derecho de pasar la noche nupcial con las mujeres de su señorío. Este supuesto derecho no existió más que como un abuso rechazado por los propios señores. En verdad este supuesto abuso tuvo un origen distinto, pues el señor debía hacer un regalo a la novia, y éste era frecuentemente un sueldo de oro.

Ahora bien, podría sostenerse que esta estructura de organización social no difiere del sistema feudal que estudiamos a comienzos de nuestras explicaciones sobre el Alto medioevo. Sin embargo, pese a las semejanzas que superficialmente pueden anotarse existen clarísimas diferencias:

- El feudo es, ante todo, un vínculo entre dos nobles. El señorío en tanto es una relación entre un señor y quienes trabajan la tierra que pueden no ser nobles (ni siquiera libres).
- El feudo implica cesión de propiedad de tierras como parte del beneficio feudal. El señorío sólo implica usufructo, pues las tierras pertenecen al señor.
- El feudo genera una serie de vínculos entre vasallos que conforma un complejo tejido social. El señorío en cambio sólo es una relación entre el señor y las gentes del señorío.
- El feudo está integrado siempre por el beneficio y el vasallaje, en cambio el señorío no requiere de ninguno de los dos para existir. Puede

haber señorío sin entrega de tierras en propiedad y sin vínculos de fidelidad personal.

EL ORDEN JURÍDICO MEDIEVAL EN ESPAÑA

(Presupuestos de aplicación)

Al hablar sobre la aplicación del Derecho visigodo indicamos que éste acabó por tener una clara vigencia territorial, es decir, aplicable por igual a todos los habitantes del reino. Conviene estudiar entonces, cuales fueron los presupuestos de aplicación del Derecho Alto Medieval y si éste tuvo algunas particularidades en su aplicación y vigencia.

Desde ya, podemos analizar el caso del Derecho del reino Astur. Este fue aplicado sobre base territorial a semejanza del visigodo. Sin embargo el derecho asturiano es preferentemente consuetudinario en gran parte de su historia. En una exacta medida, la restauración del orden político gótico por Alfonso II en el siglo IX no alcanza al derecho. Esta situación cambia radicalmente en el siglo X. Con la ubicación de la capital en León se restablecerá plenamente la vigencia del Derecho Godo. Es aquí cuando tiene lugar el establecimiento o creación del llamado "**Tribunal del libro**": Al parecer fue establecido por influencia de los mozárabes que acudían en gran número a la capital leonesa desde las zonas de España sometidas al Islam. Así el Liber es utilizado por acuerdo de las partes en la decisión de sus conflictos jurídicos de intereses. La Curia Leonesa declara oficialmente su vigencia mediante Decretos de 1017. Y las Cortes de Zamora de 1274 lo reconocieron como el derecho territorial del reino. Este procedimiento es invocado para conocer de las apelaciones contra las sentencias de los condes e incluso del rey. Asimismo tienen importancia las cortes reunidas por Alfonso IX en León en 1188, en donde es adoptada la llamada "**Carta magna Leonesa**" que fija ciertos acuerdos entre el rey leonés y sus súbditos (27 años

antes que su símil inglesa): El rey se comprometía a no hacer la guerra sin el consentimiento de los grandes nobles y reconocía derechos individuales a los hombres libres del reino.

Ahora bien, esta tendencia hacia la restauración del derecho godo sufre un revés con la conquista de Toledo en 1085. El reino de Castilla se había independizado completamente de León en 1035 y junto con tal independencia se produce el abandono del Liber por parte del nuevo reino. Era lógico que ello ocurriese, pues en la medida que un nuevo reino reconociera dependencia de un derecho ajeno mantenía un estatus de subordinación a lo menos jurídica. Además, los castellanos siempre habían resistido la aplicación de Liber por no considerarlo un derecho propio. Así Fernando I, declara que en adelante debería aplicarse el sistema de "fazañas" (sentencias judiciales basadas en el derecho consuetudinario) en reemplazo del Liber. Éste último fue aplicado extraordinariamente en Toledo, pero los elementos francos y castellanos usaron paralelamente sus propios fueros y estatutos. Con ello la ley gótica quedó en suspenso, hasta el advenimiento de San Fernando III, quien manda a componer la traducción al romance del Liber, que será conocida como Fuero Juzgo.

Al tratar de las fuentes del Derecho haremos mención detallada del sistema de fazañas castellanas, pero diremos por ahora, que ellas se consideran por algunos como el origen más remoto de los fueros.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ALTO MEDIEVAL

Enfrentamos aquí otro problema de muy difícil solución: determinar cuales son las influencias que determinaron la formación del derecho altomedieval: Se entrenan también dos posturas antagónicas, respecto de las cuales se han intentado vías intermedias que inevitablemente van aproximándose a alguna de las dos originales.

La tesis más tradicional es la llamada germanista. Ha sido sostenida desde antiguo y hasta mediados de este siglo primó como la única explicación aceptada. En apretada síntesis esta escuela enseña que el derecho altomedieval tendría una clarísima vertiente visigoda. Mientras existió el reino godo y con independencia del derecho legislado de orden románico promulgado por los reyes germanos, se habrían mantenido vigentes los usos y costumbres propiamente germánicos de los godos (que ya estudiamos) y que una vez desaparecido el reino resurgieron entre el pueblo astur y posteriormente en los demás reinos hispánicos de la reconquista. Es la tesis a la que adscriben Muñoz y Romero (siglo XIX), Hinojosa (1910) y Menéndez Pidal (1955). Entre los alemanes partidarios de esta escuela destaca Ficker que en 1888 publicara su obra: *"Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo hispánico y el noruego islándico"*. Recientemente la tesis indicada ha sido rehabilitada por Sánchez Albornoz y en alguna medida por Pérez-Prendes en su obra "Lecciones de Historia del Derecho Español".

La tesis contraria postula que el derecho altomedieval está lejos de haber recibido el contacto e influencia del primitivo derecho godo. Para ello se sostiene que los visigodos fueron el pueblo que más tempranamente adoptó las costumbres romanas (por ello su establecimiento en Hispania es llamado la "Segunda romanización") y que en su derecho legislado no quedó rastro de germanismo primitivo. Menos podría indicarse que hubiese un renacimiento germánico precisamente entre los pueblos del Norte de España que escasamente recibieron la influencia goda. La explicación de las similitudes entre el derecho medieval y el godo estaría dada por la similitud que se encuentra entre todo tipo de derecho primitivo. Habría existido un resurgimiento de primitivas costumbres célticas prerromanas y la influencia del derecho franco (por la vía del derecho catalán y aragonés) que explicaría las características del derecho medieval, antes que un resurgimiento germánico. Es la postura que comparten (con algunas salvedades menores)

don Álvaro D'Ors y Alfonso García Gallo. Más recientemente ha sido actualizada por el maestro Escudero en el texto que tantas veces hemos citado precedentemente.

Los intentos de establecer una explicación intermedia han fracasado hasta hoy. El eclecticismo no ha tenido fortuna en esta polémica. Un completo estudio sobre la cuestión se contiene en la obra del profesor Javier Alvarado, que bajo el sugerente título de: "El problema del germanismo en el Derecho Español" expone los principales argumentos en pro y en contra de cada postura. Nuestra solución al conflicto se vincula preferentemente con la tesis tradicional, admitiendo eso sí que ella es incapaz de dar respuesta a la totalidad de los fenómenos jurídicos altomedievales, algunos de los cuales están más estrechamente vinculados con el derecho franco e incluso prerromano céltico que con el godo (como es el caso del duelo a caballo).

Hechas las consideraciones anteriores que no agostan el tema podemos estudiar brevemente las características fundantes del derecho altomedieval:

1. **LA VARIEDAD JURÍDICA:** Efecto de directo de la invasión musulmana de 711 es la pérdida de una unidad político-territorial en España. Por ello, el derecho pierde igualmente dicha unidad y se abre a la creación de múltiples ordenamientos jurídicos superpuestos en tanto pertenecen a reinos y señoríos diversos. Asimismo, el desarrollo de un derecho consuetudinario caracterizado por la primacía de la costumbre sobre las "leges" escritas hacía más complejo el panorama. En síntesis, la regresión a un derecho *per se* primario y propio de tiempos más primitivos, transformó al fenómeno jurídico en un producto múltiple, disperso y difícilmente unificable. En términos tradicionales podríamos afirmar que al existir muchas agentes o fuentes productoras de normas jurídicas, éstas se volvieron efectivamente múltiples. Asimismo existe variedad normativa en el tratamiento de los destinatarios de la norma.

Ya hemos visto a los órdenes estamentales y debemos recordar que cada uno de ellos gozaba de un derecho propio. Igualmente otros grupos como judíos y moros estaban sometidos a normas agravadas respecto de los demás estamentos, por motivos religiosos.

2. **LA ESPONTANEIDAD:** Es decir, la creación de normas jurídicas responde a problemas concretos de la comunidad que las genera. La costumbre es la gran fuente jurídica de la época y señala la debilidad del régimen político real o central. Es la comunidad la que se da su derecho sin proceder a un examen científico jurídico de las cuestiones discutidas sino a una formulación práctica que resuelva el conflicto.
3. **LA AUSENCIA DE INFLUENCIA ROMANISTA:** El derecho altomedieval no es un derecho con contenido romanista. Sin perjuicio de lo que diremos al comentar el derecho de la Iglesia, que recibe una influencia directa de Roma, el derecho "civil" o laico a perdido la condición de derecho de vertiente romana. Precedentemente estudiamos las diversas tesis respecto de su origen, pero claramente el derecho romano no deja huella visible en el grueso de las instituciones y derecho alto medievales, salvo si se toman algunos términos o vocablos como ejemplo: "SENATUS", "CURIA", "MAGISTRADOS", etc. El contenido de estos términos sin embargo difiere, ya se ha dicho, enormemente de su antecesor romano.
4. **EL PRIMITIVISMO:** El Derecho Medieval abunda en prácticas vinculadas con el derecho primitivo: Las ordalías judiciales, la mancomunidad penal, etc. Ellas son muestra de un desarrollo muy primario del pensamiento jurídico y evidencian la precariedad cultural de los hombres de la época. Desde las alturas del derecho romano clásico hemos llegado a niveles propios del derecho céltico prerromano en muchas ocasiones. Demás está decir, el derecho alto medieval carece

de toda pretensión de precisión y definición científica de términos jurídicos. Cae reiteradamente en confusiones conceptuales y la posibilidad de desarrollar abstracciones jurídicas como una teoría de las obligaciones es completamente ajena a las posibilidades de la época.

5. **EL DERECHO COMO OBRA DIVINA:** Se considera que la fuente de todo derecho radica en Dios. Es la concepción propia de la mentalidad medieval, en virtud de la cual se estima que el orden natural (*ordo naturae*) es reflejo de la voluntad divina. El derecho es parte del Orden Natural y por ello extendiéndose la potestad divina a toda la creación así también se extiende la competencia del derecho. La presencia de Dios en la vida de hombre medieval es una cuestión actual e inmediata y de ahí se deriva la invocación a Dios en todos los grados o etapas de un Juicio. Son abundantes las imágenes de Dios como legislador, investido de una espada en los pórticos de las iglesias. Esta concepción se plasma finalmente en la participación de Dios en la asistencia de quien tiene la razón en un juicio: las ordalías y los juicios de Dios son típicas demostraciones de lo dicho. Es como dice el escudo de armas de la Casa real Inglesa: "*Dieu et mon Droit*" (Dios y mi derecho), el justo tiene siempre a Dios y al derecho de su lado.

FUENTES DEL DERECHO MEDIEVAL

Acabamos de decir que al no existir un solo agente productor del Derecho en este periodo, sino múltiples poderes representados por el Rey, los señoríos, los obispos y demás autoridades de la jerarquía eclesiástica, los municipios y, en fin, la propia comunidad, el derecho es también múltiple en cuanto a dichas fuentes productoras, cada una de las cuales da origen a distintos tipos de normas jurídicas. Se produce, entonces, un particularismo jurídico que vuelve el sistema muy complejo.

Atendiendo a la forma que reviste la norma encontramos:

1) LOS PRIVILEGIOS: En un sentido estricto es *"Un acto potestativo del rey o de los señores laicos o eclesiásticos por el cual se coloca a su destinatario, que es siempre una entidad singular, en una situación distinta, excepcional y superior"*.

El privilegio se origina en un acto unilateral del rey, de un noble o de una dignidad eclesiástica y por derivación de tal origen se denomina: Privilegio de **realengo** (proveniente del rey), de **señorío** (de algún señor o noble) y de **abadengo** (de algún abad u obispo).

El privilegio reviste la forma de una ley potestativa, ya emane del rey o de algún señor en uso de su inmunidad (ya indicada). Pero esta ley difiere de la ley moderna pues no reúne los requisitos de generalidad ni abstracción necesarios para estar en presencia de tal. Es, por el contrario, una ley particular, ya que se ha indicado que beneficia a una entidad singular y determinada, pues no rige para casos análogos mediante la formulación de un modelo abstracto, sino que, muy al contrario, lleva impresa la "marca personal": la determinación precisa del beneficiario.

Es una ley potestativa, es decir, un acto de poder normativo derivado de las competencias propias del gobernante.

Las Partidas definen al privilegio como *"ley que es dada u otorgada del rey apartadamente a algún lugar o a algún ome para hacerle bien e merced"*.

Esta última definición resulta muy precisa en cuanto a los propósitos que se persiguen con la concesión del privilegio: Poner a alguien en un lugar de superioridad al resto de sus iguales.

Los Privilegios admiten una doble clasificación:

I. Desde el punto de vista de su contenido positivo o negativo, encontramos:

1. **Privilegios de Concesión:** que son aquellos que se caracterizan por el otorgamiento de a una persona o entidad de derechos excepcionales o ventajosos como la concesión de una asignación real de cargos o funciones vitalicias y/o hereditarias o rentas.
2. **Privilegios de Exención:** son aquellos que liberan al beneficiario de una carga o prestación gravosa: Por ejemplo podría liberarse a una villa del pago del tributo anual sobre la producción lanar.

II. Desde el punto de vista de su destinatario el privilegio puede ser personal o estamental o local:

1. **Privilegio Personal o Estamental:** Aquél que beneficia a un grupo social determinado; por ejemplo, los juristas del reino.
2. **Privilegio Local:** Es el que beneficia o se concede a una villa, ciudad o aldea. Por ejemplo, el privilegio de la Doncella.

El beneficiario del privilegio es siempre una entidad singular, o persona determinada singular. En tal sentido, el privilegio no podía ser concedido a una cantidad genérica de eventuales interesados sino siempre a alguna persona o entidad singular y convenientemente individualizada.

El efecto del privilegio es el de crear clases desiguales, las de "privilegiados" y "pueblo" (o clase sin privilegios). Los privilegios no son revocables, salvo conducta gravemente depravada del titular, por lo cual pasan hereditariamente de padres a hijos y perpetúan las diferencias. Con el tiempo esto sirvió para provocar el desprestigio de la institución, pues resulta frecuente y muy explicable que los méritos ganados por los antepasados ilustres se desvanecen en los sucesores, que pueden resultar indignos.

2) **LA COSTUMBRE:** Fuente jurídica principalísima de la Alta Edad Media. Al respecto debemos recordar el carácter preferentemente consuetudinario del derecho alto medieval. Y la intensidad de este fenómeno,

es particularmente acentuada en Castilla, por las ya anotadas circunstancias políticas que influyeron en la conformación de su derecho.

La costumbre es denominada indistintamente como: "Usus", "usus terrae", "usaticum", "consuetudo", "forum" y sin embargo siempre expresa la idea de una norma jurídica obligatoria que tiene su fuente en la propia comunidad.

Se ha visto en la costumbre el principal factor de la variedad jurídica altomedieval y es cierto. Allí donde las necesidades de una villa o localidad eran preferentemente agrarias, se desarrollaría una costumbre marcada por la reglamentación de la propiedad rústica y por el trabajo agrícola. Mientras que en una localidad fronteriza, con peligro de enfrentamiento con los musulmanes, la costumbre discurriría por la vía de normar la defensa de la ciudad o las milicias locales.

Un factor distintivo de esta costumbre, es su poder para ir contra la ley escrita. Tiene entonces mayor valor que el derecho legislado y ello se expresa en numerosas normas recogidas posteriormente en los fueros locales. Sin embargo para que ello ocurra la costumbre debe cumplir con el gran requisito:

Debe tratarse de un uso "**VIEJO**", es decir, mientras más antigua sea la costumbre más fuerza tiene y más difícilmente modificable se vuelve. Es la antigüedad la que le brinda al "usus terrae" o uso de la tierra su respetabilidad y fuerza vinculante. En la tradición castellana no se concibe una costumbre "buena" que no sea vieja. Por el contrario si se piensa en una costumbre de reciente data, el juez será capaz de enmendarla o interpretarla según su arbitrio. Mas, tratándose de una costumbre "inmemorial" o vieja, la capacidad de los magistrados para pasar por sobre ella en virtud de su arbitrio o del derecho real legislado era casi nula.

Correlativamente la costumbre vieja no puede ser mala o abusiva: viejo y malo son términos opuestos en la lógica jurídica alto medieval, en síntesis lo

que es viejo es bueno, y lo que es bueno es viejo. Si una costumbre nociva era de larga data era declarada "Mal uso" y por ello desechada, por considerarse que nunca había sido verdadera costumbre.

Aclaremos el punto, por cuanto en la época de que tratamos se pierde la noción de los requisitos romanistas que se imponen a la vigencia de la costumbre y por tanto, campea la mera antigüedad como único elemento que le presta su valor al uso.

No obstante lo dicho, los "malos usos" son reconocidos, muchas veces por imposición forzada del señor (ya lo vimos al tratar el régimen señorial) o por acto de la potestad real, aunque su vigencia siempre depende de la manutención de esa fuerza. Cuando ella cesa pierden todo valor.

3) LA JURISPRUDENCIA: La concepción del derecho moderno de vertiente romanista atribuye a la jurisprudencia un valor de simple autoridad, sin que ella sea verdadera fuente de derecho, como creadora de norma jurídica autónoma. Distinta es la situación de los sistemas jurídicos anglosajones de Common Law, en el que la jurisprudencia tiene valor principalísimo a través de la regla del precedente judicial o "Stare decisis", es decir, las decisiones de los tribunales superiores obligan a los inferiores.

La jurisprudencia de los magistrados castellanos alto medievales se vincula preferentemente con esta tradición del precedente judicial, antes que con la romanista que prima entre nosotros. Es el llamado "**Régimen de Fazañas**".

Las decisiones de los magistrados castellanos se denominan fazañas o "iuditia". Es la culminación del proceso judicial denominado "Juicio del Albedrío" en Castilla. En virtud de este proceso el juez está capacitado para "crear" derecho basándose para ello en su libre voluntad o albedrío.

En general los jueces protagonistas de esta notable fuente jurídica son jueces locales, nombrados por la propia comunidad. Sin embargo, andando el

tiempo, los tribunales del rey se van atribuyendo el monopolio del juicio del albedrío. Con ello se pretendía evitar los abusos que podía generar el sistema: sentencias injustas o "Fazañas desaguisadas". Ahora bien, este tipo de normas da origen al llamado "Arbitrio Judicial". Se denomina de esta manera al abuso que los jueces pueden cometer al dictar sentencias basadas en el mero capricho. Y fue la razón por la cual esta facultad judicial fue sistemáticamente limitada.

Así como en Castilla las fazañas serán fuente principal del derecho al no existir ley escrita, su papel será mucho menos importante en León en donde regía el Liber y ante cuyo silencio debía acudir al rey para que diese la solución: **El Referimiento al legislador.**

4) LAS CARTAS PUEBLAS: Al tratar de las políticas de repoblación de los territorios conquistados a los musulmanes, indicamos que la repoblación pública tenía lugar mediante las llamadas "cartas de población" o "chartae populationis" o cartas pueblas.

Como su nombre lo indica, estos documentos eran utilizados para poblar zonas desocupadas. O bien, para ocupar con nuevos vecinos zonas más o menos habitadas.

El otorgante de una carta puebla podía ser tanto el rey como un señor. Las motivaciones que explican su otorgamiento podían responder a cuestiones políticas (defender los territorios de las ambiciones de algún señor rival), económicas (dar explotación a las tierras conquistadas, haciéndolas producir alimentos para el señor y la población) y militares (ubicar un núcleo de gentes fieles a la cristiandad a fin de defender con ellas las conquistas ganadas frente al Islam).

Se ha destacado el carácter cuasicontractual de las cartas pueblas en virtud de las cuales el rey o señor se comprometía a otorgar a los nuevos vecinos una serie de beneficios mientras que éstos aceptaban el dominio señorial. Así

se dice que éstas serían un remoto antecedente de las Capitulaciones celebradas para la conquista del Nuevo Mundo entre los expedicionarios y la Corona. Pero Tomás y Valiente rechaza esta tesis indicando que las cartas pueblas establecían una relación desigual entre el señor y sus gentes. Éstas últimas se sometían a su poder y el documento adoptaba la forma de un acto normativo o potestativo del rey o señor en virtud del cual se obligaba unilateralmente, sin que los vecinos pudieran alegar nada.

La cuestión resulta muy discutible, pues es un hecho que las cartas pueblas eran el resultado de una difícil negociación entre el señor y la población que se radicaría en las nuevas tierras, lo que permitiría demostrar un gran poder de presión de estas poblaciones sobre los señores interesados en la repoblación, con lo cual se habrían obtenido condiciones mucho más favorables que las primitivamente ofrecidas por los señores.

La primera carta puebla de León fue la de Brañosera, concedida por el conde Nuño Núñez, confirmada por Fernán González y fechada en 824. Otras cartas conocidas son la Carta de Población de Freixá concedida por Witardo (oficial del Conde de Barcelona) a los vecinos en 954. Las concedidas por los Templarios a Horta (1192) y a Gandesa (1192), por los Hospitalarios a Tortosa y por el obispo de Nájera a Longares en 1065.

La gran diferencia de las cartas pueblas con los fueros radica en que aquellas tienen lugar para fundar un poblado o villa donde nada existe precedentemente, en tanto éstos son dictados para una villa o poblado que ya existe y ha consolidado su desarrollo que es coronado con la concesión del fuero.

LOS FUEROS

ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN

Es la gran fuente del derecho local altomedieval, por su importancia lo tratamos apartadamente de las demás.

La voz fuero procede del latín "Forum", que significa tribunal, o forma de actuar del mismo. Pero también alude a la jurisdicción del tribunal; en este sentido la voz fuero implica el derecho de litigar ante él y por tanto involucra la idea de derechos que se invocan por alguien.

De allí que la voz fuero hay derivado hacia un sinónimo de "Derecho", y como este derecho pertenece a la localidad, sería el "derecho local".

Junto con surgir en Castilla, en otros lugares de Europa se presenta el mismo fenómeno. En Francia serán llamados "Chartes" (cartas) o "Statuts municipaux" (estatutos municipales), en Italia "usus" o "statuti" (usos o estatutos), en Alemania "Weinbild".

El origen de los fueros es cuestión debatida, como tantas otras que hemos indicado en este estudio. Actualmente se reconoce cierta vinculación de los fueros con las fazañas castellanas. Así fruto de una larga evolución, las normas contenidas en las fazañas locales habrían sido extraídas de las mismas y dando lugar a la formación de los fueros. Es la tesis del profesor Galo Sánchez y del profesor José Antonio Escudero.

Esta tesis se base en la constatación de que en aquellos reinos en donde hubo vigencia de ley escrita (León) los fueros se desarrollaron con mucha dificultad, en cambio en los reinos de fazañas (Castilla) los fueros florecieron.

Finalmente el término fuero es tomado como sinónimo del documento que lo contiene. Es decir como denominador del texto material de la norma.

Conviene entonces definir el término para nuestro estudio como fuente del derecho municipal o local, el prof. José Manuel Pérez-Prendes ha definido los fueros como. "**Conjunto de normas jurídicas que regulan la**

vida local y las cargas y derechos de los vecinos y moradores, recogido en una redacción o texto único que es dado o recibe la confirmación (carta de confirmación) del rey o del señor"

Ejemplos de los primeros fueros conocidos son:

- El Fuero de Lara, de Alfonso VII de 1145, que modificó el texto original de 880.
- El Fuero de Castrojeriz, de 974 confirmado más tarde en 1274.
- El Fuero de la ciudad de León compuesto entre 1017 y 1020, consta de 48 artículos.
- El Fuero de Sahagún, concedido por Alfonso VI en 1084 modificado más tarde varias veces.
- El Fuero de Compostela, dado por Ordoño II desde 915.
- El Fuero de Burgos de 1073.
- El Fuero de Cuenca, dado por Alfonso VIII en 1189 o 1190, constaba de 982 capítulos y fue el modelo usado por muchos fueros posteriores, es más se le considera el iniciador de una "familia de fueros" que veremos enseguida.

CLASIFICACIÓN DE LOS FUEROS

Debido a los muchos usos de la palabra fuero resulta una tarea complicada el fijar los criterios de clasificación de los mismos, pero podemos reproducir los más conocidos:

- **FUEROS BREVES O EXTENSOS:** Es habitual practicar una clasificación en cuanto al desarrollo o extensión material y normativa de los fueros. Casi todos los fueros primitivos son **breves**, es decir se caracterizan por ser muy primarios con un par de normas precisas sobre

los pocos problemas propios de la villa (El fuero de Castrojeriz tuvo originalmente especial regulación de los derechos de agua [como toda villa Castellana en donde el agua escaseaba] pero no más desarrollo de otras normas. Por su parte **los fueros extensos** tienden a ser los más tardíos, en donde la regulación será pormenorizada o extensa. V/gr. El fuero de Cuenca con sus 982 capítulos.

- **FUEROS LOCALES Y TERRITORIALES:** Esta clasificación está fundada en la distinción de fueros de vigencia limitada a una villa o población (**fuero local** como el Fuero de Sahagún) y **fueros territoriales** o de aplicación general (como el fuero Real de Alfonso X de 1256) a todo el reino.
- **FUEROS AGRARIOS, DE PRIVILEGIO Y LOCALES:** La clasificación responde a la distinción entre **fueros agrarios** (contratos privados entre la villa y el señor para la explotación de las tierras aledañas), **fueros de privilegio** (dados por el rey o un conde que tienen por objeto conceder un beneficio o exención) y **fueros locales** (los que recogen el ordenamiento jurídico completo aplicable a una villa o ciudad).
- **FUEROS ORDINARIOS Y DE EMANCIPACIÓN:** Se distingue aquí entre **fueros ordinarios**, que son aquellos que no afectan la dependencia de la villa o población de su señor originario (Fuero de Toro) y los **de emancipación**, que son dados por el rey con el fin de sustraer a una villa o población (que pasa a ser ciudad independiente) de la sujeción a su señor originario. Ello porque muchas veces el monarca que sospechaba de la lealtad de uno de sus nobles, decidía arrebatarle poder mediante la emancipación de las principales villas de los señoríos de ese magnate rival. La villa en agradecimiento por su nuevo estatus sería fiel al rey y no a su viejo señor.

- **FUEROS DE NOBLES Y FUEROS DE PECHEROS O PLEBEYOS:** Los primeros (**de nobles**) son aplicables preferentemente al estatus privilegiado (como el fuero viejo de Castilla del siglo XIV) y **fueros de Plebeyos** o Pecheros (como el fuero de Burgos).
- **FUEROS REGIOS, ECLESIAÍSTICOS, SEÑORIALES Y MUNICIPALES:** Clasificación que atiende a quien los concede: son **regios** aquellos concedidos por el rey, tienen la particularidad de necesitar la confirmación de los sucesores del monarca, ya que se considera que la majestad real no puede ser restringida por el fuero, sino por la palabra empeñada de cada rey. Por ello en el momento de la coronación el rey prometía "guardar los usos y fueros de sus mayores". Son **eclesiásticos** los concedidos por un obispo o abad, no necesitan confirmación pues están basados en la "charitas christi" (caridad cristiana) que no tiene límites. Son **señoriales** los concedidos por algún señor o conde y **municipales** los que se da un propio poblado o villa (Como el fuero de Madrid).
- **CABEZAS DE FUEROS Y FAMILIAS DE FUEROS:** Son **cabeza de fuero** los que sirven de modelo para otros posteriores y que se inspiran en sus disposiciones (Como el fuero de Cuenca o el de Soria). Son **familias de fueros** todos aquellos que emanan de una misma cabeza.

LA IGLESIA Y EL DERECHO CANÓNICO

El periodo histórico estudiado en las páginas precedentes fue testigo de una magna tarea realizada por los sumos pontífices romanos en relación con el gobierno de la Iglesia Católica. Sin embargo esta actividad debía necesariamente de plasmarse en algunos aspectos de compleja solución.

Uno de ellos fue el tema del Derecho Canónico.

Cuando tratamos el tema de la Iglesia y el Reino Visigodo dijimos que la obra de San Isidoro de Sevilla, la "Colección de Cánones de la Iglesia Hispana" o simplemente Hispana sería la obra jurídica a la que acudirían los Pontífices una y otra vez, hasta el surgimiento del Derecho Canónico Clásico con Graciano en el siglo XII. Sin embargo en el periodo de seis siglos intermedios surge un sinnúmero de normas jurídicas que se hacían cada vez más difícilmente inteligibles.

El Derecho Canónico supone, por cierto, algunas particularidades que hacen que su estudio sea más complejo que el derecho temporal o "civil": Entendido como ***"El Conjunto ordenado de principios y normas que expresando y concretando el derecho divino son propuestos por la autoridad eclesial para la tutela de los derechos de la Iglesia y sus miembros en orden a la salvación de los hombres"*** tiene como finalidad:

- Servir de garantía a fin de que la actuación terrena de los hombres concuerde con la voluntad de Cristo.
- Adecuar la voluntad de Cristo a las circunstancias concretas que presenta cada periodo histórico,
- La defensa de los derechos de los bautizados.

El problema a que hemos aludido se relaciona con la segunda de las finalidades anotadas, pues las fuentes del Derecho Canónico, son binarias: Norma Divina y Norma Humana. La primera no presenta problemas, pero la segunda es motivo de la actuación de los legisladores humanos (en este caso la Iglesia) y es la que complica el panorama de su intelección.

Durante la Alta Edad media, conservamos la costumbre de acudir a las Sagradas Escrituras como fuente de normas canónicas. Tenemos también la Hispana que reúne la mayor parte de los antiguos cánones conciliares. Pero la

profusión de Decretales de los Pontífices Romanos posteriores a la composición de la obra del obispo hispalense, vuelve el estudio de estas normas muy engoroso. A esto deben sumarse los numerosos concilios ecuménicos celebrados por la Iglesia Medieval desde el siglo IV en adelante, de los que no había quedado constancia en una obra única. A ello se une la circunstancia de que numerosos decretos y cánones de concilios particulares se intercambiaban con lo que la superposición de las normas canónicas era frecuente.

Si hubo intentos mayores, promovidos por la Sede Apostólica, por superar esta difícil situación nos son desconocidos. Sólo han perdurado hasta nosotros tres breves obras que usan como fuente parcial los códigos de Justiniano y que son anteriores al fenómeno de Bolonia:

- **El Decretum:** No se trata de la Obra de Graciano, sino de un libro anterior, compuesto al parecer por Ivo de Chartres. Es una colección ordenada de cánones conciliares. Redactada en Francia a fines del siglo XI.
- **La Panormia:** Se redacta a fines del siglo XI y con seguridad su autor es Ivo de Chartres. Está compuesta por cánones sistemáticamente ordenados. Es un extracto de la anterior.
- **La Colección Caesaraugustana:** Se la denomina así porque el códice que la contiene está guardado en la ciudad de Zaragoza. Al parecer compuesta a inicios del siglo XII en Francia, Italia o España (Cataluña). Vinculada con el contenido del decretum contiene también algunas colecciones de cánones italianos.

En cuanto a la organización de la Iglesia en la España Alto Medieval, desde la restauración del orden gótico por Alfonso II en el siglo IX se vuelven a establecer las diócesis y divisiones jurisdiccionales eclesiásticas tradicionales. Ello a lo menos, en los territorios reconquistados. Más tarde el

Concilio de Coyanza de 1055 prepara el camino para la implantación en España de la reforma Gregoriana (De Gregorio VII), "base de la ulterior independencia eclesiástica y de la revisión global de las prácticas secularizantes".

Digamos finalmente algunas palabras sobre los tribunales encargados de aplicar el derecho canónico en la península:

Los tribunales eclesiásticos intervienen siempre que el demandado es un clérigo y uno de sus familiares. Esta competencia es interpretada extensivamente, por lo que muchas veces se producen abusos al juzgarse por estos tribunales (reconocidamente más benévolos) a personas que no gozan del estatus religioso. Ello fue causa de protestas severas por parte de los reyes, como ya hemos visto.

Ahora bien, la estructura judicial canónica castellana está formada por el Obispo como gran tribunal de primera instancia. Es frecuente que estas funciones sean delegadas en el archidiácono, y con el tiempo este suplanta de derecho al Obispo en estas funciones. De las sentencias obispaes se puede deducir apelación ante la Corte del Arzobispo y de esta sentencia se puede apelar ante el Primado. No existe aún reconocida la apelación directa al Papa (a similitud de la apelación o recurso al Cesar de los ciudadanos del imperio romano) que surgirá en la Baja Edad Media.

EL FIN DE UNA ERA

Al iniciar nuestras explicaciones sobre el periodo medieval explicamos las dificultades que supone el emplear estas categorías historiográficas, sobre todo por su imprecisión.

Así al terminar estas explicaciones se nos plantea una dificultad similar: ¿Cuándo termina la Alta Edad Media?

No podemos al igual que en el caso anterior, plantear una respuesta unívoca frente a tal cuestión. Pero es posible señalar ciertos hitos históricos cuyo acontecer marcó una diferencia para la sociedad como un todo. Es que sin ellos no se podría explicar cierto cambio en el pensamiento medieval, cierta sutil diferencia que lleva a los hombres a pensar de manera distinta respecto del mundo que les rodea. A modo ejemplar podemos citar:

1. **LA GUERRA DE LOS CIEN AÑOS:** Esta conflagración que involucró a dos de los principales pueblos de la cristiandad, Francia e Inglaterra por más de 100 años significó una profunda ruptura del tejido social. Ya no fue posible hablar de una comunidad cristiana supranacional. Antes bien, el conflicto tendió a fomentar el nacimiento de ideas que desarrollarían los Estados Nacionales a fines del siglo XV y marcó una profunda desconfianza entre franceses e ingleses. Hemos señalado que las causas de este conflicto estuvieron en una discusión dinástica sucesoria: Al morir el último descendiente varón directo de Hugo Capeto, los grandes nobles de Francia proclamaron como rey a Felipe de Valois, quien asumió el trono como Felipe VI. Sin embargo, esta elección desconocía los derechos sucesorios de Eduardo III de Inglaterra, hijo de Isabel de Francia y nieto por tanto de Felipe IV, el Hermoso. Al negarse el rey inglés a prestar juramento de vasallaje al monarca francés se planteó el conflicto que se extendería por décadas. Las grandes batallas y triunfos ingleses de Crecy, Poitiers y Agincourt marcan el predominio británico sobre Francia. Sin embargo estas victorias serán eclipsadas por la figura de una adolescente de 17 años: Juana de Arco, quien conduce a los franceses al triunfo y a la coronación del Delfín, luego Carlos VII de Francia. Pocos años más tarde los franceses lograrían expulsar a los ingleses de su reino, con la excepción de la plaza de Calais, que retendrían hasta mediados del siglo XVI. Las consecuencias de esta guerra fueron calamitosas para

Francia, que quedó arruinada y para Inglaterra, que perdió a lo mejor de sus hombres en un conflicto sin sentido. Cabe decir que los reyes ingleses reivindicaron la Corona de Francia hasta el reinado de Victoria.

2. **LA PESTE NEGRA:** Fue esta una gran epidemia, como muchas otras de la antigüedad, pero por la virulencia de su ataque fue causa de la muerte de más de una tercera parte de las vidas de la cristiandad europea a mediados del siglo XIV. Al parecer la peste fue introducida en Europa por marinos genoveses procedentes de Oriente. En dos años la peste se había extendido hasta las islas británicas y diezmado a la mitad de los habitantes de las ciudades de Francia y Alemania. Las zonas rurales fueron más castigadas, llegando a morir dos tercios de los campesinos libres. Ello produjo un severo trastorno de las relaciones económicas y motivó las rebeliones de los campesinos contra los señores que pretendían mantener su servidumbre merced a leyes y "malos usos" que les beneficiaban. Finalmente surgen los gremios y corporaciones a fin de organizar la nueva forma de trabajo.
3. **EL GRAN CISMA DE OCCIDENTE:** Cuando a instancias de Santa Catalina de Siena, el Papa Gregorio XI, toma la decisión de retornar a Roma desde Aviñón en 1378 el colegio de Cardenales eligió a Bartolomé Prignano, quien tomó el nombre de Urbano VI. Más los cardenales llevados por la influencia del Rey de Francia, declararon nula la elección y proclamaron al Cardenal Roberto de Ginebra, quien ascendió al trono como Clemente VII y se instaló en Aviñón. Se abrió así un periodo de incertidumbre en el que la cristiandad se dividió en "obediencias" es decir, los reyes decidían a cual de los Papas apoyar debido a cuestiones políticas. Sólo con la elección del cardenal Otón Colonna, Martín V (1417-1431) se puso final al cisma. No obstante el conflicto dejó como legado una difícil relación entre el Papa y los

Concilios, pues durante la época del Cisma se procuró afirmar la doctrina del Conciliarismo (que proclamaba la supremacía de los padres conciliares sobre el Papa), que triunfa en el Concilio de Constanza. Sólo bajo el sucesor de Martín V, Eugenio IV el Concilio de Basilea reconoció la primacía papal (declaración de Roma de Abril de 1442).

4. **LAS NAVAS DE TOLOSA:** Para Castilla existe un hecho de capital importancia, aparte de los indicados, él es un acontecimiento esencialmente militar, pero de consecuencias políticas y religiosas. El 16 de julio de 1212 tiene lugar la batalla de las Navas de Tolosa. Los almohades al mando del Califa Mohamed al-Nasir son completamente vencidos por una coalición de Reyes Cristianos encabezados por el Alfonso VIII de Castilla, Sancho VII el Fuerte de Navarra y Pedro el Católico de Aragón, quienes habían respondido al llamado del Papa Inocencio III quien proclamó la Cruzada contra los Moros y que había solicitado el auxilio de todos los príncipes de la cristiandad a fin de dar un golpe definitivo a los musulmanes. Las consecuencias de esta hazaña son enormes. Por primera vez los cristianos pasan a la ofensiva y dejan de temer la agresión musulmana. En el ámbito musulmán se produce el fenómeno contrario, los islamitas pasan a la defensiva y ven doblegado su orgullo. Desde allí en adelante los musulmanes irán perdiendo terreno hasta su completa derrota en 1492. Las implicancias de esta situación sobre la psicología del hombre medieval español fueron capitales: El pueblo adquiere una nueva seguridad que les permite vislumbrar el fin de la reconquista y se fortalece su Fe en la religión cristiana al ver humillados y vencidos a los enemigos de la misma. Al fracasar la experiencia de la cruzada en Tierra Santa, los Castellanos ven en su propia lucha una cruzada contra los enemigos de

Cristo y por ello se refuerza el sentimiento de guerra nacional que puede ser coronada por el éxito de la cruz sobre la media luna.

Es el fin de una era. La época de los señores y sus guerras ha terminado y la cristiandad europea está lista para lanzarse hacia nuevos desafíos.

El Prof. Alfonso García Gallo sintetiza el cambio en las siguientes palabras: *"4. La psicología del hombre medieval.- Son rasgos esenciales de ella la exaltación de la fuerza y de la virilidad, la violencia de las pasiones, la falta de sensibilidad, el sentido realista, la escasez de imaginación, la visión genérica, ruda, objetiva y simplista de las cosas -con olvido de lo individual o particular-, la propensión al simbolismo y el sentimiento trágico y algo fatalista de la vida. Su fe es firme, pero sencilla, sin profundidad ni complicaciones; su piedad, honda y austera, pero falta de dulzura. Aprecia extraordinariamente la honradez, la lealtad, la generosidad y la justicia. Es fundamentalmente conservador y rutinario.*

A partir del siglo XI esta psicología empieza a cambiar en ciertos aspectos. El hombre comienza a sentir la libertad y la dignidad humana y aspira a elevarse. Es más optimista, más sensible y siente ya el deseo de saber. Pero todo ello no consigue alterar todavía substancialmente su manera de ser".

Ello se traduce en grandes cambios. En lo militar se ha producido un gran avance con el tremendo conflicto anglo-francés. En lo religioso el Papado emerge victorioso sobre el Imperio, pero ambos poderes se aprecian debilitados, más en el plano de la teología y la filosofía el terreno ha sido abonado para el surgimiento de los colosos de la escolástica: San Alberto Magno y el Angélico: Santo Tomás de Aquino. Castilla se ha vuelto el más importante de los reinos de España, tanto que conducirá la reconquista y de ella surgirán las figuras protagónicas de la siguiente época. En el Derecho se prepara el huerto para el resurgimiento de una delicada y antigua flor: El

Derecho Romano de Justiniano, olvidado en las polvorientas bibliotecas monacales de Bolonia. Junto a él los papas de la Baja Edad Media darán vida a un Nuevo Derecho Canónico, obra de Graciano y sus continuadores y que junto al Derecho Feudal Lombardo dará vida al movimiento del Derecho Común. Dicho movimiento es recogido en Castilla gracias a la obra de dos reyes: San Fernando III y Alfonso X el Sabio.

Guía de Trabajo:

- 1.- ¿Qué ideas políticas están tras los difusores del término "Oscurantismo"?
- 2.- ¿Qué fecha señalaría Ud., como término de la Edad Media y por qué?
- 3.- ¿Cómo se ingresa a la sociedad medieval?
- 4.- ¿Cuál es el origen del feudalismo?
- 5.- ¿Cuál es el ámbito de expansión territorial de feudalismo?, ¿Por qué no se desarrolló en España?
- 6.- ¿Qué diferencia a un noble de un innoble?
- 7.- Describa en qué consiste la "Encomendación".
- 8.- Explique que categorías de hombres semilibres existen en la Alta Edad Media Castellana.
- 9.- ¿Cuáles son las obligaciones del señor y del vasallo al ligarse por el contrato de vasallaje?
- 10.- Explique las diversas etapas del "Homenaje"
- 11.- ¿Qué problema se generó con motivo de los matrimonios entre vasallos y señores?
- 12.- ¿En qué consistió el llamado Sacro Imperio Romano Germánico?
- 13.- ¿En qué consistió la "Querrela de las investiduras"?
- 14.- ¿Qué conflictos se suscitaron entre el Papa y los reyes de Europa?
- 15.- Explique brevemente en qué consistieron las llamadas "cruzadas".
- 16.- Señale algunas consecuencias de las cruzadas.
- 17.- ¿Cuál fue el papel de los reyes en la Alta Edad Media?
- 18.- ¿Qué fue la Curia Regia?

- 19.- Explique la estructura del reino estamental medieval.
- 20.- ¿Cuál es la diferencia entre un reino exento y uno tributario? ¿Por qué Francia es un reino exento?
- 21.- ¿Cómo se desarrolló la llamada "Guerra de Reconquista"?
- 22.- ¿Por qué el reino de Castilla es el sucesor de León y Asturias?
- 23.- ¿Cuál fue la razón que motivó la repoblación de los territorios conquistados a los musulmanes?
- 24.- Desarrolle el tema de la repoblación del Norte de la Península.
- 25.- ¿Cómo surgen los señoríos?
- 26.- Enumere cuáles son las principales diferencias entre Feudo y Señorío.
- 27.- ¿Cómo se aplica el derecho en la España Medieval?
- 28.- ¿Qué fue el tribunal del libro?
- 29.- Explique dos características del derecho alto medieval.
- 30.- ¿En qué consiste un privilegio? Explíquelo con sus propias palabras.
- 31.- ¿Por qué se desarrollaron las fazañas en Castilla y no en León?
- 32.- ¿Cuál es el origen de las Cartas Pueblas?
- 33.- ¿Cuál es el origen histórico de los fueros?
- 34.- Desarrolle 3 clasificaciones de fueros.
- 35.- ¿Qué avance o retroceso puede Ud., apreciar en el derecho canónico alto medieval?
- 36.- ¿Existe algún intento de recopilar el Derecho Canónico alto medieval?

OBSERVACIÓN: Fundamente sus respuestas en la materia vista y en la bibliografía citada en este capítulo.

4.5 LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN OCCIDENTE. LA OBRA DE LOS GLOSADORES Y POSGLOSADORES.

La segunda parte de la Edad Media muestra un cuadro completamente diverso. Las amenazas que presionaban a Europa cedieron cuando los vikingos se cristianizaron y los musulmanes disminuyeron su poder náutico en el Mediterráneo. El comercio renació, las ciudades volvieron a crecer, y en ellas floreció la industria y la artesanía, generándose la burguesía, grupo que comenzó a luchar para hallar un lugar en la estructura cerrada de las clases medievales (Rabinovich-Berkman, 2003:258).

El resultado de este proceso fue la creación de las universidades, instituciones eminentemente burguesas, que trajeron, al mismo tiempo, una renovación cultural sin precedentes y una oportunidad única, para el ascenso social de los burgueses (“la nobleza de toga”). Fue en una de esas universidades, la de Bolonia, en Italia, que se comenzó a estudiar científicamente el nuevo Derecho Romano Justiniano, convergiendo con el interés de los gobernantes, motivados por la restauración teórica del Imperio Romano en el Sacro Imperio Romano Germánico.

En este periodo, el papel no era aún conocido en Europa Medieval, y el medio más accesible para escribir era el papiro (el pergamino era muy caro), que solo se hallaba en el delta del río Nilo. Pero Egipto estaba en poder de los musulmanes, que se hallaban en guerra con la cristiandad a consecuencia de las cruzadas. Así que el papiro se volvió escaso, justo en el momento en que se descubrían los textos romanos clásicos, y los estudiosos de las universidades ansiaban hacer sus interpretaciones y comentarios.

Fue así que comenzaron a escribirse notas en las márgenes de los viejos libros (glosa marginal) y entre las líneas ya escritas (glosa lineal). Los autores que así lo hicieron integran, pues, la escuela de los glosadores, nacida en la universidad de Bolonia. Ella fue seguida luego por la escuela de los

“comentaristas”, que pasaron a escribir en cuadernos separados del texto antiguo (“comentarios” o “tratados”). Ambas escuelas (en realidad es solo una, dividida en dos etapas), quedaron conocidas como *mos italicus* (el “modo itálico”), en oposición al *mos gallicus* (“modo galo”, es decir, francés), que es el humanismo (Rabinovich-Berkman, 2003:259).

Entre 1090 y 1230, los mencionados Glosadores, aclaran el *Corpus Iuris* y elaboran pequeños comentarios (glosas), con explicaciones etimológicas de ciertos términos, con indicaciones que permiten relacionar una cita con otra, o salvar contradicciones y con ilustraciones de lugares difíciles del *Corpus Iuris*, a través de ejemplos. También escriben comentarios monográficos sobre ciertos títulos. En su Gran Glosa, Acursio (representante de la escuela de los Glosadores) compiló lo que consideraba como la cosecha más importante de esta escuela (Margadant, 2005:141).

Los Posglosadores ofrecen un aspecto creativo, en oposición a los glosadores. Éstos son como eruditos que sacan poesías espontáneas ajenas, reglas de gramática y de sintaxis; en cambio, los Posglosadores son como auténticos poetas, que utilizan las reglas encontradas para realizar nuevas creaciones poéticas; es gracias a la labor de éstos, que el derecho romano, ya analizado por los Glosadores, pudo entrar en la práctica forense de la Edad Media. Sin embargo, para llegar a este resultado, los Posglosadores tuvieron que cometer algunos “fraudes” en su interpretación, y realizar compromisos entre la práctica tradicional medieval y el derecho justinianeo, sacado del *Corpus Iuris*, a veces lo que ni siquiera entre líneas pudiera leerse (Margadant, 2005: 143).

4.6 EL DERECHO COMÚN.

El derecho común o *jus commune* se entiende, en general, la doctrina jurídica creada por las escuelas de glosadores y comentaristas, con base en el *Corpus Iuris*, durante los siglos XII-XIV, que fue aplicada como derecho subsidiario por diversos tribunales de los reinos de Europa (de la “cristiandad”), hasta el siglos XVIII, con más o menos intensidad según el tiempo y el lugar.

Como el *jus commune* era materialmente derecho civil (*jus civile*, en oposición a *jus canonicum*), una vez que dejó de tener vigencia por la publicación de los códigos modernos, la expresión *jus commune* o derecho común vino a significar el derecho civil codificado.

El *jus commune* es el resultado de una larga y fecunda obra de juristas, especialmente de profesores. Desde fines del siglo XI, la escuela de los glosadores, nacida en Italia, estudio el *Corpus Iuris* de Justiniano bajo la perspectiva de que el derecho definido en este texto era derecho vigente en el Sacro Imperio Romano Germánico. Con este punto de vista el derecho romano justiniano del *Corpus Iuris* fue entendido como el derecho común del imperio frente a la multitud de derechos locales y particulares de cada reino.

Con esta idea los glosadores juzgan que los derechos vigentes en Italia solo valen como derecho especial frente al derecho común del imperio y que la costumbre tiene vigor jurídico, en tanto que no contradiga la legislación imperial.

Un gran problema que se presentó los glosadores de esta concepción de *jus commune* fue la emergencia cada vez más frecuente, a partir del siglo XIII, de los diversos derechos estatutarios, es decir, de los ordenamientos legales emitidos por asambleas populares, sin la intervención del poder imperial. Llegan a considerar al derecho estatutario como derecho consuetudinario, aunque esto implicaba que aquel derecho, lo mismo que la costumbre, no valía si contradecía al derecho común (Adame, 1997:252).

La escuela de los comentaristas logra cambiar la valoración del *jus commune* frente a los derechos particulares. A este nuevo enfoque influye la circunstancia política que, a partir de la segunda mitad del siglo XIII los poderes locales adquieren cada día más influencia, con lo que logran tener una vida política cada vez más independiente del imperio (Adame, 1997:253).

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Exposición de los temas en forma de seminario.

Elaboración de un ensayo relacionado con los temas de la unidad.

Lectura comentada sobre los temas de la unidad.

Investigación de distintos conceptos relacionados con los temas de la unidad.

Lectura de un texto literario de la época recomendado por el docente.

AUTOEVALUACIÓN.

1° Investigar en que consiste el derecho germánico primitivo.

2° Explica como se elabora el Digesto.

3° ¿Qué es el derecho canónico?

4° ¿Cómo se conforma el derecho castellano?

5° ¿A quienes llamaron los glosadores?

6° ¿Cuál es la diferencia entre lo glosadores y los posglosadores?

7° ¿En que consistió el derecho común?

BIBLIOGRAFÍA.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia general del derecho*, México, Porrúa, 2005, 483 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1997.

RABINOVICH-Berkman, Ricardo D., *Recorriendo la historia del derecho*, Ecuador, Librería jurídica Cevallos, 2003, 431 pp.

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, EDESA, 1997, 717 pp.

ECO, Humberto, *El nombre de la rosa*.

UNIDAD 5

LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO EN LA EDAD MODERNA Y CONTEMPORANEA

Francisco Javier Ibarra Serrano

OBJETIVO PARTICULAR:

El alumno analizará las principales escuelas de al época moderna (renacimiento), así como los cambios del derecho al separarse de la concepción del derecho romano, el cual por mucho tiempo fue el que rigió en los reinos de Europa.

Conocerá también las ideas que influyeron en la creación de los códigos más importantes de Europa.

CONTENIDO TEMÁTICO.

5.1 ESCUELA FRANCESA.

El Renacimiento introduce una nueva movilidad física y espiritual en el ambiente heredado de la Edad Media en lugar de la seguridad anterior, impuesta por autoridades eclesiásticas, hallamos con el típico renacentista una duda de todo; los libros paganos entran de nuevo en circulación; los placeres mundanos sustituyen al ascetismo, y un arte sensual y realista toma el lugar del arte medieval místico y simbólico (Margadant, 2005:205).

Este Renacimiento ocurrido entre el año 1450 y el 1600, señala también el inicio de la Edad moderna. En Europa se vivió una época de importantes transformaciones en todos los órdenes como resultado de un notable crecimiento económico. Se transformó la concepción del ser humano y de la

sociedad. Se inicia también el capitalismo como modo de producción que sustituye al feudalismo. Se realizan los grandes descubrimientos geográficos. Ocurre la reforma religiosa con Lucero y Calvino. La ciencia tiene un notable avance con científicos como Copérnico, Kepler y Galileo Galilei. Surgen los grandes estados nacionales, cuestionándose los tribunales eclesiásticos y la aplicación del derecho canónico (Ibarra, 2004:63).

Con su aversión a la Edad Media y su entusiasmo por la antigüedad grecorromana, el renacimiento produjo varios juristas que rechazaron las reinterpretaciones hechas por los glosadores y los posglosadores. Estos juristas dirigieron su mirada al *Codex Theodosianus* y otras fuentes del derecho romano.

Esta tendencia no floreció en Italia en donde estaba tan arraigada la tradición de los posglosadores, sino que encontró su hogar en Francia, especialmente en la Universidad de Bourges.

Los primeros grandes autores de la escuela Humanista (escuela francesa) fueron Alciato (1492-1533), de origen italiano; el francés Budaeus (1467-1540) y Ulrich Zasius (1461-1535), que trabajaría después en Alemania (en Friburgo); sin embargo los principales representantes de esta tendencia fueron Cuyacius (1522-1590) y Donellus (1527-1591), quien emigro a Holanda y Alemania perseguido por razones religiosas (Margadant, 2005:212).

Estos humanistas del derecho son típicos hombres renacentistas, juristas profundos que constantemente trabajan con distintas materias (filología, filosofía, teología, historia). El impacto de esta actitud erudita, universitaria del *Moss Gallicus*, fue modesta. Los jueces y abogados querían el *Moss Italicus*, aquel derecho romano basado en las reinterpretaciones de los posglosadores.

En esta escuela creían que no era la tarea del jurista contemporáneo el “devolver a los antiguos romanos su propio derecho puro”, sino que convenía utilizar una reinterpretación del *Corpus Iuris*, generalmente aceptada y modernizada, a fin de perfeccionar la previsibilidad de las sentencias que emanaban de los tribunales (Margadant, 2005:215).

5.2 JUSNATURALISMO.

En el siglo XVII un movimiento de importancia creciente se presenta, el iusnaturalismo, que en esta fase de la historia se traslada del campo de la filosofía del derecho al del derecho positivo. Esto ya había sido planteado con anterioridad (antes de Sócrates), la intuición de un derecho natural superior al positivo; pero es hasta el siglo XVII y XVIII cuando surge, en la enseñanza universitaria y en la legislación, la idea de que sería posible elaborar un detallado derecho natural positivo, una legislación intrínsecamente justa, independiente de las condiciones especiales de cada país o periodo histórico. Algunos de sus mayores exponentes fueron: Hugo Grocio, Leibniz, Christian Wolff, Christian Thomasius y Jeremías Bentham (iusnaturalista racional).

Este movimiento iusnaturalista creó una actitud más libre, más crítica, frente a los textos del *Corpus Iuris*, y provocó, a la vez, un ambiente de mayor independencia frente a las diversas tentativas de sistematización del derecho que ofrece el *Corpus Iuris* (los sistemas de *Instituciones*, del *Digesto* y del *Codex* son distintos entre ellos, aparte de que ninguno de ellos es bueno). De este modo, el iusnaturalista, con su anhelo de crear un derecho intrínsecamente justo, deductivamente elaborado en todos sus detalles y plasmado luego en un sistema estrictamente lógico, contribuye al movimiento codificador, que produce sus primeros frutos a mediados del siglo XVIII (Margadant, 2005:243).

En la Escuela Clásica del Derecho Natural, creían en la posibilidad de un cuerpo de derecho eterno e inmutable, que la razón humana podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad. El postulado del que partían era que el hombre nace libre e independiente. Los derechos básicos del individuo (gozar de vida, libertad y propiedad) no debían ser disminuidos por la sociedad, porque esos derechos los había conferido Dios al hombre y eran anteriores a toda sociedad (González Díaz, 2004:192).

Con este acercamiento iusnaturalista al derecho, durante el siglo XVIII se mezclan elementos históricos e inclusive sociológicos, dando lugar a obras como la de Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, o la de Filangiero, *La Ciencia de la Legislación*. En materia penal, el iusnaturalismo racionalista florece con la figura del Marchese Cesare Beccaria (Margadant, 2005:244).

5.3 ESCUELA PRUSIANA.

Las primeras codificaciones modernas, promulgadas bajo la influencia del iusnaturalismo, fueron las de Baviera, elaboradas por W. X. A. von Kreittmayr: un código penal (*Codex Iuris Bavarici Criminalis*), de 1751; un código procesal (*Codex Iuris Bavarici Judiciarii*), de 1753, y un código civil (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*), de 1756, el menos acertado de los tres (Margadant, 2005:247).

En este periodo se encontraba el monarca Federico el Grande, el cual era considerado un déspota ilustrado, pero que también dio asilo a distintos filósofos y pensadores perseguidos en otros estados como era el caso de Voltaire. Esta escuela tuvo influencia de la corriente del despotismo ilustrado.

5.4 EL MOVIMIENTO DE CODIFICACIÓN DEL SIGLO XIX.

La palabra “código”, de probable origen náutico, hacía referencia de la Roma del Principado a un conjunto de tablillas de escribir unidas entre sí. De allí paso a ser un libro compuesto de cuadernillos, al estilo de los actuales, frente al “volumen” enrollado. Más tarde se denominaron así las compilaciones jurídicas, hasta que, aparecida la de Justiniano, el término quedó prácticamente congelado, por siglos, aplicado por antonomasia al Código de ese emperador.

Sin embargo, bajo la influencia del iusnaturalismo racionalista, desde fines del siglo XVIII, el vocablo se empezó a emplear para designar un libro, normalmente no grande, donde se publicase, en forma de ley única, ordenada y sistemática, escrita en lengua clara y comprensible, la totalidad de los preceptos relativos a una determinada porción del plexo normativo (civil, penal, etc.). La realización de estos cuerpos normativos se denomina “codificación” (Rabinovich-Berkman, 2003:264).

Los Códigos acabaron constituyendo el eslabón entre el iusnaturalismo racionalista y el positivismo de la exégesis, pues una vez en vigor, al ser textos resultantes de la positivización del derecho natural lógico, eran vistos como arquetipos del ordenamiento perfecto. A partir de allí, la tarea del jurista pasaba a restringirse a solo estudiarlos e interpretarlos (Rabinovich-Berkman, 2003:265).

5.5 CORRIENTES TEORICAS CONTEMPORANEAS.

Dos de las corrientes teóricas contemporáneas importantes fueron el Marxismo y el Positivismo, pero también se dio el historicismo jurídico presentado en tres corrientes: el filosófico, el político y el jurídico.

Hegel (1770-1831), filósofo alemán. Su teoría, en la que formula un idealismo absoluto, identifica lo racional de lo real, la ontología con la lógica.

Para Hegel la razón es el gobierno de las cosas del universo, situada ya no en el hombre sino en la Historia.

Respecto al origen del derecho Hegel afirma que al igual que todas las manifestaciones de la vida social, es producto de un proceso dinámico de evolución, en forma dialéctica: tesis, antítesis, síntesis (Ibarra, 2004:75). Esta teoría y sistematización del método dialéctico la realizó a partir de las aportaciones de Kant y Fichte (Paredes, 1998:412).

Hegel es el principal autor de la explicación dialéctica de los fenómenos: El espíritu humano establece una tesis, que se convierte en la idea rectora de una época determinada. Contra esta tesis se eleva una antítesis y de la lucha de ambas ideas resulta una síntesis que tiene elementos de las dos y las concilia en un plano más elevado. Este proceso se repite en la historia una y otra vez (Ibarra, 2004:75).

MARXISMO:

Es una doctrina y teoría social, económica y política basada en la obra de Karl Marx y sus seguidores, unida a dos ideologías y movimientos políticos: el socialismo y el comunismo.

Carlos Marx (1818-1883) cambia todas las formas del pensamiento, incluyendo al derecho. Su pensamiento tuvo la influencia de Hegel, L. Feuerbach (filósofo alemán) y Engels (Paredes, 1998:578). El Marxismo es: una filosofía, el materialismo dialéctico, y, una sociología, el materialismo histórico.

El materialismo dialéctico es la explicación de los fenómenos en base a principios como:

- Todo lo existente es materia.
- La materia siempre esta en movimiento.
- No existe materia sin movimiento ni movimiento sin materia.
- El movimiento es un autodinamismo impulsado por factores opuestos.
- Todo hecho nuevo es un cambio de cantidad en calidad.
- El cambio es siempre brusco.
- El hombre no es un fenómeno de excepción en la naturaleza.
- El hombre es un ser pensante.
- El conocimiento es para transformar.

El materialismo histórico es la aplicación de los principios del materialismo dialéctico en el análisis de la sociedad, en base a la existencia y lucha de las clases sociales (Ibarra, 2004:76).

Para el marxismo el Estado es la organización jurídica y política de la sociedad, reflejando su estructura y el régimen de su producción que prevalece en las relaciones entre las clases sociales. Como gobierno el Estado es el instrumento de la clase dominante.

El Derecho tiene la voluntad de la clase social dominante su fuente formal, por lo tanto el derecho es la expresión de la ideología clasista (Ibarra, 2004:77).

HISTORICISMO JURÍDICO:

Es un conjunto de doctrinas opuestas al derecho natural, se distinguieron tres grandes corrientes:

- *Historicismo filosófico*: sus principales exponentes fueron Schelling y Hegel; Shelling (1775-1854) afirma que el Estado es la creación más perfecta del espíritu, como unión de lo ideal y de lo real, de la libertad y la necesidad.
- *Historicismo político*: sus exponentes fueron Haller, Donoso y Muller; para el historicismo político el Derecho no es algo abstracto que se pueda descubrir deductivamente sino que es un hecho histórico que supone una tradición histórica.
- *Historicismo jurídico*: la escuela histórica del Derecho impulsada por Burke (1729-1797) y Savigny (1779-1861), tiene como base la idea de que el derecho vive prácticamente en la costumbre, como expresión directa de la conciencia jurídica popular. Para esta corriente del pensamiento jurídico todos los pueblos tienen espíritu, un alma propia, que se refleja en las manifestaciones como la moral, el arte y el Derecho. Se trata de hechos populares captados por los juristas y elaborado por los legisladores (Ibarra, 2004:77).

POSITIVISMO.

El positivismo se ubica en la segunda mitad del siglo XIX, en pleno desarrollo capitalista, y es el intento de aplicación del paradigma científico de las ciencias naturales en el ámbito de las ciencias sociales, en adelante lo científico será la verdad y su método la comprobación experimental; en el Derecho el positivismo significa validez de la norma, no importa si no es buena o justa, es decir, lo que importa es si la ley que se aplica es “legítima”, al margen de consideraciones éticas o de cualquier tipo, sus elementos son:

- Seguridad en la validez de la ciencia.
- Admisión de leyes naturales constantes.

- Uniformidad de las estructuras de la realidad.
- Continuidad en el tránsito de una ciencia a otra.
- Tendencia a la automatización y al mecanismo (Ibarra, 2004:81).

El positivismo jurídico se integra de dos corrientes: el *positivismo analítico*, que tiene como objetivo clasificar las normas jurídicas en un sistema de relaciones, de conexiones e interdependencia, siendo su única fuente el Estado; y el *positivismo sociológico*, el cual incluye en el análisis del derecho a las fuerzas sociales.

Se considera en el campo del derecho como fundador del positivismo a Augusto Comte (1798-1857); dentro de la corriente analítica también hicieron aportaciones importantes Jeremy Bentham (1784-1832) autor del Utilitarismo individualista; Rodolfo Von Jhering (1818-1892), autor de la Política de la fuerza; John Austin (1790-1859) autor de la Escuela Analítica; Hans Kelsen (1881-1943) autor de la Teoría pura del derecho; y en la corriente sociológica encontramos a Ludwing Gumplowicz (1832-1909), autor del positivismo sociológico; Gustavo Radbruch (1879-1949) autor de la Teoría relativista del Derecho; y Roscoe Pound (1870-1964).

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Elaboración de un ensayo de los temas de la unidad.

Hacer lectura comentada de los textos sugeridos por el docente.

Exposición de los alumnos de algún tema de la unidad.

Realización de cuadros sinópticos de las corrientes teóricas analizadas en la unidad.

AUTOEVALUACIÓN.

1° ¿Cuáles fueron las aportaciones de la Escuela francesa (*Moss Gallicus*)?

2° ¿Qué es el iusnaturalismo?

3° ¿Cuáles fueron las aportaciones de la escuela prusiana?

4° ¿En qué consistió el movimiento de codificación del siglo XIX?

5° ¿Cuáles son las principales teorías contemporáneas?

6° Completar el siguiente cuadro:

PERSONAJE	CORRIENTE TEÓRICA A LA QUE PERTENECE	IDEAS Y APORTACIONES DEL DERECHO
HEGEL		
MARX		
SHELLING		

MULLER		
BURKE		
COMTE		
BENTHAM		
VON JHERING		
AUSTIN		
KELSEN		

BIBLIOGRAFÍA.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia general del derecho*, México, Porrúa, 2005, 483 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, Morelia, Escuela Normal Superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

UNIDAD 6

OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

Margarita Alejandra Ramírez Gil

OBJETIVO PARTICULAR:

En esta unidad el alumno conocerá la forma de aplicar el derecho en tres sociedades diferentes, pero que han influido en el mundo de manera trascendental.

CONTENIDO TEMÁTICO.

6.1 DERECHO ISLÁMICO: FUENTES Y CARACTERÍSTICAS.

En el mundo islámico, el cual comprende ahora aproximadamente mil millones de habitantes, existe una perpetua y profunda compenetración de la vida religiosa con la actividad social, incluyendo la actividad económica y jurídica.

En las fuentes teológicas del Islam encontramos la base jurídica de la que los especialistas han destilado, durante varios siglos, el derecho islámico, que cuenta con una gran cantidad de variantes contra un fondo común. Por su íntima relación con la religión mahometana, se trata de un derecho que generalmente es considerado inaplicable a los no creyentes (Margadant, 2005:384).

Sus fuentes son: el *Corán*, revelado por Mahoma entre los años 610 y 632 de nuestra era; y la *Sunna*, conjunto de anécdotas (hadiths) acerca de la vida y las enseñanzas de Mahoma. Una tercera fuente es la *Idjma*, doctrina

unánime respecto de puntos esenciales, elaborada por los eruditos del mundo islámico (Margadant, 2005:384).

Dentro de las características de este derecho encontramos que desde el siglo X ya no se permite recurrir la Corán ni a la Sunna para llegar a resultados incompatibles con la Idjma. Sin embargo, por analogía con las reglas del derecho ortodoxo (Fikh), sigue siendo posible el incremento de los principios abstractos y las normas concretas de este derecho. Esta explicación de la analogía se llama el Kinas.

A pesar de unos rasgos poco convincentes, como el deber de cada príncipe de “preparar” (cuando menos) una vez al año una “guerra santa”, y la ley del Talión, se trata de un derecho con aspectos humanitarios, pero con un gran inconveniente: el Fikh es todavía un derecho riguroso tradicionalista; insiste en la inferioridad social y jurídica de la mujer, que se manifiesta en el hecho de que a las hijas les corresponda por vía legítima sólo el 50% de la cuota de cada hijo; admite la poligamia (con un límite de cuatro esposas), y el repudio por parte del marido; rechaza las consecuencias jurídicas de la paternidad ilegítima; ordena que las deudas se extingan con la muerte del deudor, etc.; rasgos incompatibles con el ambiente del siglo XX (Margadant, 2005:385).

El derecho islámico muestra los inconvenientes de un sistema basado en una revelación divina, y por tanto intocable, que ahora se encuentra en discordancia con las más obvias ideas del progreso social.

6.2 COMMON LAW.

Durante el reinado de Enrique II de Inglaterra, se da la creación de un derecho común, con jueces itinerantes, empezó a comparar las costumbres locales entre sí escogiendo lo mejor y conformando así el derecho común unificado: Common Law.

Enrique II reformó las leyes del reino buscando debilitar a la nobleza. Para ello dio a los campesinos mayores recursos contra los abusos de la nobleza, y sustituyó el servicio militar de la nobleza por el ‘impuesto de escudo’, con el cual organizó un ejército mercenario bajo sus órdenes.

El Common Law o derecho consuetudinario, es el término usado para referirse al grupo de normas y reglas de carácter jurídico no escritas, pero sancionadas por la costumbre o la jurisprudencia, que son fundamento ineludible del derecho en los países anglosajones.

El nombre deriva de la concepción del derecho medieval inglés, al ser administrado por los tribunales del reino, reflejaba las costumbres comunes (del inglés ‘common’) en él imperantes o vigentes. Este sistema legal rige en Inglaterra y en todos los países que, como Canadá o Estados Unidos, fueron colonias británicas.

El principio en el que se basa el common law es que en los casos se deben resolver tomando como referencia las sentencias judiciales previstas, en vez de someterse en exclusiva a las leyes escritas realizadas por los cuerpos legislativos. Este principio es el que distingue el common law del sistema del Derecho continental europeo y del resto de los países. Mientras que en el ámbito jurídico continental, los jueces resuelven los casos fundamentando sus sentencias en preceptos legales fijados con antelación, en el common law, los jueces se centran más en los hechos del caso concreto para llegar a un resultado justo y equitativo para los litigantes.

6.3 DERECHO SOCIALISTA.

El pensamiento marxista influyó en los gobiernos del siglo XX de distintas formas; la interpretación marxista del derecho fue tomada como credo oficial por la Rusia Soviética. Los juristas desarrollaron su idea sosteniendo en la base de sus doctrinas que el derecho es un mero reflejo de las condiciones económicas. La concepción clasista fue utilizada por el gobierno como justificación para adoptar una política de la dictadura del proletariado (González Díaz, 2004:248).

El jurista ruso E. V. Paschukanis dice que “el derecho soviético corresponde a los intereses del proletariado organizado como clase gobernante; el derecho es un sistema de relaciones sociales que corresponden a los intereses de la clase gobernante y que está sostenido por el poder organizado (el Estado)”.

Derecho y Estado, no son sino instrumentos para aplastar a las clases antagónicas. La doctrina da base para la “liquidación” de los enemigos y para el establecimiento de un control rígido. El periodo de la dictadura proletaria, es, sin embargo, transitorio, pues cuando se establezca el comunismo no serían necesarios ni el derecho ni el Estado. La realidad es otra, ya que no puede concebirse una sociedad sin derecho (González Díaz, 2004:249).

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Elaborar un reporte sobre los temas de la unidad.

Exposición oral de los alumnos.

Trabajo en equipo.

AUTOEVALUACIÓN.

1º Explicar en que consiste el derecho islámico.

2º ¿Cuáles son las fuentes del derecho islámico?

3º ¿En qué consiste el Common law?

4º ¿Qué es el derecho socialista?

BIBLIOGRAFÍA.

GONZÁLEZ Díaz Lombardo, Francisco, *Compendio de historia del derecho y del estado*, México, Limusa, 2004, 365 pp.

MARGADANT, Guillermo F., *Panorama de la historia general del derecho*, México, Porrúa, 2005, 483 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, Morelia, Escuela Normal Superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

SEGUNDA PARTE

UNIDAD 7

DERECHO PRECORTESIANO.

OBJETIVO PARTICULAR:

El alumno será capaz de identificar y comparar los antecedentes de la cultura indígena en el área mesoamericana. Así como conocer la supervivencia de los sistemas de organización, justicia y derecho indígenas en los primeros años posteriores a la conquista.

CONTENIDO TEMÁTICO.

7.1 INSTITUCIONES JURÍDICAS CORRESPONDIENTES A LAS CULTURAS AZTECA, MAYA Y TARASCA.

El conocimiento del derecho en las culturas indígenas se puede considerar escaso, debido a distintos factores como su carácter consuetudinario, la destrucción de los testimonios, y la adopción de nuevos sistemas a partir de la conquista (Ibarra, 2004:101).

En la ubicación temporal México vivió tres diferentes horizontes culturales:

PRECLÁSICO: (2000 a. C. – 200 d.C.) que comprende el lapso que va desde el descubrimiento de la agricultura y el establecimiento de las primeras aldeas hasta el desarrollo de los centros ceremoniales y de gobierno (olmecas). Existen mercados y rutas comerciales, se inventa la escritura en amate y el calendario; se tienen conocimientos de astronomía.

CLÁSICO: (200 – 800 d.C.), durante el cual florecieron las ciudades y civilizaciones teocráticas. Con un gran desarrollo social, económico, político, jurídico y cultural.

POSCLÁSICO: (800 – 1521) las sociedades teocráticas se convirtieron en guerreras, surgieron varios estados y destacan: toltecas, chichimecas, purepechas y mexicas.

DERECHO MAYA:

Ubicación histórica y geográfica: entre los siglos III y XVI d. C., en la península de Yucatán floreció la civilización considerada como la mas brillante del mundo precolombino; la maya. Abarcó los actuales estados de Yucatán, Campeche y Tabasco, Quintana Roo y la mitad oriental de Chiapas en México, el Petén en Guatemala, el occidente de Honduras y Belice.

Las ciudades de Chichón Itzá, Uxmal y Mazapán, controlaban la mayor parte de la península y abarcaban mucho más que el área agrícola que las rodeaba.

Organización política: el gobierno estaba encabezado por un cacique territorial, cargo que era hereditario dentro de una única familia. Se le denominaba halach In o ahau. Entre sus facultades se encontraban las de formular la política exterior de la comunidad, y era auxiliado por un consejo que integraban los principales jefes, los sacerdotes y los concejeros especiales. El cacique nombraba a los jefes de los pueblos y aldeas y se considera que pudo haber sido la autoridad religiosa más importante, por lo que es posible afirmar que las ciudades mayas tuvieron una forma de gobierno teocrática en la que la autoridad política y la religiosa se concentraban en un solo individuo (Cruz Barney, 2004:5).

Clases sociales: la sociedad maya se integraba por las siguientes clases sociales: la nobleza (el gobernante y su familia, caciques), la burocracia administrativa (funcionarios de alto nivel y sacerdotes), la burocracia

ejecutiva (funcionarios menores), los intelectuales (sacerdotes, arquitectos, escribas, militares y comerciantes), los artesanos (se incluyen los albañiles, canteros y pintores), los plebeyos (agricultores), y los esclavos.

Matrimonio: era una institución consolidada ritualmente y esencial en la vida comunitaria, de carácter matriarcal y permanente, por lo que se entiende que las mujeres interpretaron un papel importante en la sociedad. La edad propia para casarse eran de 18 años los varones y de 14 las mujeres, no podían contraer matrimonio entre sí aquellos que llevaran el mismo apellido (Cruz Barney, 2004:8).

Derecho penal: los mayas consideraban delitos el robo, el homicidio, el adulterio y la lesa majestad; el castigo consistía en una pena igual al crimen cometido. El robo se castigaba con la esclavitud hasta que el ladrón pagara su deuda; el homicidio se penaba con la muerte, aun cuando hubiera sido accidental, a menos que la parentela estuviera dispuesta a indemnizar a los deudos. Igual pena merecía el adulterio (Cruz Barney, 2004:8).

DERECHO AZTECA:

Ubicación histórica y geográfica: el origen del pueblo azteca no está del todo definido. Según sus mitos, provienen de un lugar llamado Aztlán, ubicado posiblemente en el norte mesoamericano. Según la profecía tribal, por orden del dios Huitzilopochtli este pueblo debía migrar y establecerse en una isla donde vieran su señal, la cual se manifestaría en un águila que se posaba sobre un nopal comiéndose a una serpiente. Después de vagar por tierras mexicanas llegaron al valle de México donde, finalmente en el año de 1325, ven la señal en el lago de Texcoco.

Se establecieron en el lago de Texcoco y fundaron la ciudad de Tenochtitlán, que significa “donde está el nopal silvestre” (Angulo, 1999:364).

El islote ocupado pertenecía a Azcapotzalco, situación que obligó a los mexicas a convertirse en vasallos y a pagar tributo. Existía además el señorío acolhua de Texcoco, que a finales del siglo XIV se convirtió en la principal potencia de la zona (Cruz Barney, 2004:11).

A finales del siglo XV el Imperio azteca alcanzó su máxima extensión y recibía enormes cantidades de materias primas y productos como tributo de los pueblos conquistados.

Organización política: el imperio azteca era una confederación de tribus, México-Tenochtitlán, Texcoco y Tlacopan no eran las capitales de tres reinos, sino el asiento de tres tribus cuyos jefes militares o Tecuhtlis eran electos por un consejo de jefes.

El monarca o Tlatoani recibía su poder de Dios y era el responsable de la justicia y buen gobierno de su pueblo; tenía también la facultad de administrar y dictar las leyes para su gobierno. Lo elegía una asamblea en la que participaban los más distinguidos representantes de la comunidad (Cruz Barney, 2004:12).

Clases sociales: los grupos sociales eran la nobleza (la milicia real, la alta burocracia), los sacerdotes, los militares (aquellos que no habían podido acceder a la nobleza), los mercaderes y comerciantes, los artesanos, los macehuales (gente común), los esclavos o tlacolli, los tlamemes (cargadores de oficio) y los mayeques (labradores).

Familia y matrimonio: la familia estaba fincada tanto en el matrimonio definitivo como en el provisional y en el concubinato. Se fundaba en la potestad del padre por lo que se considera que la familia era patriarcal; sin embargo esto no significa una oposición de inferioridad de la mujer frente al varón. Se permitía el divorcio, aunque con reticencia por parte de las autoridades (Cruz Barney, 2004:23).

Derecho penal: existía una conciencia de respeto al orden jurídico y a la moral. Las penas eran muy graves y la muerte se imponía al ciudadano que atentaba contra los intereses colectivos. La sanción se aplicaba según el hecho de la realización del delito, más que en función del delito considerado en sí mismo, de ahí que se aplicara la pena de muerte a delitos tales como los robos en el mercado.

Los tribunales: en los tribunales mexicas había un supremo magistrado, nombrado por el rey, sus sentencias no admitían apelación, nombraba a jueces menores. Como el tribunal del Tlalcatcatl, especie de audiencia compuesta por tres jueces con un presidente, juzgaban causas civiles y penales en primera instancia, dictando sentencia el mismo día, que era publicada por el pregonero y ejecutada por el cuauhnochtli (Ibarra, 2004:106).

Este tribunal tenía en cada barrio un lugarteniente teuctli, elegido por el barrio anualmente, diariamente informaba al magistrado y cumplía las órdenes de éste. Se auxiliaba de un inspector que vigilaba la conducta de las familias del barrio informando a los magistrados. También había notificadotes y alguaciles. En los juicios las partes eran escuchadas sin intervención de abogados (Ibarra, 2004:106).

El procedimiento de los juicios: el procedimiento era oral, levantándose a veces un protocolo mediante jeroglíficos. Las principales sentencias fueron registradas en pictografías, y luego conservadas en archivos oficiales. El proceso no podía durar más de ochenta días; las pruebas eran la testimonial, la confesional, presunciones, careos, a veces la documental (hubo mapas con linderos) y posiblemente el juramento liberatorio (Floris Margadant, 1994:34).

DERECHO TARASCO:

Ubicación histórica y geográfica: la cultura purepecha se ubica en el periodo posclásico (900-1521); el territorio de Michoacán se fue poblando con diferentes grupos de indígenas: los otomíes, los mazahuas y matlazincas vivieron en el este, los tecos en el oeste, los huachichiles en el norte, los nahoas y cuauhcomecas en el suroeste y los michoques en las orillas del lago de Pátzcuaro. Tiempo después llegaron los purepechas (Sánchez, 1996:41).

Organización política: con el paso de los años, los gobernantes tarascos llamados *irecha*, construyeron un complejo sistema de organización política, que sirvió de base para la formación de un estado teocrático militar. Entre la jerarquía política administrativa predominante entre los tarascos sobresalía el cargo del *irecha* o *cazonci*, el jefe supremo en lo político, administrativo y militar, al tiempo que se asumía como gran sacerdote del dios *Curicaveri*. Una vez ganados nuevos territorios mediante las guerras de conquista, el *irecha* en turno designaba gobernadores que tenían la función de resguardar y ampliar las cuatro fronteras del reino (Ochoa, 2003:26).

Clases sociales: en primer lugar se encuentran los *achaecha* o señores (burócratas, gobernantes, militares y religiosos), gobernador, capitán general, diputados o mayordomos mayores, agricultores, pescadores, artesanos, mercaderes y esclavos.

Matrimonio: se acostumbró el matrimonio entre parientes.

Tenencia de la tierra: entre los tarascos la tenencia de la tierra y su explotación desempeñó un papel importante para su desarrollo económico y social, por tratarse de un pueblo sedentario cuya economía tenía su base en la agricultura; además el control de la tierra permitía a un grupo reducido mantener su dominio sobre los demás estratos de la sociedad. El control de la tierra y su aprovechamiento para una diversidad de cultivos favoreció al

pueblo tarasco consolidarse económica y militarmente y así pudo hacer frente a la hegemonía que los mexicas ejercían sobre los pueblos mesoamericanos. El cazonci era el verdadero dueño de la tierra, pues ésta era conquistada para ensanchar los dominios del dios Curicaveri (Ochoa, 2003:27).

Derecho penal: en su normatividad penal a la cuarta falta procedía el sacrificio, se consideraban faltas graves el adulterio, no traer leña para las fogatas a los dioses, ser espía, desertor, vagabundo o mal médico (Ibarra, 2004:111).

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Exposición en equipos.

Hacer un reporte de los temas de la unidad.

Realizar lectura de los textos sugeridos por el docente.

Elaborar cuadros sinópticos

AUTOEVALUACIÓN.

Completar el siguiente cuadro:

CULTURA	UBICACIÓN	ORGANIZACIÓN POLÍTICA	CLASES SOCIALES Y MATRIMONIO	DERECHO PENAL
MAYAS				
AZTECAS				
TARASCOS				

BIBLIOGRAFÍA.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, Morelia, Escuela Normal Superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

CRUZ Barney, Oscar, *historia del derecho en México*, México, Oxford, 2005, 1042 pp.

FLORIS Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Esfinge, 1994, 296 pp.

INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo 2 D-G, México, Porrúa, UNAM, 1998, 1602 pp.

DELGADO de Cantú, Gloria, *Gran historia de México*, Tomo 2, México, Alambra Mexicana, 1996, 569 pp.

SANCHEZ Sandoval, Fidel, *Michoacán, dinámica social*, Zitácuaro, Ediciones pedagógicas, 1996, 149 pp.

OCHOA Serrano, Álvaro y Gerardo Sánchez Díaz, *Breve historia de Michoacán*, México, FCE, Colmex, 2003, 288 pp.

COLÉGIO DE MÉXICO, *Historia general de México*, México, Colmex, Centro de Estudios Históricos, 2000, 1104 pp.

FLORESCANO, Enrique, coordinador, *Historia general de Michoacán*, México, Instituto Michoacano de Cultura, 1989.

UNIDAD 8

DERECHO NOVOHISPANO

Francisco Javier Ibarra Serrano y

Ma. Elena Pineda Solorio

OBJETIVO PARTICULAR:

El alumno conocerá y reseñará el desarrollo histórico de las principales figuras jurídicas existentes en el derecho Novohispano, además de identificar las aportaciones jurídicas más relevantes.

CONTENIDO TEMÁTICO.

8.1 DEL DERECHO DE CONQUISTA.

Los Justos Títulos Territoriales

Dos de los problemas de mayor importancia que surgen con motivo del descubrimiento de las Indias Occidentales por Colón, son los llamados problemas de los "Justos Títulos". Ellos se pueden clasificar o distinguir en dos:

- 1) ¿Cuál es el Derecho de la Monarquía Castellana-hispánica a hacerse con el dominio propiedad de las nuevas tierras? y,
- 2) ¿Cuál es la condición jurídica de los naturales de las Indias?.

Las siguientes explicaciones tienen por objeto dar una respuesta frente a ambas interrogantes:

LOS JUSTOS TÍTULOS TERRITORIALES

El problema radica en determinar cuáles son los precisos derechos de la Corona sobre las tierras descubiertas. Es decir, cuáles son los derechos de soberanía que pueden invocarse sobre las nuevas tierras para incorporarlas a la Corona Castellana. En verdad, lo que pudiera parecer cuestión puramente formal, tuvo en su momento ciertas implicancias políticas y jurídicas de la mayor gravedad, ello por la existencia de rivalidades políticas entre Castilla y el reino vecino de Portugal y por la competencia marítima entre ambas potencias.

En 1479 se había suscrito el **Tratado Alcaçovas Toledo** llamado: "Paces de Toledo" entre Castilla y Portugal, por el cual se establecía la exclusividad portuguesa sobre la Costa Africana y las Islas Azores y se dejaba en poder de Castilla a las Islas Canarias. En virtud del mismo, Castilla renunciaba a la navegación ultramarina en los territorios situados al occidente de las Costas Africanas, sobre las cuales Portugal sostenía una natural proyección. Este tratado fue confirmado por el papa Sixto IV, mediante la **bula Aeterni Regis** de 1481.

Cuando Colón descubre las Indias se produce un nuevo conflicto entre ambos países, por la soberanía sobre las nuevas tierras. El rey de Portugal, Juan II, declara que los territorios descubiertos pertenecían a Portugal, en virtud de las Paces de Toledo. Para ello alegaba que sus derechos sobre la costa occidental de África le darían a Portugal una proyección natural hacia Occidente. Tal conclusión no fue tolerada por la corona castellana, que consideraba que las nuevas tierras le pertenecían por formar parte de su área de influencia. Además el tratado no decía nada respecto de las tierras occidentales. Por ello, de inmediato se recurre al Papa a fin de confirmar su dominio.

Cabe preguntarse la razón de la intervención del romano pontífice en estas cuestiones. La respuesta esbozada brevemente radica en la concepción teocrática del poder papal vigente a fines del siglo XV en Europa. La Europa de aquella época es aún oficialmente "cristiandad", según la concepción medieval. Ser europeo no significa nada, a la sociedad se entra y permanece en ella por la fe, el bautismo y el jefe de la Iglesia Católica, tiene por tanto, primacía sobre todos los hombres, incluyendo a los príncipes cristianos, entre los que figuran el rey de Portugal y los Reyes Católicos.

Se reconoce entonces en el papa, a la cúspide de una "teocracia", pues el conserva, aunque en decadencia, el poder de coronar al emperador y a los reyes y de retirarles su legitimidad si violan la ley de Dios. Tiene, en síntesis, el llamado "Dominium Orbis", el dominio del mundo en su calidad de vicario de Jesucristo en la tierra. Este dominio se apoyaba también en el documento conocido como "Donación Constantina", en virtud del cual el emperador Constantino al abandonar Roma por Bizancio, habría donado al papa, la totalidad de las tierras occidentales del imperio y las islas del mar océano. En esta época no se cuestionaba su validez, aunque siglos más tarde se descubrió que el documento era falso.

Los antecedentes indicados brindan al Papa un poder casi ilimitado que pierde sino hasta el comienzo de la Reforma protestante hacia mediados del siglo XVI. El mayor defensor de este poder papal en la época fue el Cardenal Enrique de Susa, Cardenal de Ostia, el "Ostiense", quien afirmaba la plena validez del "dominio universal temporal del Papa".

Por su parte las 7 Partidas, establecían como formas de ganar un reino: 1º La Herencia, 2º Por elección, 3º Por matrimonio, **4º Por donación del Papa.**

Por lo demás esta política de acudir al papa en caso de conflicto, tenía antecedentes en la propia Castilla, que en 1344 había obtenido del papa Clemente VI la donación de la Soberanía sobre las Islas Canarias en la

persona del Infante don Luis de la Cerda, para fundar el llamado "Principado de la Fortuna", y el mismo Portugal, que había obtenido en 1455 del papa Nicolás V, la concesión de una Bula "Romanus Pontifex" que le concedía el monopolio marítimo entre el cabo Bojador y Num y la bula "Inter cetera, de Calixto III, de 1466, que confería a Portugal una serie de derechos sobre la organización de la Iglesia en las tierras descubiertas.

Los Reyes Católicos hacen valer ante el Papa los argumentos jurídicos tradicionales para justificar su dominio sobre las Indias:

- El Descubrimiento: reconocido como un título válido para adquirir territorios.
- La Ocupación: Modo de adquirir el dominio de los bienes del Derecho Civil.
- La Conquista: Título bélico en virtud del cual el vencedor reclama las tierras del vencido;
- La Guerra Justa: Guerra realizada contra infieles o quienes realizasen prácticas irreligiosas.
- La Donación, que solicitan al Papa en virtud de su condición de príncipes cristianos (habían obtenido el título de católicos por su defensa de la fe en la guerra contra los moros de Granada).

El Papa Alejandro VI, de Borgia (familia de origen español), concede a los Reyes Católicos el dominio de las Indias mediante una serie de Bulas conocidas como Bulas Alejandrinas o Castellanas o Intercaeteras que son las siguientes:

1. **Bula "Intercaetera"** de 3 de mayo de 1493: Estableció el dominio de los Reyes Católicos y sus sucesores y herederos sobre las tierras descubiertas y por descubrir que no tuviesen un señor cristiano. Es una bula de DONACIÓN. *Y de Donación Personal a la Corona*

Castellana y no a la entidad política o Estado Español. Como se la juzga insuficiente, al día siguiente se dicta la;

2. **Bula "Intercaetera"** de 4 de mayo de 1493: Confirma la donación y traza una línea demarcatoria que va de polo a polo 100 leguas al oeste de las Azores y Cabo Verde. Además establece la obligación de los Reyes Católicos de enviar a sacerdotes a evangelizar a los naturales de las Indias, es decir un MODO o CONDICIÓN; se conceden las Indias bajo condición de evangelizar a sus moradores.
3. **Bula "Eximiae Devotionis"**, del 4 de mayo de 1493, concede a los Reyes Católicos y sus herederos o sucesores iguales derechos y privilegios que a los Reyes Portugueses en virtud de la Bula Intercaetera: Organización y patronato sobre la Iglesia de Indias. Junto a la posterior bula "Universalis Ecclesia" de 1508, funda y origina el Régimen de PATRONATO INDIANO.
4. **Bula "Piis Fidelium"**, de 25 de junio de 1493, que trata sobre la expansión del cristianismo en los territorios descubiertos y designa a un vicario apostólico.
5. **Bula "Dudum Siquidem"**, de 26 de septiembre de 1493, concede a los Reyes Católicos y a sus herederos y sucesores las tierras que sus navegantes descubran hacia el Oriente y sobre las cuales no tengan dominio otros príncipes cristianos: Complementa la Intercaetera II y amplía la proyección española frente al oriente.

La corona portuguesa no quedó satisfecha por la línea demarcatoria de la segunda Bula Intercaetera, por lo que entró en negociaciones directas con los Reyes Católicos, negociaciones que conducen a la celebración del **Tratado de Tordesillas** del 7 de junio de 1494 mediante el cual la línea demarcatoria de la segunda Bula Intercaetera, fue desplazada hasta 370 leguas al Oeste de las Azores y Cabo Verde. Esto hizo posible que dentro de la zona de

influencia portuguesa, quedase incluida la parte oriental de Brasil, que será descubierto en 1500 por el navegante Pedro Álvares Cabral.

El Tratado de Tordesillas, fue confirmado más tarde por Bula concedida por el Papa Julio II, en 1506.

La cuestión de los títulos territoriales queda zanjada definitivamente por la celebración del Tratado de Zaragoza de 1529, acordado entre Juan III de Portugal y el nieto de los Reyes Católicos, el Emperador Carlos V. Luego del viaje de Magallanes y de la vuelta al mundo por parte de su piloto Juan Sebastián Elcano, surge el conflicto por el dominio sobre las Islas Molucas, situadas en el extremo oriente y fuente de una gran riqueza especiera. Al fin el Emperador, acuerda ceder las Molucas a Portugal a cambio de una fuerte suma de oro que le permitiese financiar sus guerras europeas. Se traza una segunda línea demarcatoria, complementaria de la de la segunda Bula Intercaetera y las Molucas quedan para Portugal, pero las Filipinas permanecen dentro del área Castellana.

Con lo indicado, queda en claro que los justos títulos aceptados por la Corona Castellana, fueron: el Descubrimiento, las Bulas Alejandrinas y los tratados suscritos por ella con Portugal.

Debe aclararse, finalmente, que la actitud de las demás cortes cristianas frente a este virtual reparto del mundo entre Castilla y Portugal, no fue adversa en cuanto a cuestionar frontalmente el poder del Papa para repartir las zonas y en definitiva se limitó a reconocer en los hechos la política llevada a cabo por la Santa Sede. Un ejemplo de esta actitud, la encontramos en Francisco I de Francia, quien no se opuso en forma activa a la repartición, pese a sus grandes querellas contra el Emperador Carlos V, limitándose a ironizar burlescamente diciendo que *"me gustaría ver la cláusula del testamento de Adán que reservó a los reyes españoles la propiedad de Océano"*. En verdad, el primer gran cuestionamiento sobre la legitimidad e la

política española en Indias vino desde otra perspectiva, y desde el interior de la misma sociedad indiana, a partir de un sermón pronunciado en una pequeña Iglesia de Santo Domingo en diciembre de 1511, como veremos en seguida.

LOS JUSTOS TÍTULOS PERSONALES

Esta segunda cuestión tiene una directa vinculación con la anterior y se refiere, una vez determinados los títulos de la anexión de las Indias a la Corona, a esclarecer las justificaciones morales sobre la condición de los naturales de esas tierras. Y sobre las políticas que el estado español les aplicará en lo futuro.

Desde la llegada de Colón a las Indias esta es una cuestión de la mayor importancia. Deben recordarse al respecto, los problemas del Almirante relativos a su gobierno y a las medidas extremas que se vio obligado a adoptar en ciertos casos (la condena a muerte y reducción a la esclavitud de numerosos naturales , debido a los motines y revueltas promovidos contra el nuevo domino) que conducirán más tarde al rey don Fernando el Católico a revocar las capitulaciones de Santa Fe, por haber Colón asumido funciones que no le pertenecían (como se recordará, las capitulaciones no podían transferir facultades judiciales , sino únicamente de gobierno y ciertas competencias legislativas. Lo judicial quedaba reservado al monarca y a sus representantes directos).

En el Codicilo de su Testamento, la reina Isabel la Católica, manda preocuparse especialmente por la protección y la cristianización de los naturales de las Indias. Ello guarda directa concordancia con la obligación o modo con que el Papa Alejandro concede las Indias a los Reyes, es decir con la obligación de evangelizar a los indios en los preceptos de la Santa Fe Católica Romana.

Los abusos de los conquistadores con los naturales fueron numerosos y cada vez más extendidos, sin que la Corona tomase una actitud definida respecto de ellos.

Sin embargo, el tercer domingo de adviento de 1511, el 14 de diciembre de ese año, en una pequeña Iglesia de Santo Domingo, un religioso Dominicano, fray Antonio de Montesinos pronuncia una dura homilía (preparado previamente por miembros de su orden) en contra de los abusos a que se sometía a los indígenas, usando de una frase del Evangelio: "Ego vox clamantis in deserto". Yo soy la voz que clama desde el desierto.

El escándalo provocado por este sermón no demoró en llegar a oídos de la Corte del Rey Católico, y la Corona decidió someter la cuestión al pronunciamiento de una "Junta" de juristas y teólogos expertos. Esta fue la llamada Junta de Burgos, por haberse convocado en esa ciudad castellana.

Debe considerarse, sin embargo, cuales son las razones que llevan a la Corona Española a optar por una solución de esta naturaleza. Es decir, no resulta fácil encontrar ejemplos de gobernantes que deleguen asuntos de tal importancia política en las manos de los juristas. En efecto, esta actitud se diferencia notablemente respecto de las políticas seguidas por otras potencias coloniales europeas, como Inglaterra y Holanda, varios siglos más tarde, allí el tema de los derechos de las poblaciones nativas, fue resuelto por los gobernantes, decidiendo su inmediata esclavitud y el liso y llano exterminio. En tal sentido se ha indicado correctamente por algunos historiadores estadounidenses, que mientras la Conquista de la América Española se hizo con el Nuevo Testamento, la de América del Norte se hizo con el Antiguo, es decir, con la política de un pueblo elegido (Inglaterra) que debía acabar con los demás "Para quienes están educados en la tradición inglesa (según el historiador norteamericano Lewis Hanke, citado por don Jaime Eyzaguirre en su Historia del Derecho, pág. 134) la gran atención

prestada por los españoles a la base legal de su dominación podrá parecer curiosa y extraña. Ciertamente son pocos los ejemplos que podrán descubrirse en la historia colonial de Estados Unidos de la preocupación inglesa por semejantes cuestiones. Roger Williams, el revolucionario de Rhode Island, compuso un manuscrito en el que discutía el derecho de Plymouth a las tierras de los indios, como no fuera por compra directa en venta voluntaria; pero los principales y ministros de Boston condenaron estos "errores y suposiciones en lo que podía esconderse la traición", y Williams escribió "muy sumisamente" al gobernador Winthrop ofreciendo quemar parte del manuscrito o su totalidad.

Por ello resulta ciertamente sorprendente para nuestros ojos, la política de los Reyes castellanos que por propia iniciativa sometieron la cuestión a los expertos y luego se sometieron a sus conclusiones.

LAS LEYES DE BURGOS

El fundamento de la política trazada por la Junta de Burgos, fue considerar que el único título jurídico que legitimaba el proceso de incorporación de las Indias al dominio de la Corona Castellana, era: *"la concesión que, mirando al bien espiritual de aquellos pueblos...les había otorgado la Santa Sede"*. En las palabras de Palacios Rubios, destacado miembro de la Junta, en una carta escrita al rey: *"Esta donación fue necesaria, porque sin ella ni Vuestra Majestad ni ningún otro príncipe secular podía ocupar aquellas islas o hacerles guerra"*.

Los acuerdos de la Junta se tradujeron en las llamadas **Leyes de Burgos** dictadas entre 1512 y 1513, como *"Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los yndios"*.

Las Leyes de Burgos están compuestas por un total de 35 leyes o normas dictadas el 27 de diciembre de 1512 y cuatro leyes complementarias dictadas por orden de la Reina Juana, en Valladolid en 1513. Las leyes contienen un conjunto normativo de gran importancia para la protección de los indígenas: Entre otras materias tratan las siguientes:

- Buen trato que debe dispensarse a los indios.
- Habitación indígena.
- Dieta (pan y ajo diario, los domingos carne guisada).
- Creación de nuevos poblados cristianos, abandono de los antiguos.
- Instrucción de los indios en los Sagrados Sacramentos.
- Nupcias.
- Trabajo por turno en las Minas.
- Prohibición total del trabajo de la mujer embarazada.

Las cuatro leyes complementarias fueron dictadas a instancias del superior de los dominicos que estimó incompletas las protecciones diseñadas, por lo que el 28 de julio de 1513 se dicta la "*Aclaración de las Leyes de Indias*" compuesta por 4 Leyes que reglamentan:

- Protección adicional a las mujeres y niños. Prohibe trabajo de mujeres y niños menores de 14 años.
- Obligación de usar vestimenta.
- Los niños podían ser instruidos en el comercio.
- Los indios debían trabajar 9 meses al año para los españoles y los 3 restantes en sus propios terrenos o a sueldo por los españoles.
- Trabajo por turno en las Minas.
- Prohibición total del trabajo de la mujer embarazada.

Se funda la encomienda con sus caracteres de institución laboral, económica y religiosa. Ella reemplaza al antiguo "repartimiento de Indios". Por su importancia, esta institución será tratada separadamente.

Cupos de indios que se entregan a cada encomendero.

Sucesión de las encomiendas.

Se encarga la Redacción de un "Requerimiento".

Sobre este último punto deben explicarse sus alcances y aplicación práctica:

EL REQUERIMIENTO DE PALACIOS RUBIOS

El fundamento de este curioso documento reside en la suposición por parte de la Junta, de que si los indios se resistían a la dominación española, ello era debido a su ignorancia acerca de la donación papal de las Indias a la Corona Castellana, por lo que lo único que había que hacer era explicarles su contenido. Por ello se encargó al jurista don Juan Nicolás López de Palacios Rubios, el redactar un documento que debía ser intimado (exhibido) y leído a los Indios antes de proceder a su combate y conquista.

El requerimiento fue redactado hacia 1514 y utilizado por primera vez en las Indias por Pedrarias Dávila (Pedro Arias de Ávila), quien mandó a Martín Fernández de Enciso a leerlo al Puerto de Cenú ante los caciques de Catarapa. Posteriormente fue usado por Cortés y por nuestro Valdivia en la Conquista de Chile.

El documento redactado en castellano (por lo que requería de intérpretes para resultar inteligible) y contiene una referencia a la historia del mundo desde su creación y una exposición del establecimiento del Papado, que conduce a describir la donación hecha a los reyes de España de estas islas y Tierra Firme por Alejandro VI. En su parte media el documento requiere que los indios acepten dos obligaciones. La primera es reconocer a la Iglesia

como gobernante y superior de todo el mundo y al alto sacerdote llamado Papa y en su nombre al Rey y a la Reina Juana en su lugar como superiores, señores y reyes de estas islas y esta Tierra Firme en virtud de dicha donación. La segunda es permitir que se les predique la fe.

Si los indios aceptan se les respetarán sus costumbres, propiedades y haciendas, pero si se niegan se les hará la guerra y podrá despojar de sus propiedades y reducir a la esclavitud, incluyendo a las mujeres y niños.

Es indudable que el Requerimiento fue origen de una serie de abusos, entre los cuales los más corrientes eran no leer con intérprete ni asegurarse que los indios escuchasen, por lo cual su pretendida utilidad fue muy controversial. Sin embargo, por extraño que parezca, en varios casos el requerimiento fue entendido y aceptado por los indígenas (un caso extraordinario es el de Cortés y los Tlaxcaltecas, enemigos de los aztecas que mantuvieron su autonomía durante todo el periodo hispánico, por casi 300 años, en virtud de su aceptación del Requerimiento).

Sin embargo deben tenerse presentes nuestras prevenciones acerca de la especial preocupación de los españoles por dar un título legítimo a su nuevo dominio, por lo cual no es de extrañar que se haya diseñado tal intento por evitar abusos en la población del Nuevo Mundo.

LA POLÉMICA ENTRE EL PADRE LAS CASAS Y SEPÚLVEDA

Pese a lo dicho, las Leyes de Burgos, saludadas como una posibilidad cierta de evitar abusos por parte de los europeos frente a los indígenas, se vieron sobrepasadas por prácticas abusivas que no fueron oportunamente castigadas, por las especiales condiciones de vida en las Indias. Los fiscalizadores reales no encontraban en la población española de las Américas ninguna cooperación a fin de lograr la aplicación de la Ley.

Los dominicos insistieron en que los abusos debían finalizar y para ello recurrieron a la Corona (Fray Bernardino de Minaya recurrió a la emperatriz

Isabel) y al Papa (Fray Julián Garcés, obispo de Tlaxcala obtuvo que el papa Pablo III concediera la "**Bula Sublimis Deus**" el 9 de julio de 1537, en la que se declaraba la perfecta racionalidad del indígena, que eran verdaderos hombres capaces de recibir la fe y que no pueden ser privados de su libertad por medio alguno, ni de sus propiedades, aunque no estén en la fe de Jesucristo.

Paralelamente, surge la voz de Fray Bartolomé de las Casas, obispo de Chiapas, quien inicia una polémica con quienes sostenían que los Indios carecían de racionalidad. Este religioso dominico había sido encomendero antes de entrar en religión y había practicado él mismo los abusos que denunciaba. Su figura como protector de indígenas se ha asociado siempre con la polémica, tanto por la vehemencia de los argumentos esgrimidos ante la Corona, como por las propuestas que hacía con relación a la forma de protección que debía de brindarse al indígena.

Las Casas publica dos obras relativas a esta cuestión, la primera es la "Historia de Indias" y la segunda; "Brevisima relación de la destrucción de las Indias". En la primera desarrolla sus argumentos acerca de los títulos invocados por la corona para justificar su dominio sobre las Indias (*Una interesante polémica acerca de este punto, suele motivar distintas interpretaciones entre los autores. Hay historiadores que afirman que Las Casas negó valor a las bulas del Papa Alejandro, indicando que no era cierto que el papa tuviese un dominio temporal universal fundándose para ello en argumentos derivados del Derecho Natural, entre nosotros don Jaime Eyzaguirre comparte esta tesis. Otros en cambio, hoy la mayoría, sostienen que no es efectivo que Las Casas negase valor a las Bulas Alejandrinas y que si bien, hasta su muerte su pensamiento evolucionó en el sentido de debilitar su apoyo al proceso de incorporación de las Indias a la Corona, siempre aceptó como justa la concesión pontificia, conclusión desarrollada entre otros por el profesor Alberto de la Hera*) y en la segunda expone con

negros ribetes el proceso de conquista y los abusos cometidos por los españoles en virtud de la "encomienda".

Las Casas denuncia, asimismo, que las leyes de Burgos no habían tenido gran aplicación en la práctica, pues los españoles se negaban a respetarlas.

Finalmente, el punto más polémico de las posturas del dominico consistía en que guiado por su celo protector, pretendía liberar a los indígenas de todo trabajo, y para reemplazar la mano de obra perdida por esta política proponía una masiva importación de negros esclavos, "más resistentes" desde el África al Caribe y las Antillas.

Junto a las Casas destaca la figura de su gran Contradictor: el padre Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), consejero de la Corona de Aragón quien asumió la defensa de los conquistadores entre 1550 y 1551. Publicó dos obras cuyos nombres las explican por sí solas: *"Proposiciones temerarias, escandalosas y heréticas que notó el doctor Sepúlveda en el libro de la conquista de Indias, que fray Bartolomé de Las Casas, obispo de Chiapas, hizo imprimir sin licencia"* y *"Contra los que menosprecian o contradicen la bula y el decreto del Papa Alejandro VI, en que da facultad a los Reyes Católicos y los sucesores y los exhorta que hagan la conquista de las Indias y sujetando aquellos bárbaros, y tras esto, reduciéndolos a la religión cristiana y los someta a su imperio y jurisdicción"*.

Elaboró la tesis de la "servidumbre natural de los indígenas" por su baja condición mental. Por ello, junto con aceptar la plena validez de las bulas de donación, sostenía que el dominio sobre los naturales era necesario por su propio bien y para lograr que adquiriesen la verdadera fe.

Siguiendo a Ginés de Sepúlveda, otros juristas llegaron a invocar a Aristóteles que en la "Política" sostiene que en ciertos hombres, la servidumbre es un estado natural, son "esclavos por naturaleza" y por ello

están en disposición de ser objeto del dominio natural de otros hombres (los españoles en este caso).

El emperador se conmovió al escuchar los alegatos de Las Casas, y llegó a manifestar su opinión por abandonar las Indias. Sin embargo otro religioso le convenció de la inconveniencia de la iniciativa por la interrupción de la predicación del evangelio y el daño a los aborígenes conversos. Éste fue fray Francisco de Vitoria.

VITORIA Y LOS JUSTO TÍTULOS MORALES

La controversia fue zanjada intelectualmente por otro dominico, fray Francisco de Vitoria, quien con mayor serenidad y con un sólido fundamento teológico y jurídico, ponderó los pro y contra de cada postura y elaboró la que en definitiva fue la política seguida por la Corona más tarde.

Vitoria era profesor de la Universidad de Salamanca en la cátedra de teología. Hoy se le considera como el verdadero padre del Derecho Internacional y es autor, entre muchos otros tratados, de 2 relecciones (apuntes de sus clases de teología) dadas a conocer en 1539: "*De indis et De iure belli*". En ellos analiza los títulos legítimos e ilegítimos para fundar la conquista:

Títulos ilegítimos:

- Señorío del emperador sobre todo el mundo: No es aceptable por no corresponder a la realidad.
- Dominio temporal Universal del Papa: No se acepta, porque ni siquiera Jesucristo fue señor de todo el orbe, ni menos puede serlo el papa que es sólo su vicario.

- Derecho de descubrimiento: No se acepta porque sólo procede para las tierras que carezcan de otro dueño, y las indias ya eran de propiedad de los bárbaros.
- El no querer adoptar la fe de Cristo: no se les puede "obligar".
- Los pecados de los "bárbaros": Ni siquiera el Papa puede hacer la guerra a los cristianos para obligarles a que se porten bien, menos en el caso de los indios que no son cristianos.
- La elección voluntaria: Tampoco es válida, pues los naturales están condicionados por el miedo, la ignorancia y su voluntad no es libre.
- Una donación especial de Dios: Los bárbaros no han sido condenados por Dios a vivir sometidos a los españoles.

Títulos legítimos:

1. La sociedad y comunidad natural: Los españoles tienen derecho a vivir y recorrer las Indias sin que los indios puedan prohibirlo. Se funda con ello el denominado "IUS GENTIUM" o Derecho de Gentes, comunidad internacional.
2. No se debe hacer daño a los indios, se puede comerciar con ellos.
3. Propagar la fe cristiana: Sólo para este fin y voluntariamente aceptada por los indígenas.
4. La defensa de los conversos al cristianismo: Si los indígenas paganos los atacan, es legítimo defender a los cristianos.
5. El Papa les puede dar príncipe cristiano a los indígenas convertidos.
6. La necesidad de proscribir las prácticas inhumanas: sacrificios humanos y canibalismo.
7. Verdadera y voluntaria elección: Sin miedos y explicándoles a los indios lo que significa.

8. Por amistad y alianza: Se puede justificar la presencia española en calidad de aliados contra enemigos comunes, como en el caso de los españoles y los tlaxcaltecas que pactaron contra los aztecas

LAS LEYES NUEVAS

Las Casas continuó con sus presiones directas ante la Corona y logró que el Emperador convocase a una nueva Junta, la que se reunió en la ciudad de Valladolid en 1542 y dio origen a un vasto conjunto de leyes conocido como "**Leyes Nuevas**" por referencia a las "viejas" Leyes de Burgos. Las Leyes nuevas fueron sancionadas por el emperador en el mismo año 1542 bajo el epígrafe de "*Las Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por S.M. para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios*". Fueron complementadas por 7 nuevas leyes dictadas en Barcelona al año siguiente por el príncipe don Felipe, futuro Felipe II.

En estas leyes se reglamentaba:

1. La estructura de la organización administrativa indiana organizando las autoridades territoriales indianas tales como virreyes, gobernadores, audiencias (*Se creaban la audiencia de Lima y de Los Confines, junto a las ya existentes de Santo Domingo y México*), cabildos, etc.,
2. Se confirmaba la libertad esencial de los indios, prohibiendo su esclavitud bajo todo concepto,
3. Se suprime la encomienda hereditaria al prohibir que pase de padres a hijos,
4. Se fijaron nuevas normas para los descubrimientos y;
5. Se reformó el sistema tributario.

Sin embargo pese a los buenos augurios y recibimiento de estas leyes (los indios recibieron sus texto con una alfombra de rosas en México) ellas encontraron una gran resistencia por parte de los españoles que promovieron

revueltas y motines en su contra. En Perú los conquistadores se rebelaron y se ajustició al primer virrey, Blasco Núñez Vela. Ello motivó que primero se decretó la suspensión de su aplicación y luego, tras la celebración de una nueva Junta, los conquistadores lograron que por Real Provisión de Carlos V de 20 de octubre de 1545, se derogase la ley N° 30 que establecía que las encomiendas no se podrían heredar. Con ello se volvía a las encomiendas hereditarias y a los abusos aparejados a ellas.

Entre 1550 y 1551 se convocó una nueva Junta en la que destaca la figura de Ginés de Sepúlveda, como contradictor de Las Casas, pero no se conocen las conclusiones de tal encuentro.

LA POLÍTICA DE LA CORONA

A fin de zanjar definitivamente el problema, la corona adoptó una vía de solución intermedia, es decir no se pronunció ni por la tesis de Las Casas ni por la de Sepúlveda y acogió por vía práctica muchos de los planteamientos de Vitoria.

Se procuró conciliar el Derecho Común (esgrimido por los partidarios de los conquistadores) con el Derecho Natural (esgrimido unilateralmente y en forma sesgada por Las Casas).

1. Así se consideró indiscutible fuente de dominio legítimo a las Bulas Alejandrinas.
2. Se estimó que los indígenas eran seres libres y que debían aceptar voluntariamente el dominio español, sólo en virtud de guerra justa podía imponerse tal dominio.
3. Por decisión de Felipe II se reemplaza el término "**Conquista**" por el de "**Pacificación y población**" a fin de poner de relieve que el propósito de la Corona en las Indias no era la anexión pura y simple de nuevos territorios sino la de la evangelización voluntaria y no forzada

de los indios, requerida ya por el Papa Alejandro y la reina Isabel la Católica, más de medio siglo antes.

4. Se distinguía entre los territorios ya conquistados y los por conquistar en el futuro. En los primeros la legitimidad se basaba en la sumisión voluntaria de los indios a la Corona y en los segundos lo que se otorga es la propiedad de las tierras pero no de los naturales, que sólo pueden ser instruidos en la fe voluntariamente.

Esta política es recogida oficialmente por las **Instrucciones y Ordenanzas** de 1556 y de 1573. Las primeras dirigidas por el Emperador al Marqués Pizarro, ordenaban el proceder siempre con la voluntad libre de los indios en su adopción de la fe católica. Las segundas, redactadas por el licenciado don Juan de Ovando bajo el reinado de Felipe II, se componen de un total de 150 leyes que legislan con detalle acerca del procedimiento para descubrir nuevas tierras, conquistar y poblar y el trato que debe darse a los indígenas y establecen expresamente (en su capítulo 29) que *"Los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues haviendose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre dé ocassion ni color para que se pueda hazer fuerca ni agravio a los indios"*.

Esta legislación fue dictada expresamente para contener los abusos y proteger a los indígenas, por lo que puede afirmarse sin duda, que pese a las dificultades para ponerla en práctica fue base de uno de los principios básicos del Derecho Indiano: La defensa de los naturales por parte de la Corona.

Estas ordenanzas e instrucciones fueron finalmente incorporadas en forma oficial en la **Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680**, con lo que tuvieron indudablemente fuerza obligatoria.

B) La Organización Del Trabajo

La Encomienda Indiana y el Régimen de Trabajo. Orígenes, evolución y transformaciones

Uno de los problemas de más compleja resolución que plantea el proceso de Conquista, Evangelización e Incorporación de las Indias a la Corona Castellana, es el **relativo al régimen de trabajo aplicable a los naturales de Indias y a quienes procedentes de otras latitudes, eran objeto de la institución de la esclavitud (africanos de raza negra, en general).**

1-En la primera etapa del poblamiento de las Indias, mientras los conquistadores colonizan las Antillas y demás islas del mar Caribe, surge el "**Repartimiento de Indios**", figura consistente en un grupo de nativos (de origen taíno, en tales islas) entregado a un europeo a fin de que este les brinde trabajo y laboren a sus órdenes. La verdad es que este repartimiento no hace sino esconder una forma velada de esclavitud, que en los primeros años es tolerada por la Corona, más por desconocimiento de las verdaderas condiciones de los indígenas que por una voluntad política deliberada.

Este repartimiento de indios resulta sumamente complejo en su aplicación. Su propósito inicial es el reglamentar el uso de la mano de obra en las nuevas tierras, pero los abusos a que da origen hacen que la Corona lo reemplace por la "encomienda" de que trataremos más adelante.

Los abusos cometidos en esta primera etapa hacen descender rápidamente la población indígena de las islas. En la polémica sobre los justos títulos personales, hemos tratado el tema de la controversia entre Las Casas y Sepúlveda, por lo que sólo recordamos aquí que la introducción de la esclavitud negra en Indias fue propiciada por el mismo las Casas a fin de reemplazar a los indios en las labores pesadas de la minería y otras.

2-El siguiente paso fue el de reintroducir un sistema de organización del trabajo que no repitiese los errores y abusos del repartimiento de indios. Por ello se crea la "Encomienda", institución particular que no

persigue sólo fines económicos o laborales sino también, religiosos. Se puede sostener que las características más o menos permanentes de la encomienda se configuran hacia el año 1536 y ya se ha indicado que esta institución tiene su origen formal en las **"Leyes de Burgos" de 1512-13 y en las "Leyes Nuevas"**.

Debe recordarse que la Corona se ve obligada **por la segunda y tercera bula alejandrinas** a llevar adelante la evangelización de las nuevas tierras o reinos y para ello selecciona cuidadosamente el personal religioso que pasará a las Indias. Sólo pueden inmigrar los clérigos de órdenes reformadas: el personal más capaz e idóneo por su cultura y santidad, pero por desgracia, muy escaso, frente a las crecientes necesidades de la población. Estas órdenes reformadas son las que surgen bajo la inspiración del movimiento misionero surgido del preclaro Concilio de Trento, que depura la organización y costumbres de la Iglesia Romana, frente a los desafíos de la Reforma protestante.

Por ello se toma la decisión de encomendar parte importante de la tarea de evangelización a los laicos.

3- Así la encomienda "continental" reemplaza a la encomienda isleña o repartimiento y el encomendero no sólo debe dar trabajo y cuidado al grupo de indígenas confiado a su cuidado, sino además les debe evangelizar, entregándoles los conocimientos catequísticos necesarios para lograr el bautizo voluntario de los naturales.

Este propósito del todo loable, es el recogido en el concepto de **encomienda**: "Un privilegio concedido a un benemérito de indias, por su vida y la de su inmediato sucesor, consistente en un grupo de naturales que le son confiados para su cuidado y evangelización".

4-Las características elementales de la encomienda son las siguientes:

- **Naturaleza:** Privilegio, no es un derecho que se reconociese a todo inmigrante a las Indias, sino un premio concedido a ciertos colonizadores destacados.
- **Titular:** Un europeo declarado benemérito de Indias, es decir, no es requisito ser español de origen, sino más bien cristiano (en Chile se dio incluso el caso, de un negro de origen africano (Juan Valiente, compañero de Pedro de Valdivia) que "ganó una encomienda". La declaración de benemérito se concede por sus especiales servicios a la corona en el adelanto de la conquista; servicios éstos que pueden revestir la forma de empresas militares, como de tareas de evangelización, por lo que los encomenderos pueden ser tanto militares como eclesiásticos.
- **Duración:** Dos generaciones. Este es uno de los puntos más discutidos, pues bien sabido es que las Leyes Nuevas dictadas por el emperador en 1542 restringieron la duración de la encomienda a la sola vida del titular originario. Sin embargo, ya hemos visto que la insurrección provocada por la adopción de estas normas hicieron que por Real Provisión de Carlos V de 20 de octubre de 1545, se derogase la ley Nº 30 que establecía que las encomiendas no se podrían heredar.
- **Ahora bien, la existencia de las encomiendas hereditarias no implica la existencia de un sucesor legítimo en la forma de hijo.** Mal podría requerirse para el caso de un titular que fuese eclesiástico. Por ello la encomienda podía revestir la forma de un legado. Este punto fue causa de innumerables controversias sobre todo cuando existían herederos directos y la encomienda se dejaba a otro. En los archivos de la **Real Audiencia de Santiago** se conservan numerosos testimonios de juicios seguidos por tal causa.
- **Un grupo de naturales confiados para cuidado y evangelización.**

- Entendemos que ésta es la clave de la justificación de la encomienda para la Corona. Es una forma de usar de los esfuerzos de los laicos para instruir a los indígenas en los preceptos de la Fe y a la vez, proporcionarles la oportunidad de tener un trabajo a fin de reunir el dinero para pagar el tributo que deben al rey como hombres libres, la "capitación". A la vez, el encomendero adquiere la obligación de proporcionar vestido, techo, comida y educación a los indígenas sujetos a su cargo.

Una vez que la encomienda concluía debía de devolverse a los indios su completa autonomía para que pudiesen vivir en pueblos como hombres libres y capaces.

En la práctica, sin embargo, la encomienda fue objeto de numerosos abusos, especialmente por parte de los propios encomenderos. **El artificio del obediencia y cumplimiento de las leyes relativas a los indígenas fue establecido por Carlos V, en 1528** para los casos en que de la aplicación inmediata se siguiera escándalo y cuando se produjera daño irreparable, lo que fue invocado por los encomenderos en numerosas oportunidades.

La reacción oficial de la Corona y de las autoridades indianas frente a tales prácticas fue distinta según se tratara de cada reino de Indias. Así en el virreinato de México se procede a una reglamentación del trabajo minero.

En Perú, Charcas y el Plata, se reglamenta y acoge el sistema de trabajo por turnos o "Mita" de origen indígena y el "yanacónaje" sistema de trabajo vinculado a tribus completas de indígenas.

El contrato de trabajo, fue también reglamentado mediante la institución de los "asientos de trabajo". Se celebran por escritura pública y en el caso de los indígenas, con la comparecencia habilitante del Corregidor, o el teniente o juez del partido.

Los indios deben trabajar desde los 18 a los 50 años, el contrato es anual, la jornada es de "sol a sol" con pausas de una hora de comida y descanso. De mayo a agosto la jornada se extendía desde las 10.00 hasta las 16.00 horas.

La mita, para el trabajo de turnos minero se usó en Chile sólo en el siglo XVI.

Pero el instrumento preferido en el reino fueron las tan conocidas "Tasas"; éstas son normas de naturaleza reglamentaria, de carácter general y obligatorias (no susceptibles del proceso de obediencia y cumplimiento formal):

La primera de estas tasas es la dictada por el gobernador don García Hurtado de Mendoza en 1558 (aprobada por el Felipe II en 1561), conocida como "tasa de Santillán" por haber sido redactada por el licenciado Hernando de Santillán, miembro del séquito del gobernador. Establecía la necesidad de respetar el descanso de los días feriados, la prohibición del trabajo de los niños menores de 14 años y de la mujer embarazada y la rebaja de la jornada de trabajo a un máximo de 10 horas diarias y a 8 horas en casos de trabajo en minas. Prohibió el trabajo forzoso de los mayores de 60 años. Impuso la mita para el trabajo minero y estableció como remuneración el "sesmo" o sexta parte del oro extraído. A los trabajadores agrícolas se podría entregar ropa y animales.

La segunda tasa es la de Gamboa, en honor del gobernador Martín Ruiz de Gamboa, dictada en 1580, que reemplazó el trabajo personal del indio por el pago del tributo al rey directamente en Oro.

La tercera de Alonso de Ribera de 1613, impone jornada de trabajo única para los encomenderos renuentes a cumplir la anterior.

La cuarta del virrey del Perú, príncipe de Esquilache, mantiene la tasa de Gamboa con algunas modificaciones menores. Es aprobada por la corona en

1622, e incluida como Tasa Real en la Recopilación de Indias de 1680, como veremos enseguida.

La quinta de Lazo de La Vega, obra del gobernador homónimo en 1633, reglamenta el trabajo campesino, suprimiendo el trabajo personal y aceptando el pago del tributo al rey en géneros, como frutos, cereales, etc. o cuarenta días de trabajo equivalentes al tributo anual de 10 pesos.

La sexta es la de "la Compañía" o "de los jesuitas", que reglamenta el trabajo colectivo de los indígenas en las haciendas de la compañía. Dejada sin efecto con la expulsión de la orden en 1767.

La encomienda tuvo en Chile una mayor importancia económica como herramienta de explotación agrícola y minera, en el valle central, hasta el río Maule, por la sencilla razón de que sólo allí se encontraba un núcleo de población indígena que aceptaba pacíficamente el sistema indicado. Más al Sur la rebeldía de los araucanos hizo imposible la implantación de tal institución.

En materia de seguridad social, el encomendero tenía el deber auxiliar y proteger a los indígenas, a curarlos y asistirlos por accidentes de trabajo. Además se crearon las "Cajas de Comunidad": mutualidades de origen peruano, que obtenían recursos de la venta de productos de las tierras comunes indígenas, venta de animales, de arriendo e intereses de censos y préstamos. Proveían a la necesidad de huérfanos, enfermos (mantenían hospitales) y entregaban ropa y alimentos a los indígenas.

Además, por Real cédula de Felipe III, en cada ciudad debía mantenerse un hospital para pobres.

La encomienda desaparece finalmente en el año 1791, derogada por el marqués de Osorno, don Ambrosio O'Higgins, cuando restaban sólo 12 de ellas entre Santiago y Maule.

Mención especial merece la ordenanza de Carlos III sobre el trabajo en las Minas de 1761, establecen un sistema especial de protección a los trabajos mineros y reglamentan un nuevo sistema de trabajos por turnos.

El sistema de protección del trabajo decae con el reemplazo de la mano de obra indígena por la del inquilinaje colonial, que paradójicamente, por no ser indígena, carece de mecanismos de protección equivalentes a los de los primeros.

El trabajo campesino y de la minería, van a ser reglamentados mediante las disposiciones del derecho común, especialmente las de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 (que incluye las tasas). Y luego sus normas serán incorporadas en el texto de la Novísima Recopilación de Leyes de Indias de 1805.

Las leyes de Estado Nacional Patrio, del periodo precodificador, no alteran ni varían la normativa vigente, concentrándose en materias civiles y de Derecho Público.

Sólo con la dictación del Código Civil, se producirá un cambio substantivo, mas no para mejor, pues con la derogación orgánica que practica el artículo final del código de Bello, son derogadas las disposiciones ya citadas y con ello el régimen de trabajo queda bajo la muy primaria reglamentación del "arrendamiento de servicios civiles" y ello hasta la dictación de las primeras leyes de intención social del periodo pseudoparlamentario como la ley de la silla y otras.

La conclusión es clara: El sistema de protección del trabajo durante el periodo indiano fue en Indias en general y en Chile en particular, mucho más completo y eficiente que el que ha regido durante largos periodos de la República y es comparable sólo al que surgirá como resultado de las luchas político sociales de la década de 1920.

8.2 EL DISPOSITIVO GUBERNAMENTAL: PENINSULAR, CENTRAL, DISTRITAL Y MUNICIPAL.

La conquista de las Indias tenía entre sus objetivos la evangelización de sus habitantes, por lo que al instalarse, se implantó un gobierno que podía contemplar los dos aspectos de la empresa española desde el punto de vista temporal y espiritual.

El gobierno temporal tenía como cabeza principal al Rey, y el gobierno espiritual al Papa.

Para gobernar los territorios americanos los Reyes Castellanos fueron delegando a distintos órganos las funciones relativas al gobierno, justicia y hacienda.

El gobierno Novohispano estaba constituido por órganos que se hallaban asentados en la península y órganos que funcionaban desde la Nueva España.

Los que se encontraban en la península constituían el gobierno supremo y eran: el Rey y el Real y Supremo Consejo de las Indias, así como también la Casa de Contratación de Sevilla, la cual se encargaba de los asuntos relativos al comercio ultramarino.

Dentro del territorio Novohispano los dos órganos de más alta jerarquía eran: el Virrey y la Real Audiencia y Chancillería de México.

El territorio de la Nueva España se encontraba dividido en Audiencias; las cuales a su vez para su gobierno se dividía en gobernaciones, reinos, alcaldías mayores y corregimientos. (González, 1998: 1540).

En la Nueva España el régimen municipal fue establecido desde los primeros momentos de la conquista; esta organización municipal fue aplicada en los pueblos indios, en donde se les otorgaron algunas concesiones, formando así las llamadas “repúblicas de indios”. (Delgado de Cantú, 1996: 103).

8.3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO Y LAS AUTORIDADES DE LA NUEVA ESPAÑA.

Entre las características del derecho que se aplicó en la Nueva España, encontramos que existió un derecho canónico y el derecho castellano se aplicó de manera supletoria, se conformó una legislación indiana la cual consiste en:

- El Derecho Indiano Metropolitano.
- El Derecho indiano Criollo.

El Derecho indiano se caracterizó por ser un derecho casuista, tenía una gran minuciosidad reglamentaria, y un profundo sentido religioso y espiritual. (Ibarra, 2004:122).

Las autoridades indianas se ordenaron de la siguiente manera:

- a. El Virrey: tenía cinco cargos, de gobernador, capitán general, presidente de la Audiencia, superintendente de la Real Hacienda y vicepatrono de la iglesia.
- b. La Audiencia.
- c. Gobernadores, corregidores y alcaldes mayores: tenían funciones de gobierno, administrativas, recaudación de tributos y judiciales.
- d. Cabildos españoles e indígenas para el gobierno local, en ciudades y villas.
- e. Juzgado general de indios: protegían a los indígenas en asuntos civiles y criminales (Delgado de Cantú, 1996: 103).

8.4 DERECHO INDIANO: SUS FUENTES.

El derecho Indiano es el conjunto de disposiciones legislativas que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas tanto en España como en América, para ser aplicadas con carácter de general o particular en todos los territorios de las Indias Occidentales, durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Incluyó las bulas papales, capitulaciones, costumbres (españolas e indígenas) no contrarias a la religión católica o al rey, ordenanzas, reales cédulas (Ibarra, 2004: 121).

El derecho indiano se nutrió de unas crecientes masas de reales cédulas, reales órdenes, reales provisiones, instrucciones, ordenanzas, etc., encargadas de regular las nuevas situaciones que se presentaron en las Indias con la aplicación del derecho castellano (Cruz Barney, 2005:226).

Las fuentes del conocimiento del Derecho Indiano se clasifican en legislativas y doctrinales:

- Legislativas: la más importante y conocida es la Recopilación de las Leyes Indias, para la Nueva España, las más importantes compilaciones fueron, el Cedulaario de Vasco de Puga (1556), y la Recopilación Sumaria de Bentura Beleña (1787).
- Doctrinales: entre estas destacan la política indiana de Juan Solórzano y Pereira (1648), el Tratado de Confirmaciones reales de Antonio de León Pinelo (1630) y el Teatro de la Legislación de España e Indias de Francisco Xavier Pérez y López (1791-1798).

8.5 CONTENIDO DE LAS LEYES DE INDIAS.

Las Leyes de Indias fueron bastantes y diversas gracias al trabajo de distintas personas se logró reunir las a casi todas y se creó la Recopilación de Leyes de las Indias, la cual consta de nueve libros, subdivididos en títulos (218), su primera edición fue en 1681, y hubo otras en 1756, 1774 y 1791.

El contenido de estos libros es el siguiente:

- *LIBRO I:* se refiere a la iglesia, los clérigos, diezmos, enseñanza y censura.
- *LIBRO II:* habla de las normas en general, del Consejo de Indias, las Audiencias y el Juzgado de Bienes de difuntos.
- *LIBRO III:* trata del virrey y de asuntos militares.
- *LIBRO IV:* se refiere a los descubrimientos de nuevas zonas, el abastecimiento de centros de población, el derecho municipal, las casas de moneda y obrajes (talleres industriales).
- *LIBRO V:* contiene normas sobre gobernadores, alcaldes mayores, corregidores y cuestiones procesales.
- *LIBRO VI:* dedicado a los problemas que surgen en relación con el indio; las reducciones de indios, sus tributos, los protectores de indios, caciques, repartimientos, encomiendas y normas laborales.
- *LIBRO VII:* se refiere a cuestiones morales y penales. Allí, se insiste en que los colonizadores casados no deben dejar a su esposa en España y, si vienen solos, deben dar fianza para garantizar su regreso dentro de dos años (en caso de mercaderes dentro de tres años).
- *LIBRO VIII:* contiene normas fiscales.
- *LIBRO IX:* reglamenta el comercio entre la Nueva España y la

Metrópoli, conteniendo normas sobre la Casa de Contratación de Sevilla. Se declara también la competencia del consulado de Sevilla para controversias sobre el comercio entre España y la Nueva España.

Se encuentran normas sobre la inmigración a las Indias, y sobre el establecimiento del Consulado de México, cuya vida jurídica se inspiró en la de los consulados de Sevilla y Burgos (Floris Margadant, 1994: 56).

Esta obra era muy necesaria, hubo centenares de miles de cédulas reales, pragmáticas, instrucciones, etc., relevantes para las Indias, a menudo contradictorias, cuando las leyes de Indias redujeron esta cantidad a unos 6400, facilitaron su aplicación.

8.6 LAS LEYES BURGOS: REPERCUSIONES HISTÓRICAS.

Estas leyes fueron promulgadas por el rey el 27 de noviembre de 1512 y llamadas Leyes Burgos o Reales Ordenanzas dadas para el buen regimiento y tratamiento de los indios.

Estas leyes contenían todas las reglas que debían aplicarse a los indígenas, lo cual repercutió en la población indígena, ya que fueron cambiados de sus núcleos poblacionales; las leyes de Burgos no sirvieron para mejorar el trato que los conquistadores castellanos dispensaron a los indios; éstas leyes regularon todas las actividades que debían realizar los indígenas, el trabajo de las mujeres y el trabajo de las minas, lo que dieron como consecuencia fue una gran controversia, ya que los castellanos no siempre las cumplían, y la corte seguía recibiendo denuncias acerca de los abusos que no cesaron.

Gracias a la labor de fray Bartolomé de las Casa y otros distinguidos religiosos, motivaron la creación de una serie de disposiciones protectoras de los indios por parte de la Corona, entre las que destaca la Ordenanza sobre el buen tratamiento de los indios dado por Carlos I el 17 de noviembre de 1526, la cual no resolvió el fondo de la cuestión y continuó la incertidumbre y la controversia.

8.7 RECURSOS.

La justicia en este periodo se encontraba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales según la materia de la controversia o las

partes del litigio. Todos los tribunales pronunciaban sus sentencias a nombre del rey y éste podía intervenir en los procesos mediante instrucciones; la justicia virreinal estaba lejos de ser una justicia independiente.

Existían dos tipos de recursos:

- **Recurso de la fuerza:** correspondía a la audiencia el control de la jurisdicción eclesiástica mediante el recurso de la fuerza, institución contra la cual la iglesia en balde protestaba. Este recurso en caso de que el recurrente obtuviera éxito, llevó hacia una anulación de las actuaciones o de la sentencia y generalmente hizo regresar el proceso al tribunal eclesiástico en cuestión, en los casos en los que el Estado sí reconocía que este tribunal era competente, pero consideraba al mismo tiempo que se había comportado con injusticia notoria o con violación de las reglas procesales (Floris Margadant, 1994:228).
- **Recurso de suplicación:** constituía una parte necesaria dentro del orden jurídico indiano, el cual no se concebía como un ordenamiento jurídico sistemático e integral, la suplicación alcanzó la categoría de ‘derecho fundamental’ en las indias y este recurso se convirtió en pieza clave para el funcionamiento del contra fuero, pues hacía posible la modificación de normas y la protección del individuo. Sus objetivos eran obtener la suspensión de la norma impugnada y la renovación de la misma por parte del legislador.

8.8 JUSTICIA ORDINARIA Y JUSTICIA EXTRAORDINARIA.

JUSTICIA ORDINARIA:

Era la justicia local impartida por las autoridades en los negocios civiles o criminales a ellos sometidos, así como las materias no reservadas a los tribunales de justicia extraordinaria. Las autoridades locales que conocían de estos juicios eran los gobernadores, los corregidores y alcaldes mayores, alcaldes ordinarios y alcalde mayor indígena.

Los juicios podían ser ordinarios, extraordinarios y sumarios; además se podían dividir en civiles, criminales y mixtos; además podían ser definitivos, interlocutorios y mixtos.

JUSTICIA EXTRAORDINARIA:

Era la correspondiente a los fueros personales y de grupo. Su conocimiento en primera instancia estaba reservado a los tribunales de justicia extraordinaria como el Consulado, el Protomedicato, la Inquisición, la Mesta, la Acordada, el Fuero Universitario, el Tribunal de Minería, el Fuero Eclesiástico, los Fueros Militar y el Juzgado General de Indios (Cruz Barney, 2005:371).

8.9 LOS TRIBUNALES JUDICIALES EN LA NUEVA ESPAÑA.

La justicia se encontraba sujeta a distintos tribunales especiales; los casos de poca importancia entre colonos, podían ser juzgados ante un alcalde ordinario con apelación ante el cabildo.

En caso de conflicto entre indios de poca importancia, un alcalde del pueblo indio respectivo pronunciaría la sentencia de primera instancia, que luego podía ser apelada ante el cabildo indígena.

En asuntos más importantes, un alcalde mayor o corregidor pronunciaría la sentencia de primera instancia.

De ciertos negocios hubo apelación ante las audiencias (México, Guadalajara), que también tenían competencia originaria en asuntos de importancia (como todo lo referente al Real Patronato de la Iglesia); en tales casos hubo una posibilidad de mandar el asunto luego al Consejo de Indias para una decisión final (Floris Margadant, 1994:73).

8.10 LA ENCOMIENDA.

Esta institución tuvo un origen feudal, su surgimiento se basa en cuatro aspectos:

- La necesidad de recompensar a los conquistadores de las primeras generaciones.
- El deseo del erario de incorporar a los indios en la economía colonial.
- El deseo de cristianizar al indio sin gasto para la corona.
- La necesidad de fortalecer la organización militar.

Esta institución fue aceptada por los indios porque tenían una situación similar con las anteriores, además los nuevos tributos fueron fijados a un nivel inferior a los antiguos. Se les prometía a los indios una ‘protección’ contra los abusos de otros colonos; pero se había hecho más sistemática la opresión. La encomienda podía dar lugar a latifundios privados.

Los encomenderos tenían que vivir en su encomienda; no se permitía el ausentismo; si el encomendero se iba a vivir en otra parte o se moría sin descendencia, o si la encomienda llegaba a la última generación legalmente admitida, se consideraba a los indios en cuestión como liberados de la encomienda y quedaban como vasallos directos de la corona.

La encomienda era una figura transitoria, y terminó en el siglo XVIII, transformándose en un vasallaje directo de la corona.

8.11 LOS REPARTIMIENTOS.

Esta institución nació junto con la encomienda; fue la obligación para ciertos indios de prestar servicios remunerados a los españoles, por un sistema de rotación.

Los repartimientos reclamaban el trabajo de una cuarta parte de los indios tributarios, por turnos semanales. Los indios en cuestión tenían derecho a recibir un salario adecuado por los servicios, tenían que trabajar para autoridades o particulares.

El sistema de repartimientos tuvo múltiples normas de índole protectora, como evitar al amo esclavizar a ciertos indios mediante el sistema de préstamos.

8.12 LA TENENCIA DE LA TIERRA.

Como resultado de la donación hecha de las tierras americanas por el Papa a los Reyes Católicos, se configuró un dominio eminente en cabeza del monarca, como titular del dominio y la jurisdicción universal sobre las indias, y se hizo de sus vasallos dueños particulares por medio de la merced real o donación graciosa que el monarca hacía de determinado bien realengo con un fin determinado; ese fue el punto de partida del derecho de propiedad en las Indias (Cruz Barney, 2005:509).

La propiedad de la tierra podía corresponder a los particulares, a las comunidades y a las corporaciones.

Propiedad Privada: este derecho de propiedad sobre tierras a título particular se manifestó en las capitulaciones, instrucciones y ordenanzas sobre descubrimientos, conquistas y poblaciones.

La distribución de las tierras disponibles se hacía gratuitamente favoreciendo a los conquistadores en forma individual para compensar sus servicios; entre las condiciones que se les ponía eran edificar dentro de los cinco años siguientes en el solar que se les había concedido, o que se trabajara la tierra, además que se comprometiera a no donar sus bienes a la

iglesia; tenían también la obligación de respetar el derecho a las minas de la Corona y no afectar los intereses existentes de las comunidades indígenas.

Con la finalidad de recabar fondos para la Corona, se empezó a obtener dinero de la composición de los títulos de propiedad que tuvieran defectos mediante el pago de una multa o aportación económica; se buscaba también la corrección de las irregularidades verificadas en la posesión de la tierra.

Se dio el intento de evitar el latifundio, pero éste se presentó por distintas vías como el mayorazgo, el cual consistía en el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condición de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia para que los lleve y posea el primogénito más próximo por orden sucesivo, perpetuándose así los bienes dentro del patrimonio familiar.

Propiedad comunal de ciudades, villas y ciudades: es estas se les adjudicaban solares de propios y tierras, junto con una declaración de aprovechamiento comunal de montes, pastos y aguas.

Propiedad corporativa, propiedad de la iglesia y primeros intentos de desamortización: se pretendió impedir las grandes concentraciones de tierras en manos de la iglesia, por lo que desde las primeras mercedes de tierras se condicionaba al beneficiario no vender a hospital, iglesia, monasterio o persona eclesiástica, aun con esto se dio la acumulación de tierras y en la segunda mitad del siglo XVIII se dio un proceso de desamortización de bienes, uno de esos actos de desamortización fue la expulsión en 1762 de la Compañía de Jesús de las posesiones españolas.

El derecho de propiedad de las aguas estaba ligado al de las tierras, por lo que pocas veces se mencionó claramente en las mercedes de tierras el derecho a las aguas; aunque podía haber mercedes únicamente de aguas; las aguas no otorgadas mediante una merced quedaban en el patrimonio de la Corona.

Las minas correspondían a la Corona, al igual que las aguas, montes y pastos por las razones expuestas en la donación papal y el derecho de conquista, ya sea que se hubieran descubierto en lugares públicos o en tierras particulares.

En 1504 se impulsó la explotación minera concediendo el derecho a cualquier español para operar los minerales, con la obligación de registrar sus denuncias de minas en la Casa de Fundición y pagar el quinto real.

Propiedad indígena: las tierras indígenas se incorporaron a las estructuras españolas con criterios y medidas agrarias diferentes de las prehispánicas, reconocimiento de la propiedad de los indios sobre sus tierras y variación de la distribución de acuerdo con el grado de desarrollo cultural de las poblaciones indígenas.

Las autoridades virreinales se encargaron de reorganizar la situación de las distintas etnias, las concentraron en unidades urbanas y les otorgaron nuevas tierras, promovieron la colonización dirigida, de lo que se derivaron títulos de propiedad que debían protegerse de los posibles abusos. En los lugares en donde se asentaron se les otorgaron espacios comunales y de utilidad pública, el ejido y las tierras para el cacique y los particulares.

Se busco que el indígena fuera un campesino capaz y autosuficiente, a fin de abastecer los núcleos urbanos y las zonas de explotación minera, alrededor de los pueblos indios se extendieron las propiedades ganaderas, de hacienda y los latifundios.

Con esta organización hecha por los españoles se facilitó contar con la mano de obra necesaria, sino también la evangelización y el control fiscal.

La Corona protegió a la propiedad privada indígena prohibiendo en 1503 que ésta se vendiera a cambio de cosas de poco valor; pero aun con estas medidas los caciques cometieron fraudes y continuaron la venta de tierra

comunal, esto dio origen a que los procedimientos fueran más rígidos y se exigió la autorización para las ventas de un juez ordinario.

Los bienes de la comunidad no podían enajenarse y en 1781 la Corona aclaró que los indios tenían solamente el dominio útil respecto de ellas y extendió la prohibición a los particulares.

8.13 EL REAL PATRONATO.

Esta institución fue creada para controlar el poder de la iglesia, en donde la Corona obtenía el derecho de presentar candidatos para beneficios eclesiásticos vacantes y de autorizar la construcción de nuevas iglesias, cobrar ciertos impuestos eclesiásticos, de negar en su territorio la promulgación de ciertas decisiones del Vaticano, etc.

Uno de los derechos que obtuvo la Corona de Castilla fue el de cobrar los diezmos en las Indias Occidentales (en la Bula *Eximix Devotionis*, 16 de septiembre de 1501); a condición de que la Corona pagara con parte de esos ingresos, lo necesario para la cristianización de estos territorios y para el culto en las partes ya cristianizadas. Este Regio Patronato se enriqueció varias veces; la Corona logro obtener la facultad de hacer en las Indias casi todos los nombramientos eclesiásticos, ejercía el derecho de censura preventiva respecto de todas las comunicaciones del Vaticano a la población, fijaba y modificaba libremente los límites de las diócesis, tenía la facultad exclusiva de convocar Concilios de la Iglesia Indiana y podía o no aprobar sus decretos, vigilaba la disciplina de la vida de los clérigos regulares a través de los obispos, controlaba el movimiento migratorio del clero, cobraba importantes impuestos eclesiásticos (diezmo) y obligaba a los clérigos a

violar el secreto de la confesión en caso de descubrirse actividad subversiva. (Cruz Barney, 2005:572).

8.14 PAPEL QUE DESEMPEÑO EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA LA INQUISICIÓN.

La cédula real del 25 de enero de 1569 de Felipe II autorizó el establecimiento permanente de la Inquisición en las Indias; un año después el virrey recibió orden de señalar casa en México a este tribunal.

El tribunal se componía de dos inquisidores y un acusador (fiscal), además hubo delegados fuera de la ciudad de México. Su jurisdicción se extendía incluso a la Capitanía general de Guatemala, Islas Bartolomeo y las Filipinas.

La reputación que tuvo la Inquisición no era muy mala:

1° No molestaba a los indios.

2° Varios jueces eran ejemplos de integridad.

3° Sus víctimas eran en parte judíos y extranjeros (principalmente piratas y corsarios ingleses).

4° Un auto de fe era siempre un espectáculo grato.

5° Los heterodoxos religiosos tenían a menudo ideas heterodoxas en materia política, con esto los de arriba vieron con buenos ojos la ayuda prestada por la Inquisición para conservar la Nueva España segura para sus privilegios.

Los aspectos poco amenos eran:

1° Los familiares, laicos fanáticos, espías al servicio de la fe.

2° La censura retrógrada.

3º La inhumana tortura (agua, la cuerda).

4º La práctica de no comunicar al reo el carácter de las cargas.

5º El efecto de las condenas sobre los parientes del reo, parias por dos o tres generaciones.

6º La frecuente incomunicación del reo, o en su caso, la vigilancia de sus conversaciones con su defensor.

7º La imposibilidad de tachar a los testigos.

8º La prohibición de elegir libremente al abogado defensor.

9º La eliminación del recurso de la fuerza, tan benéfico instrumento de justicia en caso de otros procesos eclesiásticos.

La Inquisición fue suprimida definitivamente el 10 de junio de 1820.

8.15 EL JUICIO DE RESIDENCIA Y EL RECURSO DE LA FUERZA.

El juicio de residencia fue una medida por la que Madrid trataba de conservar cierto nivel de honradez en la administración pública, y al que fueron sometidos todos los funcionarios de la Nueva España (desde el Virrey, hasta los alcaldes, regidores o tasadores de tributos), cuando se retiraban a la vida privada o cambiaban de función. Bajo un sistema de acción popular se reunían e investigaban todas las quejas concretas contra el funcionario, el cual, entre tanto, por regla general, no podía salir del lugar donde había ejercido sus funciones.

Los jueces en cuestión fueron designados por la persona o el consejo que había hecho el nombramiento del exfuncionario por investigar (Floris Margadant, 1994:74).

8.16 PRINCIPALES FIGURAS DEL DERECHO PENAL NOVOHISPANO.

El derecho indiano contiene normas penales dispersas en las Leyes de Indias. Estas se encuentran ubicadas especialmente en el Libro VII. El derecho penal virreinal fue menos evolucionado que el civil y el administrativo.

Supletoriamente estuvo en vigor el derecho penal castellano, el cual proporcionó la mayor parte de las normas aplicadas en las Indias.

Unos de los aciertos del derecho penal fue la libertad bajo fianza, la necesidad de una autorización judicial para el encarcelamiento y un límite de dos años para el proceso penal.

Este derecho era primitivo porque tenía restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, la aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, además de imponer penas crueles.

El derecho canónico se encontraba relacionado con el derecho penal, ya que existía el privilegio de la Iglesia de tratar determinados casos delante de sus propios tribunales y sobre todo si se trataba de delitos cometidos por el clero (Floris Margadant, 1994:129).

8.17 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PRIVADO INDIANO EN MATERIA CIVIL.

El derecho privado indiano lo dividiremos en cuatro aspectos, el derecho de familia, los derechos reales, los contratos y obligaciones y las sucesiones.

Derecho de Familia:

1º Se daba mayor flexibilidad para obtener dispensas de los excesivos impedimentos matrimoniales.

2° Existía la presión legal para que los solteros se casaran, de una manera principal los encomenderos.

3° Se daba también una presión para que los negros se casaran con negros.

4° Se prohibía a los virreyes y altos funcionarios casarse con mujeres domiciliadas en el territorio donde ejercen sus funciones (1994:132).

Derechos reales:

1° Se daban reglas especiales sobre el hallazgo de tesoros.

Contratos y obligaciones:

1° Se reglamentaba en forma especial los contratos de seguro, fletamento y mandato.

2° Se dieron normas protectoras para los indígenas en relación al trabajo.

3° Se regulaba el pago de deudas con mercancías en ciertos lugares.

4° Se daban restricciones de comercio entre las Indias y España (1994:133).

Sucesiones:

Únicamente añade al fondo general castellano el informal “testamento de indios”, algunas medidas para proteger la libertad testamentaria contra presiones por parte del clero y reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las Indias, que debían ser remitidas a herederos domiciliados en la península (1994:133).

8.18 LA ILUSTRACIÓN Y LAS REFORMAS BORBÓNICAS.

La Ilustración es una consecuencia del proceso iniciado en el Renacimiento. El absolutismo ilustrado entró en España y los monarcas iniciaron los

cambios necesarios para levantar a la Península de su postración y devolverle su anterior carácter de potencia de primer orden. Se buscaba dar una fundamentación nacional y absolutista al poder, unificar los reinos hispánicos, extender el control sobre la iglesia, modificar los planes y esquemas educativos, ampliar los conocimientos científicos, etc. (Cruz Barney, 2005:594).

Los Borbones traen consigo una concepción centralista y autoritaria del poder monárquico. El pueblo debe limitarse a obedecer las leyes y el rey a regular las actividades de los súbditos para lograr el bien común.

Se impone la noción de que el poder proviene directamente del Dios al monarca, de ahí que éste no tenga que dar cuentas al pueblo de sus acciones y decisiones.

Las características del absolutismo borbónico fueron:

- 1º Absolutismo total y declarado o expreso.
- 2º Racionalización del poder.
- 3º Reformismo económico y social.
- 4º Filantropismo.

La estructura estatal fue modificada, eliminando el antiguo sistema de concejos y sustituyéndolo por secretarías de estado.

Los reinos indianos dejaron de ser tratados como tales para considerarlos provincias ultramarinas. Se crearon dos virreynatos nuevos, el de Santa Fe de Bogotá (1717) y el de Río de la Plata (1776).

En materia de justicia en 1776 se expidió la instrucción de Regentes, y en 1783 nació el tribunal de minería. Se organizaron nuevos consulados en Guadalajara y Veracruz, se liberalizó el comercio con las Indias mediante diversas disposiciones de comercio libre y fundamentalmente con el reglamento de 1778. Aparece la figura de la intendencia.

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE.

Reporte sobre los temas de la unidad.

Lecturas comentadas de uno de los temas de la unidad.

Trabajo en equipo.

Exposición oral en forma de seminario.

AUTOEVALUACIÓN.

1° Explica en que consiste el derecho de conquista.

2° Menciona y explica cuáles son las fuentes del derecho indiano.

3° Menciona el contenido de la Recopilación de las Leyes Indias.

4° ¿En qué consiste la justicia ordinaria?

5° ¿En que consiste la justicia extraordinaria?

6° ¿Cuál fue la finalidad de la encomienda?

7° ¿Cómo se encontraba regulada la tenencia de la tierra?

8° ¿Cuáles eran las facultades del Real Patronato?

9° ¿Cuáles eran las actividades de la Inquisición?

10° ¿Cómo influyeron las reformas borbónicas en la Nueva España?

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO.

CRUZ Barney, Oscar, *historia del derecho en México*, México, Oxford, 2005, 1042 pp.

FLORIS Margadant, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Esfinge, 1994, 296 pp.

IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Historia del derecho*, México, Escuela Normal Superior de Michoacán, 2004, 195 pp.

INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, Tomo 2 D-G, México, Porrúa, UNAM, 1998, 1602 pp.

DELGADO de Cantú, Gloria, *Gran historia de México*, Tomo 2, México, Alambra Mexicana, 1996, 569 pp.

PIETSCHMAN, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias de la Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 319 pp.

DE ITA Rubio, Lourdes, *Viajeros isabelinos en la Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, 225 pp.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS Hidalgo, Juan, *La cuestión del indio: Bartolomé de las Casas frente a Ginés de Sepúlveda, visión ética, jurídica y religiosa del indio en la polémica de Valladolid 1550*, Morelia, Red Utopía, A. C., 2001, 526 pp.

Editado

18 de noviembre 2011

HISTORIA GENERAL DEL DERECHO OCCIDENTAL VOLUMÉN I



Colección

“Transformaciones Jurídicas y Sociales en el Siglo XXI”
5 serie/No. 5

Coordinadores de la Colección

Hill Arturo del Río Ramírez
Teresa M. G. Da Cunha Lopes

Coordinador de la Edición y Diseño Gráfico

Luis López Ramírez



NOVIEMBRE 2011
