



El Derecho de los Aztecas

Josef Kohler

Introducción a la Historia
del Pensamiento Jurídico en México

Javier de Cervantes

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

ANALES DE JURISPRUDENCIA

COLECCIÓN “DOCTRINA”

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ

Y LOS CONSEJEROS DE LA JUDICATURA:

LIC. JUAN BAUTISTA GÓMEZ MORENO,

DRA. ELENA RUTH GUZMÁN GÓMEZ,

LIC. JUAN ÁNGEL LARA LARA,

LIC. JOSÉ CRUZ LAVANDEROS YÁÑEZ,

LIC. JUAN TZOMPA SÁNCHEZ, Y

LIC. JORGE VALENTÍN VÁZQUEZ CASTELLANOS.

TIENEN EL HONOR Y AGRADO DE HACER
LLEGAR AL LECTOR LA PRESENTE OBRA,

PORQUE PUBLICAR LIBROS ES NUESTRA TAREA,
Y
DIFUNDIR CONOCIMIENTO ... NUESTRO COMPROMISO

**EL DERECHO
DE LOS
AZTECAS**

JOSEF KOHLER

**INTRODUCCIÓN
A LA HISTORIA DEL
PENSAMIENTO
JURÍDICO EN MÉXICO**

JAVIER DE CERVANTES Y ANAYA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

El estudio y práctica de la Historia del Derecho, ya sea la universal o la nacional, como rama de conocimiento autónoma en la profesión que hemos seguido, ha tenido un desarrollo que dista mucho de estar a la altura de su importancia intelectual, así como de los requerimientos académicos y prácticos tanto de los estudiantes de las diversas escuelas y facultades de Derecho, como de los Juzgadores y miembros del Foro. Por esta razón –entre varias otras más–, el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal**, por conducto de su Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, se dio a la tarea de cubrir ese vacío doctrinal, y tiene ahora el enorme agrado de presentar al público de esta ciudad Capital dos magníficas obras acerca de la evolución jurídica de nuestro país en un solo volumen, como son *“El Derecho de los Aztecas”*, del afamado jurisconsulto y juzgador alemán Josef Kholer, y la *“Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México”*, del destacado abogado mexicano don Javier de Cervantes y Anaya.

— 0 —

El 9 de marzo del año 1849, en la localidad de Offenburg, nació uno de los más ilustres representantes de la Escuela Sociológica alemana del Derecho de fines del siglo XIX, el profesor Josef Kohler. Este portento de erudición y creación jurídicas, se educó en las Universidades de Heidelberg y Freiberg, alcanzando el grado de doctor en Derecho en 1873; un año después fue designado juez en la ciudad de Mannheim, y en 1888 fue nombrado profesor en la mundialmente famosa y respetada Universidad de Berlín.

Seguidor de las doctrinas de Hegel, Kohler sostiene, en esencia, que es necesario realizar un estudio sistemático y científico de la Historia del Derecho, para poder formular una teoría general y coherente sobre la Filosofía del mismo. Su obra más importante, denominada *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1908), es un estudio de la Teoría de la Justicia basada, precisamente, en la Filosofía de la Historia de índole hegeliana. Además de sus trabajos de Filosofía e Historia del Derecho, y de su carrera como juzgador y catedrático, Kohler fue uno de los pioneros en el estudio de las ramas del Derecho de Autor y de Patentes; escribió una novela, varios volúmenes de poesía y, por si fuera poco, diversos ensayos sobre Historia del Arte. El 3 de agosto de 1919, el eximio autor del *Derecho de los Incas*, así como del “*trabajo más ... autorizado*” sobre el Derecho Azteca –según palabras de otro ilustre historiador del Derecho, como fue el profesor español don Rafael Altamira– falleció en la ciudad de Charlottenburgo, en las afueras de Berlín.

En los aciagos años del México de la segunda década del siglo XX, el maestro Miguel S. Macedo se dedicó intensamente al estudio de la Historia del Derecho Patrio, debido a los “*trastornos y tribulaciones que la revolución trajo para los hombres de mi generación y de mi grupo social y político*” (o sea el llamado *Partido Científico* del ya para entonces derrocado régimen porfiriano); y mientras procedía a la lectura de la monumental obra “*Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada*” de don Rafael Altamira, halló una cita que hacía referencia a un artículo por completo desconocido en nuestro medio jurídico e intelectual, denominado “***El Derecho de los Aztecas***”, trabajo que fue publicado originalmente en Stuttgart, Wurtemberg, en el año de 1892, por la *Revista de Ciencia Jurídica Comparada*, y el cual fue dedicado por el autor al prominente etnólogo A. Bastian.

Una vez terminada la primera gran conflagración mundial en Europa, el licenciado Macedo mandó pedir a Alemania una copia de dicho texto, el cual fue traducido por uno de sus alumnos de la *Escuela Libre de Derecho* que dominaba la lengua de Goethe, de nombre Carlos Rovalo y Fernández. Una vez terminada la traducción, este maravilloso opúsculo (que incluye dos apéndices sobre las *Leyes de Nezahualcóyotl* y las *Leyes de los indios de Anáhuac o México*), fue publicado en la *Revista Jurídica* de esa Escuela en el año de 1924, y años más tarde reimpresso en el número 9 de la *Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C.*, de diciembre de 1959, texto sobre la cual se reproduce, con exclusivos fines de divulga-

ción académica y cultural, la presente edición con el texto íntegro de esta pequeña obra maestra de Historia y Antropología jurídicas del México prehispánico, incluyendo las notas al pie de página, propias de la edición de 1959, e incluso los errores en la subdivisión del texto, como aquellos que empiezan en *Aztecas 4* y finalizan en *Aztecas 7*, sin que se mencionen los primeros que corresponden a *Aztecas 1 a 3*.

En esta obra, el estudioso podrá conocer acerca de las principales fuentes del Derecho prehispánico, principalmente el denominado *Libro de Oro*, el más antiguo y valioso documento azteca de contenido ciento por ciento legal, traducido en Valladolid en 1543 por el fraile Andrés de Alcobiz, última parte de la llamada *Historia de los mexicanos por sus pinturas*, traducido por fray Andrés de Olmos, cumpliendo instrucciones del presidente de la Segunda Audiencia de México don Sebastián Ramírez de Fuenleal, quien lo llevó a España al término de su gestión en 1536.

En materia de organización política y gubernamental, el lector tendrá oportunidad de conocer, entre otras materias: la trascendente obra legislativa de los príncipes texcocanos; del Derecho de las Personas y de Familia, en donde –para sorpresa de muchos– existía la norma de que el hijo de esclavos nacía libre (lo que no acontecía, por ejemplo, en la Roma antigua), disposición proveniente de una reforma impulsada por el rey *Nezahualpiltzintli*, así como la tendencia entre los jueces a dificultar el divorcio con el ánimo de que la familia, como célula base de toda sociedad, prevaleciera el mayor tiempo posible, por lo que las senten-

cias sobre este punto más que declararlo, autorizaban al cónyuge solicitante a hacer lo que mejor le pareciere; y de la escasamente desarrollada noción de obligación civil que existía en el mundo prehispánico, en donde como ejemplo de ello se tiene que en la compraventa el vendedor tenía el derecho de arrepentirse, devolviendo simplemente el precio pagado por su contraparte.

En lo tocante al Derecho Penal, éste se caracterizó por su extrema severidad y crueldad, encontrándose como penas principales la de muerte (ya sea por descuartizamiento, cremación en vida, decapitación, machacamiento de la cabeza con piedras, empalamiento, etc.) y la reducción a la esclavitud; sin embargo, la noción de venganza privada (típica del Derecho Bárbaro de la Europa medieval, por ejemplo) no era permitida, ya que sólo prevalecía la voluntad jurídica estatal, tal y como acontece hoy en día. En lo tocante a la administración judicial, se tiene conocimiento que desde el año de 1357, el rey chichimeca *Techotlalatzin* ya había establecido juzgados en las ciudades sojuzgadas por él, lo que lo convierte en el primer impulsor y organizador de tribunales en el territorio de lo que hoy es nuestro país.

Por lo que hace a la administración procesal en el imperio azteca, existía una doble clasificación paralela de los tribunales, que se dividían en juzgados de primera instancia y superiores (como sucede en el presente), así como en reales (porque se asentaban en la capital del imperio) y provinciales. El tribunal de primera instancia era colegiado, resolviendo en sala de tres o cuatro jueces; la senten-

cia, llamada *tlacontequitzli*, se pronunciaba a nombre del presidente de dicho órgano colegiado, llamado *tlacatécatl*. El tribunal de segunda instancia, también de carácter colegiado y presidido por el *cihuacoatl* o Canciller de Justicia del imperio, conocía de las apelaciones en contra de los fallos de primera instancia, y era –al mismo tiempo– el tribunal para asuntos de la nobleza.

—0—

La segunda obra que contiene este volumen, intitulada por su propio autor como ***“Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México”***, tiene como base los apuntes de clase de la materia de Historia del Derecho Patrio impartida por el propio doctor de Cervantes, los cuales ahora se presentan en forma de libro, respetándose en todo momento la sintaxis y notas a pie de página que se encuentran a lo largo del rico y aleccionador contenido de los mismos.

Don Javier de Cervantes y Anaya nació en enero de 1897 en esta ciudad, y falleció en el mes de octubre de 1963, también en el Distrito Federal; realizó sus estudios básicos y preparatorios en el *Instituto Franco Inglés*, y los superiores en la *Escuela Libre de Derecho*, de la cual egresó como abogado en 1923, con la tesis denominada *Mancomunidad e indivisibilidad de las obligaciones, confusión que de estos conceptos hace el Código Civil*; y en la que también fue profesor de las materias de Historia General del Derecho y la de Historia del Derecho Patrio.

Años más tarde, el licenciado de Cervantes también impartió cátedra de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de nuestra Máxima Casa de Estudios, en la que alcanzó el grado de doctor en Derecho *ex officio*. Su amplia, productiva e intachable vida profesional llevó al doctor de Cervantes al ejercicio libre de la profesión; a la jefatura jurídica de diversas instituciones públicas (entre las que se cuenta la Secretaría de Educación Pública y el Instituto Mexicano del Seguro Social); y a ocupar los cargos de Rector del *Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México*, y el de Presidente de la *Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia*, correspondiente a la de Madrid.

La **“Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México”** es una obra que se divide en cuarenta capítulos, a lo largo de los cuales nuestro culto y profundo autor desarrolla, con base en una excelente bibliografía tanto jurídica como histórica (que constituía parte de su envidiable biblioteca de cerca de diez mil libros, muchos de ellos verdaderas joyas y rarezas bibliográficas), las dos fuentes de nuestro Derecho, la primera de las cuales se encuentra en España, la que comienza, a su vez, en sus vertientes celta y romana; pasando por la visigoda o *bárbara*; hasta la monárquica o *regalista*, a partir de los Reyes Católicos. Posteriormente, el doctor de Cervantes procede al estudio del orden jurídico indígena, principalmente el azteca, poniendo especial énfasis en la fusión de ambos Derechos, el europeo y el indígena, que dieron origen al rico y todavía poco explorado Derecho Colonial mexi-

cano, para finalizar sus Apuntes con la promulgación por el Segundo Congreso Constituyente de la Constitución de 1824, así como con una descripción sintética de los siguientes cinco Congresos Constituyentes hasta el año de 1857.

A lo largo de esta **Introducción**, nuestro autor expone su personal visión y pensamiento acerca de la importancia de las costumbres en la formación de la verdadera constitución de un país determinado, que no requiere estar escrita en un documento determinado a la manera de la Constitución de Filadelfia de 1789, que sirviera de modelo para las Constituciones de Cádiz de 1812 y de México de 1824. Dichas costumbres, principalmente las sociales, religiosas y las políticas, todas ellas unidas por los principios del Derecho Natural y decantadas por el paso de las décadas e incluso de los siglos, conformaron en muchos lugares de España y América un orden jurídico sólido, funcional y estable, como fue el que rigió en la entonces Nueva España, el cual transcurrió a lo largo de tres siglos sin mayores perturbaciones internas, y que además ni siquiera requirió para su estabilidad y sostenimiento de un ejército o policía permanentes por casi doscientos cincuenta años.

Si bien nuestro autor fue un hombre profundamente católico y gran admirador de la obra jurídica española, el doctor de Cervantes no por ello prescinde de la objetividad histórica, riqueza de fuentes y diversidad de opiniones que su misión como catedrático le imponía; y si para algunos críticos de juicio liviano su obra podría ser calificada como de *conservadora* o *hispanista*, a éstos les sorprenderán sus

ideas acerca de la revaloración social –por medio del trabajo y el respeto a su dignidad como personas– de los indígenas, cuyas comunidades resultaron mucho más perjudicadas por el falso espejismo de la igualdad liberal del siglo XIX, que de las disposiciones coloniales que siempre velaron por ellas con base en el aristotélico principio de tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales.

— 0 —

Con la publicación de estas dos imprescindibles y extraordinarias obras de carácter histórico-jurídico, el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal** hace patente su compromiso a favor de la difusión de la cultura jurídica nacional e internacional, tarea de carácter editorial consustancial a su misión primaria y central de impartir y administrar Justicia en la ciudad que fuera capital de la más impresionante y poderosa cultura de la América precolombina; capital del más rico y soberbio virreinato de todo el imperio español, el primero en el mundo en el que el sol nunca se ocultaba; y desde 1824 capital de esta gran y pujante Federación, que es la mexicana.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCA
*PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL*

Otoño del 2002

**EL
DERECHO
DE LOS
AZTECAS**

PRÓLOGO A ESTA EDICIÓN

Nunca me fueron indiferentes las cuestiones de historia del derecho, acaso por su conexión con el derecho penal, al que tuve que dedicarme desde antes de obtener el título de abogado y que nunca he abandonado por completo, por más que mis estudios no hayan tenido la profundidad que hubiera yo deseado. Repartida, o mejor dicho, dispersa mi atención en variadas labores, generalmente de orden práctico, como abogado o como funcionario, no me fue dado hacer lecturas sistemáticas de historia jurídica hasta el período de trastornos y tribulaciones que la revolución trajo para los hombres de mi generación y de mi grupo social y político, sobre todo de 1914 en adelante. Entonces hallé en los estudios históricos un medio grato y seguro para distracción y alivio de preocupaciones y congojas.

Emprendida la lectura de las obras del ilustre don Rafael Altamira, celebrado huésped de México hace tres lustros, encontré una mención de *El Derecho de los Aztecas*, calificado del “trabajo más reciente y autorizado” acerca de la propiedad comunal en el derecho de los pueblos americanos antes de la conquista.¹

1 *Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada*, Madrid, 1914. pág. 314.

No encontré ejemplar alguno de la obra en México, por más que haya de existir en librerías privadas, y cortadas por aquel entonces las comunicaciones con Alemania, tuve que esperar a que concluyera la guerra mundial y se mitigaran los trastornos que produjo. Pasado algún tiempo llegué a obtener un ejemplar, no sin cierta dificultad por existir restricciones para la exportación de libros alemanes.

Mi ignorancia del idioma en que fue escrito *El Derecho de los Aztecas* me hizo pensar en valirme de otra persona para la traducción aun cuando careciera de conocimientos jurídicos y tuviera yo que auxiliarla con explicaciones de carácter técnico; pero me sacó de apuros el espontáneo ofrecimiento que de tomar a su cargo esa labor me hizo el joven abogado don Carlos Rovalo y Fernández hijo de la Escuela Libre de Derecho, conocedor del idioma alemán. Inútil es decir con cuánto placer acepté el ofrecimiento.

Comunicándome el señor Rovalo su trabajo, a medida que adelantaba, comprendí bien pronto que *El Derecho de los Aztecas* es una obra erudita, inspirada en ricas y variadas fuentes, seleccionadas e interpretadas con saber e inteligencia superiores, y que por lo mismo debe ser calificada de concienzuda y digna del elogio con que habla de ella el señor Altamira. El esfuerzo que representa es de muy grande valía, pues tiene por base las obras de historia antigua de México de mayor autoridad, pudiendo decirse que no dejó de consultar el autor ningún testimo-

nio de importancia de cuantos eran conocidos en la época que escribió, es decir hasta 1892.

El mérito de *El Derecho de los Aztecas* tiene que corresponder a la reputación del autor, eminente profesor de la Universidad de Berlín, autor de diversos estudios de derecho comparado y de filosofía del derecho, de las ideas de Hegel y considerado como uno de los más distinguidos historiadores jurídicos.

Son de mencionarse algunas de sus opiniones que demuestran la solidez de sus conocimientos. Cree que sin una historia universal del derecho es imposible construir una teoría sobre filosofía del mismo, puesto que el derecho es una de las manifestaciones de la cultura humana, no una manifestación externa y casual, sino que se apoya en los más íntimos tejidos del alma nacional correspondiendo necesariamente a la presión cultural evolutiva.

De acuerdo con Hugo y Savigny, Kohler sostiene que no existe un derecho natural permanente e inmutable *ab aeterno*, y que el derecho se desenvuelve conforme al período de cultura y según las exigencias de cada etapa de la civilización, por lo cual es variable, pero sin que por ello sea imposible fijar su filosofía, ya que como producto psicológico, su evolución tiene que estar regida por las leyes del espíritu humano.

Otro de los principios fundamentales para Kohler, como consecuencia de los anteriores, es la necesidad de

relacionar la historia del derecho con la de la civilización, puesto que aquél no es sino una forma de ésta.

Basta lo dicho para comprender en toda su amplitud cuan científico tiene que ser *El Derecho de los Aztecas* y cuan grande es la atención que merece.

Por otra parte, realza sus méritos la escasez de estudios sobre la materia. En las historias generales de los aztecas, sólo en las de Clavijero (1780) y Orozco y Berra (1880) se encuentran capítulos especiales sobre el derecho indiano con abundancia de noticias, por lo que comúnmente son éstas las obras a que se recurre cuando se quiere conocer algo acerca de la vida jurídica precortesiana.

Es digna de mención la obra intitulada *Los Antiguos Mexicanos*, que forma parte de la *Sociología Descriptiva* de Herbert Spencer, y en la que colaboró Richard Sheppig. Traducida del inglés por Daniel y don Genaro García, fue publicada en edición esmerada,² en la que se tuvo el acierto de insertar los pasajes de nuestros antiguos historiadores tomándolos de los textos originales, corrigiendo de esta manera defectos de traducción y a veces adulteraciones, según lo hicieron constar los traductores en la advertencia que pusieron al frente de su edición. Esta obra constituye una preciosa colección de

2 México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1896.

textos de los historiadores más reputados, clasificados por materias, de manera que se facilita en extremo la consulta.

Como trabajos mexicanos especiales sobre el derecho azteca sólo podemos citar tres, que mencionaremos en orden cronológico.

El Discurso sobre la Legislación de los Antiguos Mexicanos por don Francisco León Carbajal, pasante de abogado, leído en la Academia de Jurisprudencia teórico-práctica del Colegio de Abogados de México, en 1863,³ es un opúsculo redactado especialmente y tal vez exclusivamente sobre la *Historia de México* de don Francisco Carbajal Espinosa, a quien suponemos padre del autor del *Discurso*, sin ocurrir a las fuentes directas sino raras ocasiones. El método seguido importa la pretensión de encuadrar el derecho azteca en el marco del romano, conforme a la Instituta de Justiniano. Se concede muy escasa atención al estado social de los aztecas y con frecuencia se hacen suposiciones sin más base que la interpretación de textos de historiadores aun de segunda mano, o conjeturas formadas sobre ellos. Estas circunstancias impiden que el discurso sea considerado obra de mérito y autoridad.

3 Impreso en México, 1864. Existen ejemplares en la Biblioteca de la Sociedad de Geografía y Estadística y en la del Museo Nacional de Historia y Arqueología.

Trabajo menos extenso, pero de mayor valía es, sin duda, *El Derecho Mexicano antes de la Conquista*, del señor licenciado don Lucio Mendieta y Núñez, publicado en castellano, con un resumen en inglés, en *Ethnos*, revista para la vulgarización de estudios antropológicos sobre México y Centro América, dirigida por el señor don Manuel Gamio,⁴ advirtiendo ser fragmento de un estudio sobre *El Origen y la Evolución del Derecho en México*. Las fuentes en que este trabajo se inspira son excelentes: Clavijero, Orozco y Berra, los *Memoriales* de Motolinia, la *Historia Eclesiástica* de Mendieta y la *Historia General* de Sahagún.

Por último, debemos citar el estudio del señor licenciado don Ramón Prida, leído el 22 de septiembre de 1921, en el Primer Congreso Jurídico Nacional intitulado *Organización Judicial y Procedimiento de los Pueblos de Anáhuac al llegar los Conquistadores Españoles*. Este trabajo es muy breve, a pesar de la amplitud de su objeto, y no determina la fuente de sus noticias, por lo cual se debe tener como un mero resumen o sinopsis.

Cuestión de especial interés para nosotros es el grado de importancia que tenga el derecho azteca para los actuales pobladores de la República Mexicana. *A priori* se podría suponer que fuese grande esa importancia por

4 Números 8 a 12 correspondientes de noviembre de 1920 a marzo de 1921, págs. 168 ss. No sabemos que después se haya publicado ningún otro número.

estar constituido el pueblo mexicano por el mestizaje, en su mejor parte, o por simple conglomerado en que las razas indias figuran con una superioridad numérica evidente, por lo que sería de conjeturar que las ideas y los usos ancestrales tendieran a reaparecer tan luego como hubiese ocasión propicia por las agitaciones políticas que, disminuyendo la presión o energía de las nuevas formas de cultura, facilitan tanto las regresiones en el orden moral.

Sin embargo, en el derecho legislado de la República no se encuentran huellas claras y, como lo haremos notar después, apenas si en la legislación colonial exclusiva para los indios se encuentran sancionadas instituciones anteriores a la conquista. En los períodos revolucionarios y en particular cuando se levantan armadas las masas populares, se nota una resurrección del concepto de propiedad colectiva de los pueblos, que aparece espontáneamente y unida de manera indisoluble con toda idea de revolución igualitaria o reivindicadora, siempre que un caudillo agite el sentimiento de las clases inferiores, aunque no se trate sólo de indios. Así pasó con Hidalgo y todos los caudillos populares que le han seguido hasta Madero, siendo que éste nada había ofrecido respecto de reparto de tierras en su plan revolucionario ni en sus discursos de propaganda. Carranza fue quien dio forma concreta y legal a ese pensamiento en la ley agraria de enero 6 de 1915 e hizo resurgir la propiedad comunal que seguramente tiene raíces atávicas en la población india, aunque la rechace el mestizo contiguo al indio Zapata, a

quien se puede considerar representante genuino del sentir de porción no pequeña del proletariado agrícola, quería la tierra suya, para él, con facultad de disponer, y rechazaba con indignación el reparto de tierras de propiedad colectiva e inalienables por sus poseedores.

En todo esto hay, a no dudarlo, una vaga idea de restitución de la tierra, suponiendo que los pobladores indígenas fueron despojados por la conquista y el régimen colonial, lo mismo del suelo que de la soberanía política, sin reflexionar en que la enorme extensión del territorio nacional nunca fue cultivada antes de Cortés sino en mínima parte, y que aun durante la época colonial apenas si lograron los virreyes poblar de trecho en trecho los vastos desiertos del norte, sólo habitados o mejor dicho, recorridos, por las tribus nómadas de los indios bárbaros, que más tarde fueron concentrados en las reservaciones norteamericanas.

Aun en sus demandas y procedimientos de restitución y dotación de tierras nunca los indios invocan títulos —concesiones o posesión—, anteriores a la conquista, sino que fundan sus pretensiones en mercedes reales o en sentencias de los tribunales de la colonia, siendo el Archivo General de la Nación el almacén donde van a proveerse de elementos de reclamación.

En las *Leyes de Indias*, que no estudiamos los mexicanos, pero que sí estudian los juristas historiadores espa-

ños, por más que para ellos sea más difícil establecer las relaciones que puedan tener con las instituciones y la vida práctica del indio; en esas leyes, decimos, pueden encontrarse huellas del derecho precortesiano, pues a veces los reyes españoles dieron forma legal a lo que los indios tenían y practicaban. Precisamente la propiedad comunal de los pueblos fue legalmente sancionada, como institución exclusiva para los indios de la colonia, en tanto que para los españoles y los mestizos se imponía la propiedad individual con su *ius abutendi*, conforme a la legislación de Castilla.

No es posible calcular la importancia de todo lo que se encuentre al estudiar a fondo la legislación de Indias y el alma indiana, por poco que se haya dado cumplimiento a las órdenes del Emperador Carlos V: *“Los gobernadores y justicias reconozcan con particular atención la orden y forma de vivir de los indios, policía y disposición en los mantenimientos, y avisen a los virreyes y audiencias, y guarden sus buenos usos y costumbres en lo que no fueren contra nuestra sagrada religión”* (R. I., V, 2, 22, 1530 julio 12). *“Mandamos y ordenamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía... que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro... se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos”* (R. I., II, 1, 4, 1555 agosto 6).

Si nuestra historia social y política necesita ser rehecha porque desde sus cimientos está carcomida por la

falta de datos ciertos, y porque donde quiera se encuentran en ella vacíos o lagunas de la mayor importancia, lo cierto es que nuestra historia jurídica está completamente por hacer, lo que hace más interesantes los trabajos serios que representan una contribución que por sí misma es valiosa, pero que debe serlo mucho más por el ejemplo de método científico para los ulteriores trabajos. Tal es el caso de *El Derecho de los Aztecas*, cuyo conocimiento quisiéramos difundir ampliamente para alentar y provocar nuevas y mejores investigaciones.

Para la formación de un pueblo y su alma nacional es necesario que conozca su historia. La comunidad de sentimientos y de aspiraciones es la que forma la patria común para los que conviven en determinado territorio; pero si ignoramos quiénes fueron nuestros antepasados, cómo pensaron, sintieron y obraron, nos sentiremos sobrepuestos en nuestra propia patria y careceremos de la raigambre profunda que nos permita resistir los embates de pueblos mejor unidos, con aspiraciones más homogéneas y más conscientes de su historia.

Por esto concedemos vital importancia a la historia de nuestro derecho y del de nuestros antecesores, por más que parezca ya desligado de nuestro presente. Pero es preciso que la historia sea toda verdad y no leyenda de poesía o de mentida grandeza; que tenga por base los hechos reales, aunque por ello pueda parecer pobre y fea. Eso será una mera apariencia, pues nada es más bello que la verdad cuando se sabe comprenderla. El cielo des-

crito por los poetas no tiene tantos esplendores y bellezas como el que contemplamos después de habérselo explicado Kepler y Newton y Einstein.

Miguel S. Macedo.

EL DERECHO DE LOS AZTECAS

... pluguiera a Dios que ni Código, ni Digesto, ni hombre que había de regir a indios por ellos pasara a estas partes; porque ni Justiniano hizo leyes ni Barthulo ni Baldo las expusieron para este nuevo mundo y su gente... (Mendieta, "Carta al Padre Fray Francisco de Bustamante, de 1562", en Colección de Documentos para la Historia de México, tomo II, pág. 531).

I. INTRODUCCIÓN

1

Los aztecas eran una tribu de los pueblos nahoas, que en el transcurso de los siglos avanzaron del noroeste hacia el este y el sur de México, donde con varia fortuna fundaron reinos, hasta llegar a la gloria y poder de *Tenochtitlán*, que deslumbró a todos, aunque permaneciendo en estrecha alianza con el reino *acolhua* de Texcoco. Pero su mayor brillo fue la señal de su decadencia. Bajo *Moteczuzoma* II, el más deslumbrador de los monarcas del reino de *Tenoch*, llegó el atrevido conquistador y en dos años, con sus cuatrocientos cincuenta hombres y la ayuda de los tlaxcaltecas, tradicionales y acérrimos enemigos de *Tenochtitlán*, demolió el Imperio.

De las peregrinaciones de los pueblos nahoas y de la fundación de sus reinos, estamos informados por los cronistas de los aztecas, aunque muchas cosas permanecen obscuras y dudosas, como por ejemplo, el punto inicial de la peregrinación, la isla de *Aztlán*, que se supone situada no muy lejos de la costa mexicana.¹ Parece que allí se detuvieron por largo tiempo los nahoas antes de iniciar su peregrinación. De dónde hayan llegado a esa isla no podemos determinarlo, pues ni su idioma ni su derecho, que no se puede relacionar con ningún derecho asiático original, parecen indicar que hayan sido una migración del Asia.²

-
- 1 Chavero, *Apéndice a la edición de Durán*, pág. 96, opina que era una isla situada en la laguna de San Pedro de Mexiticacan, en el grado 22 de latitud norte (esa laguna queda al Sur de Chametla, antes Distrito del Rosario, Sinaloa. Adición del traductor).
 - 2 Tampoco es exacto que haya concordancia con los relatos chinos. Lo que refiere Neumann en *México en el siglo V de nuestra era*, pág. 17, respecto a los orígenes de un reino de *Fusang*, no tiene nada que ver con el México antiguo. En aquella obra se habla de caballos y bueyes. Tampoco del estado jurídico resultan verdaderas analogías. *Cfr.* También Rosny, en los *Archives de la Société Americaine de France*. N.S. III, págs. 193 ss. No es necesario refutar la opinión a menudo emitida por los escritores de los primeros siglos y aun más tarde por otros, principalmente por un hombre del mérito de Kingsborough, acerca del origen hebraico de los mexicanos. Igualmente, se deben considerar erróneas las relaciones que algunos quieren establecer entre estos, el budismo y el cristianismo. Uno de los mayores méritos de la ciencia etnográfica es el de saber ya que los mismos fenómenos se repiten en los distintos pueblos de las varias regiones del globo, sin que exista entre ellos relación alguna directa, y que esos fenómenos no son en manera alguna arbitrarios, sino la expresión del espíritu humano, y que el espíritu nacional de cada uno de los diversos pueblos de la tierra presenta muchas analogías.

Las peregrinaciones fueron comenzadas por los chichimecas. De quienes se decía que ya en el año 50 J. C. habían salido de *Aztlán*,³ penetrando muy lejos hacia el oriente, variando después hacia el sur y esparciéndose de ahí en muchas y variadas tribus. La tribu *acolhua* adquirió grande y duradera importancia, fundó la antigua y culta ciudad de Texcoco, y de ella surgieron los grandes legisladores, *Techotlalatzin* y, sobre todo, el fundador del derecho mexicano posterior, *Nezahualcóyotl*.

Los toltecas empezaron su peregrinación en el año 583, si damos crédito a los historiadores, fundando por el año 674 la ciudad de Tula, donde dominaron hasta la destrucción del imperio tolteca, bajo su último rey, *Tepiltzin*, en el año 1116.⁴

Los aztecas peregrinaron hacia el sur bajo su legendario conductor *Huitziltón*, de quien más tarde hicieron su dios *Huitzilopxtli*,⁵ deteniéndose probablemente algún tiempo en Michoacán, y tomando, poco a poco, la dirección

-
- 3 Simeón, en la *Introducción a los Anales de Chimalpahin*, pág. XXX. Se niega a los chichimecas la calidad de tribu nahoa y se pretende que sólo más tarde adoptaron el idioma nahoa. (Pimentel, *Cuadro Descriptivo y Comparativo de las Lenguas Indígenas de México*, México, 1862, tomo I, págs. 154 ss.). Esto parece poco verosímil en sí y no está suficientemente probado con los argumentos de Pimentel; en todo caso, sólo podría admitirse de cierto número de tribus que suelen contarse entre los chichimecas y que debieran eliminarse de ellos; pero en ningún caso de los chichimecas en general.
- 4 Cfr. Chavero, *Apéndice a Durán*, págs. 51 ss. y 92 ss.
- 5 *Huitzilopxtli* es un dios esencialmente azteca. Cfr. Soler, en *Congres Intern. Des American*, VII, pág. 734.
-

del oriente, llegaron al territorio mexicano. Aquí permanecieron largo tiempo sojuzgados por otras tribus, pero al fin lograron recobrar su libertad, fundando hacia el año 1325 la ciudad de *Tenochtitlán* (México) y eligiendo reyes sucesivamente a *Acamapixtli* (1367-1387), al legislador *Huitzilíhuítl* (1391-1415), al desgraciado *Chimalpopoca* (1415-1426);⁶ al libertador, el gran *Itzcoátl* (1427-1440), al conquistador *Moteczuzoma* I (1440-1468), a *Axayácatl* (1469-1481), a *Tizoc* (1481-1486), a *Ahuizotl* (1486-1502) y a *Moteczuzoma* II (1502 hasta la llegada del conquistador).⁷

Los pueblos nahoas se unieron en idioma, religión y costumbres, rendían culto a *Texcatlipoca* y *Quetzalcóatl* y tenían el calendario con ciclos de cincuenta y dos años (4 por 13). Sin embargo, cada pueblo tenía sus peculiaridades: los mexicanos, principalmente, adoraban a su primitivo jefe *Huitziltón*, como su supremo dios nacional, *Huitzilopochtli*,⁸ y ellos fueron los que pusieron en práctica los sangrientos sacrificios humanos, debido quizá a reminiscencia del reino de Michoacán o de los tarascos, donde se dice que se detuvieron.

Es digno de mencionarse que algunos descendientes de los nahoas avanzaron o se desviaron hacia el sur. En Nicaragua existió una colonia mexicana que vivía conforme al derecho mexicano.⁹

6 Fue preso y se ahorcó en su cárcel.

7 Cfr. acerca de esto los *Anales de Chimalpahin*, traducción de Simeón.

8 Cfr. *supra*, pág. 13.

9 Gómara, *Historia*, cap. 206.

De igual manera existieron colonias mexicanas en Oaxaca, entre los mixtecas y zapotecas, que tenían el idioma y las costumbres de México; en Oaxaca se hablaba mucho el mexicano y los nombres de lugares, montes y ríos conservan hasta hoy en muchos casos etimologías que atestiguan su origen mexicano.¹⁰ Hasta el presente, en muchas regiones de Oaxaca, lo mismo que en Colima, Chiapas, Nicaragua y El Salvador, todavía está en uso el idioma de los nahoas.¹¹

2

El grado de cultura de los aztecas en la época de la conquista, era relativamente elevado. Las poesías que nos quedan de *Nezahualcóyotl* demuestran una profunda y madura sensibilidad; el arte dramático se encontraba ya en sus principios. Los aztecas hacían utensilios de obsidiana y de ligas de cobre; fabricaban un papel de maguey (*amatl*) y poseían el arte de la pintura, aunque no en alto grado; la escritura había abandonado desde hacía mucho tiempo los *quipos* (*quipu*) y se había convertido en jeroglífica; por este medio se había desarrollado un procedimiento ingenioso de escritura silábica, de manera que al final se empleaban indistintamente signos silábicos y signos ideográficos. Conviene saber que el paso a la escritura

10 Gay, *Historia de Oaxaca*. México. 1881, I, pág. 58. Cfr. también Gracida. *Catálogo Etimológico de los Nombres de los Pueblos, Haciendas y Ranchos del Estado de Oaxaca*, Oaxaca, 1883.

11 Pimentel, *Cuadro Descriptivo de las Lenguas Indígenas*, I, pág. 158, y Simeón, *Dictionnaire de la Langue Nahuatl*, pág. XIV. Cfr. Ludewig, *Literature of American Aborigin Language*, pág. 112, y Buschmann, *Ueber die Aztekischen Ortsnamen*.

fonética de sílabas se efectuó de manera que se quitaba el significado de los jeroglíficos algunas letras o sílabas, o cuando menos se reducían a su raíz, de manera que sólo quedaba una sílaba, *v. gr.*, el signo de *cal-li*^{11 bis} (casa) quedó *cal*; el signo de *cómitl* (olla), se volvió *co* o *con*; hasta el grado de que cuando se leía *a* en vez de *atl* (agua), ya se tenía de ese modo una sola letra. Todo eso era, sin embargo, bastante arbitrario y desordenado; si la escritura hubiera seguido desarrollándose sin interrupciones, los mexicanos hubieran llegado hasta la escritura de letras, lo que es tanto más significativo cuanto que este desarrollo se efectuó de manera por completo independiente, sin contacto con los pueblos asiáticos y de modo muy semejante a ellos.

Es sabido que su calendario tenía diez y ocho meses de veinte días cada uno, con la adición de cinco días inútiles (suplementarios), llamados *nemontemi*. Los años se agrupaban en ciclos de cincuenta y dos, a cuyo final se temía la destrucción del mundo, más la aparición del fuego nuevo anunciaba que el mundo iba a durar todavía por otro ciclo.

Junto a esta cultura de espíritu, coexistieron los horrores de los sacrificios humanos y del canibalismo, lo que no debe sorprendernos; los pueblos adelantados tienen a veces las más exaltadas pasiones y el culto conduce a menudo a crueldades extrañas.

11 bis En la lengua nahoá no existe la letra *elle* y sí hay casos en que se usa la doble *ele*. Para evitar que ésta sea equivocadamente pronunciada como *elle*, escribiremos separando las *eles* con un guión y así pondremos: *Cal-li*, *Calpul-li*, etc. (N. de T.).

3

Los aztecas impusieron definitivamente en las comarcas conquistadas una parte de su derecho; pero en muchos puntos dejaron a los subyugados su independencia a este respecto. Al llegar Cortés, sus conquistas eran en parte demasiado recientes para permitir que su derecho hubiera podido penetrar más al fondo y por eso al lado del derecho de la metrópoli existían muchos derechos provinciales.

En lo que va a seguir se procura mostrar especialmente el derecho de los aztecas y de los *acolhuas*, quienes en su vida jurídica eran afines. Respecto al derecho de las demás tribus, la tradición es muy incompleta, por lo que sólo puede conocerse por fragmentos; pero acerca del derecho de los aztecas, estamos informados de manera relativamente amplia, como se verá por la enumeración de las fuentes.

II. FUENTES

4

En primer lugar se tratará naturalmente de los monumentos jurídicos que aún se conservan.

Tenemos varios documentos jurídicos conservados por la tradición desde los tiempos del reinado de *Moteczuma*, de cuya autenticidad no se puede dudar.

El primero lo constituyen veinte leyes del *Numa* mexicano, del célebre organizador y legislador *Nezahualcóyotl*, rey de Texcoco, que era el reino vecino de México, y que le sirvió de modelo respecto a los asuntos interiores. Reinó de 1431 a 1472.

Estas veinte leyes se encuentran en la *Relación de Ixtlilxóchitl*, impresa en la obra monumental de Kingsborough, *Antiquities of Mexico*, IX, pág. 387 ss. *Ixtlilxóchitl*, descendiente de la casa real de Texcoco, estaba en posesión de las escrituras del archivo real que se había salvado de la destrucción del imperio (*infra*, pág. 15). Puede sostenerse que su autenticidad no es dudosa. Son veinte leyes que con excepción de las 16, 17, 19 y 20 tienen carácter enteramente penal. Esta colección, en lo de adelante, se citará sencillamente refiriéndola al legislador *Nezahualcóyotl*.

Veytia da una segunda colección de leyes de *Nezahualcóyotl*, tomada de los historiadores indígenas. *Historia III*, pág. 421 y siguientes. Son diez y ocho leyes de las cuales las 8, 11, 12, 13, 14 y 15, aunque en parte con ampliaciones, corresponden a las leyes 5, 1, 14, 17, 10 y 13 de la anterior colección, conteniendo las otras doce, disposiciones diferentes. Con excepción de la 17 y la 18, son de carácter penal; refiriéndose en particular las leyes 1, 2 y 8 a alta traición a la patria; la 3 y la 7, a delitos especiales de guerra; la 9 y la 10, a delitos de embajadores y jueces; la 11 y la 16, a delitos privados. A esta colección la citaremos en lo de adelante llamándola *Nezahualcóyotl* (Veytia).

Resumiendo lo anterior, tenemos de esta manera treinta y dos leyes. Se atribuyen en junto ochenta leyes al gran legislador, las cuales en parte eran orgánicas.

En tercera línea están los fragmentos de un libro de derecho mexicano, el cual nos es conocido bajo el nombre de *Libro de Oro*, en una traducción conservada del siglo XVI. Que se trata de una obra indígena, está expresamente dicho en la traducción. En esta obra se distinguen dos partes: la primera contiene una compilación privada de leyes y la última una colección auténtica.

Que la traducción de la última parte está tomada del “*Libro de sus pinturas adonde por pinturas están escritas estas leyes en un libro muy auténtico*”, está expresamente confirmado por aseveración del traductor, Fr. Andrés de Alcobiz, Valladolid, 10 de septiembre de 1543.

Tanto la parte privada como la auténtica de estos fragmentos de derecho fueron aceptadas por Las Casas, *Historia Apologética*, cap. 125, y publicadas en Kingsborough, *Antiquities of Mexico*, VII, págs. 128 y siguientes;¹² además encontramos las dos partes en la insigne obra de Orozco, *Historia Antigua de México*, tomo I, págs. 269-275; igualmente Icazbalceta mismo, el propietario del *Libro de Oro*, últimamente (1891) arregló otra edi-

12 Esta publicación parece haber pasado inadvertida tanto para Orozco como para Icazbalceta.

ción, en la *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México* (III, págs. 308 ss.). En lo que sigue, las citas se referirán a la obra de Orozco, que seguramente se encontrará más a la mano.¹³

Por lo que concierne además a ambas partes, la privada y la auténtica, podemos determinar el origen de la primera: está tomada de una crónica mexicana que nos es conocida por una traducción del siglo XVI, bajo el título de *Historia de los Mexicanos por sus Pinturas*, así como por el *Libro de Oro*, y publicada en la ya dicha *Nueva Colección*, III, págs. 228 ss. Las leyes a que se refieren se encuentran allí mismo, págs. 260 ss. Con todo lo anterior se comprende claramente la importancia de esta colección.

¿Pero quién era Fray Alcobiz, que colaboró en la traducción del mexicano de la segunda parte? Icazbalceta en su *Introducción a la Nueva Colección*, III, pág. XLIV, dice: “*Ignoro quién sea el Fr. Andrés de Alcobiz*”; sin embargo, algo sabemos acerca de él; tenemos para esto el testimonio de un autor como Las Casas, que era un hombre que dominaba perfectamente el idioma y la escritura mexicana. Conviene saber que Las Casas dice acerca de esto, en su *Introducción* al cap. 125 (Kingsborough, VIII, página 128): “*Será bien referir en este capítulo todas las leyes que yo he podido saber que avia en ellos, sacadas y colegidas con diligencia por religiosos muy entendidos y experimentados y que penetraron de raíz aquella lengua. Las cuales tengo en mi poder confirmadas de su nom-*

13 La parte auténtica empieza en esta obra en la pág. 271.

bre...”.

Al final de los fragmentos de derecho, Las Casas (*ibid.*, pág. 131), se expresa así:

Todas las leyes de suso puestas, dice aquel religioso, que fue el que más supo de la lengua mexicana y más la penetró, como dije, que son todas verdad, porque las sacó de un libro de pinturas muy auténtico de la Nueva España, que los Indios tenían con gran veneración, y era entre ellos de mucha autoridad. Y porque es verdad todo lo que aquí refirió, dijo que lo firmava de su nombre, y así lo tengo como dije, firmado del mismo. Y parece también que muchas de las cosas arriba de otros religiosos de diversas órdenes y aun de seglares, por mi avidas, son con estas conformes.

Se trata, por consiguiente, de una traducción de buena firma y de un libro de derecho que los mexicanos tenían por auténtico y en alta estima, lo que constituye un testimonio de autenticidad que no podemos conseguir mejor dadas las circunstancias.

Clavijero, que vivió de 1731-1787, nos asegura que en su tiempo aún existían originales de las leyes antiguas en forma de pinturas. Dice, según la traducción española

13 bis Edición italiana original II, pág. 249.

que tengo a la vista, II, pág. 383 ss.:^{13 bis}

Eran infinitas las copias de las pinturas megicanas en que se espresaban las disposiciones de las leyes vigentes, pues aun han quedado muchas que yo he visto, no obstante haber sido tan furiosamente perseguidas por los españoles. Su inteligencia no es difícil para los que conocen los signos y figuras de que los megicanos se valían para representar las cosas, y saben su lengua, y la significación de sus caracteres.

Quizás se encuentren todavía libros de derecho semejantes entre los manuscritos jeroglíficos. Sería un hallazgo importantísimo, aunque debemos suponer que en su mayor parte sólo corroboraría lo que ya sabemos. Aun sería de mayor importancia que se hubieran conservado documentos acerca de contratos y de procedimientos del reino azteca. Esperamos que algo nos ha de revelar acerca de lo que aún se conserva, el celo que últimamente se ha despertado por estos estudios.

El contenido de los mencionados libros de derecho queda absolutamente confirmado por los autores del tiempo de la conquista, habiendo sido aceptado por éstos, de manera que, prescindiendo de su testimonio extrínseco, no puede dudarse de la exactitud intrínseca de estos textos de leyes.

Podemos obtener diversos informes acerca de la juris-

prudencia en el *Códice Mendocino*, a pesar de que sólo existe en copia y no original. El Virrey Mendoza lo mandó explicar por indígenas y lo envió a Carlos V. Se le encuentra con explicaciones en la obra monumental de Kingsborough, *Antiquities of Mexico*, I y V.

Finalmente, son además de importancia los libros de los tributos de los que nos ocuparemos más tarde.

Hasta aquí las fuentes directas.

5

Respecto a fuentes indirectas, vamos a enumerar las obras privadas.

Historia de los Mexicanos por sus Pinturas, escrita por un desconocido del siglo XVI, probablemente de la primera mitad, con seguridad sobre una obra jeroglífica indígena. Publicada por Icazbalceta en los *Anales del Museo Nacional de México*, II (1882) págs. 85 ss.; además, recientemente, en la *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México*, tomo III, págs. 228 ss., citado adelante.

Después vienen los autores del tiempo de la conquista y de las décadas siguientes.

En primer lugar Cortés mismo, *Cartas y Relaciones*, edición Gavangos, París (1866). También una carta inserta en la *Colección de Documentos para la Historia de*

México, por Icazbalceta, I, págs. 464 ss.

Pedro de Gante, *Carta de 1529*, en Ternaux-Compans, *Recueil de pièces relatives a la conquête du Mexique* (1838), págs. 193 ss.

Francesco di Bologna, *ibid.*, pág. 205.

Orden de sucesión observado por los indígenas, págs. 223 ss.

De las ceremonias, ibid., págs. 233 ss.

Ramírez de Fuenleal, *Relación del año 1532, ibid.*, págs. 243 ss.

Toribio de Motolinia, *Carta a don Luis de Velasco, ibid.*, pág. 401, que citaremos como Toribio y del que después daremos noticias.

Petición de varios jefes indígenas de Atitlán, de 1571, *ibid.*, págs. 415 ss. (que citaremos como *Petición*).

Carta de naturales de la provincia de Tlaxcala (1562) en *Cartas de Indias* (Madrid, 1877).

Carta del Arzobispo Pedro de Moya y Contreras (1575 y 1579), *ibid.*

Carta de Fr. Pedro de Gante, de 1552, *ibid.*

Diversos fragmentos de documentos del tiempo de la conquista se encuentran en Alamán. *Disertaciones sobre la Historia de la República Mexicana* (México, 1844). Cfr. además las *Cartas de Witt y Chávez en la Segunda Recueil*, de Ternaux-Compans, págs. 284 ss. y 293 ss.

Toribio de Motolinia, *Historia de los Indios*, en Icazbalceta, *Colección de Documentos para la Historia de México*, tomo I, págs. 1 ss. (México, 1858) y que citaremos como Motolinia.

Otra edición de la misma obra bajo el título: “*Ritos antiguos, sacrificios e idolatría de los indios de la Nueva España, y de su conversión a la fe, y quiénes fueron los que primero la predicaron*” se encuentra en Kingsborough, *Antiquities of Mexico*, IX; y otra bajo el mismo título en la *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, LIII (Madrid, 1869), págs. 297 ss.

El mismo Motolinia, *Carta al Emperador Carlos V*, en la Colección de Icazbalceta, tomo I, págs. 253 ss. La citamos como *Motolinia-carta*. Motolinia (1498-1568) fue uno de los doce misioneros que vinieron a México en el año 1524.

Zuazo, *Carta al padre Fr. Luis de Figueroa*, en la Colección de Icazbalceta, tomo I, pág. 358. La carta es de 1521.

Anónimo, o sea un desconocido del ejército de Cortés en la *Colección I*, págs. 368 ss. Lo citaremos llamándolo *Anónimo*. Una traducción francesa se encuentra en Ternaux-Compans, *Recueil de pièces*, págs. 49 ss.

Durán, *Historia de las Indias de Nueva España*. Durán escribió en los años 1579-1581. Su obra está tomada en su mayoría de la obra histórica de un mexicano que escribió poco después de la conquista y cuya exposición fue adoptada en muchas ocasiones también por Acosta.¹⁴ Durán fue aprovechado por Orozco y en la actualidad ya está totalmente editado en dos tomos, el primero por Ramírez y el segundo por Mendoza (México, 1867 y 1880).^{14 bis} Una parte pequeña de esta obra estaba ya publicada antes por Kingsborough, vol. VIII, págs. 239 ss.

Sahagún, *Historia general de las cosas de Nueva España*. Una edición es de Bustamante (México, 1829) y otra de Kingsborough en su gran obra, VII, págs. 1 ss. Hay una traducción francesa de Jourdanet y Simeón (París, 1880). Sahagún llegó a México en 1529 y se procuró de los indios informes detallados acerca de la fe y de

14 Cfr. sobre esto Chavero, en el *Apéndice a la edición de Durán*, págs. 7 ss.

14 bis La crónica que Durán utilizó es el llamado *Códice Ramírez*, de autor anónimo, traducida por el P. Juan Tovar y que también siguieron Acosta y Tezozómoc, según se puede ver no sólo en el pasaje citado del *Apéndice a Durán*, sino en la edición de la *Crónica Mexicana de Tezozómoc*, hecha en México, 1878, por Vigil, donde se insertó dicho código con estudios de Chavero y Orozco y Berra. (N. del T.).

las creencias indígenas, con fines de conversión, apuntándolos inmediatamente tal cual se le daban en el idioma nahoá y traduciéndolos después al español. El escrito en nahoá fue concluido en 1569 (véase el prólogo), después continuó durante varios años la traducción. El original nahoá existe en la edición primitiva y será publicado, entre otras cosas, por el Dr. Seler en la nueva edición de Sahagún.

Mendieta, *Historia eclesiástica indiana*, editada por Icazbalceta (México, 1870), Mendieta (1534-1604) vino a México en 1554. Del mismo, la *Carta al Padre Bustamante*, de 1562, impresa en la *Colección de Documentos para la Historia de México*, II, págs. 515 ss. y últimamente en la *Nueva Colección*, I, págs. 1 ss.

Las Casas, *Historia Apologética*, en parte en Kingsborough vol. VIII, págs. 248 ss., y algo también en la *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, 66 págs. 237 ss. Las Casas (1474-1566), el conocido defensor de los indios, fue obispo en Chiapas, de 1547 a 1550.

Gómara, *Historia de las Indias*, en Barcia, *Historiadores primitivos de las Indias Occidentales*, II, Madrid, 1749, y *Crónica de la Nueva España*, allí mismo. Gómara era capellán particular de Cortés, escribió por el año 1552.

Zorita, *Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España*. Zorita (Corita o Zurita) nació por el año 1511, fue a América en 1545; estuvo tres años en Honduras; Nicaragua y Guatemala y llegó a ser juez en México en 1554; en 1566 regresó a España. La primera publicación de su obra se hizo en una traducción francesa de Ternaux-Compans en *Voyages, relations et memoires originaux pour servir a l'Histoire de la découverte de l'Amérique* (París, 1840). Una segunda edición, aunque incompleta, según un manuscrito abreviado, se hizo en la *Colección de Documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía*, sacados en su mayor parte del *Real Archivo de Indias*, II, págs. I ss. (Madrid, 1864). Finalmente, una nueva edición, según el manuscrito completo, tal como lo tradujo Ternaux-Compans, se publicó en 1891 en la *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México*, por Icazbalceta, quien tiene grandes méritos en la historia mexicana. Las citas que de ella se hagan se refieren a la segunda edición y cuando estén entre paréntesis, a la tercera.

Relación de las ceremonias y ritos, población y gobierno de los indios de la provincia de Michuacán, hecha al Ilmo. Sr. D. Antonio de Mendoza, virrey y gobernador de Nueva España del original que existe en *El Escorial*, publicado por Janer en la *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de España*, tomo LIII (Madrid, 1869). La relación está anotada y traducida al español,

según los informes de algunos indígenas. Mendoza fue Virrey de México del año 1535 al 1550; murió en el Perú en el 1552, por lo que esta relación debe de haber sido escrita por estos años. Es muy interesante porque nos describe el estado del derecho de un reino cuya organización demuestra su formación propia independiente de México.

La obra de Olmos, aprovechada con anterioridad, *Tratado de las antigüedades mexicanas*, parece haberse perdido.

6

En segunda línea están los historiadores indígenas que vivieron una generación, o poco más, después de la Conquista; pero que se informaron en fuentes históricas indígenas y que, en parte, las reprodujeron en traducción.

Son éstos: Pomar, *Chimalpahin*, *Ixtlilxóchitl* y *Tezozómoc*.

Pomar, *Relación de Texcoco*, en la *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México*, II (1891). Pomar era descendiente por línea materna de la casa real de Texcoco; escribió en 1582.

Tezozómoc, *Crónica Mexicana*, en Kingsborough, IX, págs. 1 ss. Una nueva edición, de Vigil (México, 1878); una traducción francesa bajo el título de *Histoire du Mexique*, de Ternaux-Compans (París 1853). Tezozómoc, descendiente del rey de Texcoco, escribió en el año 1598, a una edad muy avanzada.

Ixtlilxóchitl, *Historia Chichimeca*, en Kingsborough, XI pág. 203 ss.

Una traducción francesa de Ternaux-Compans (París, 1840). El mismo, *Relaciones*, en Kingsborough, IX, págs. 321 ss.^{14 ter} Donde sólo se cita el nombre, se refiere a la primera obra.

También *Ixtlilxóchitl* fue descendiente de los reyes de Texcoco; nació en 1568 y murió a la edad de ochenta años. Algunos fragmentos del archivo de Texcoco pudieron ser salvados, y de éstos, compuso él, que era un buen conocedor del idioma mexicano y de su escritura antigua, las obras ya citadas, las que dejan mucho que desear por lo que hace a la forma de la exposición y manera subjetiva de tratar los asuntos; pero que son muy valiosas como fuentes. Respecto a la reproducción correcta de los antiguos libros mexicanos de jeroglíficos, no puede haber duda,

14 ter Hay además una edición mexicana bajo el título de *Obras Históricas de don Fernando de Alva Ixtlilxóchitl*, publicadas y anotadas por Alfredo Chavero, México, 1891-1893. El Tomo I contiene las *Relaciones* y el II la *Historia Chichimeca*.

15 Simeón, *Dictionnaire de la Langue Nahuatl*, pág. III.

tanto menos cuanto que el conocimiento de esta clase de escritura estaba muy extendido en el siglo XVIII.¹⁵

Finalmente, los *Anales de Chimalpahin* han sido en parte (*Relaciones* sexta y séptima) editados y traducidos por Simeón, en la *Bibliothèque linguistique Américaine*, XII. *Chimalpahin* nació en 1579; pero se informó en las crónicas indígenas antiguas.

7

En tercer lugar están los clásicos de entre los historiadores mexicanos que pertenecen al final del primer siglo de la conquista.

La obra más importante de esta clase es la monumental de Torquemada, quien estuvo en la Nueva España por espacio de cincuenta años, a partir de la mitad del siglo XVI; su obra es fruto de estudios detenidos y apareció por primera vez en el año 1615.¹⁶ Se aprovechó mucho de otros y hasta llegó a copiar literalmente; con especialidad, sigue a Mendieta. Que por ello se le puede tachar de plagiarlo, no tiene importancia para nosotros, aun es probable que haya copiado menos del mismo Mendieta que de una obra mexicana ya empleada por éste. Para nosotros Torquemada, justamente por el hecho de haber reproducido escritos anteriores, tiene como fuente un valor especial. Lo tendría aun en el caso en que tuviéramos

16 Se citará en lo de adelante según la edición de Madrid, 1723.

mos todos los escritos que le sirvieron de base para sus exposiciones, porque en cada caso vio muchos y pudo informarse comprobándolos por sí mismo. Sin embargo se ha perdido una serie de los manuscritos que le sirvieron de guía, por lo que, su trabajo como obra de fuentes de segundo orden, es de la mayor importancia; pero por otra parte, contiene mucho de que se puede hacer punto omiso; paralelos históricos un poco absurdos, divagaciones indigestas de derecho comparado e histórico, y lamentables discusiones generales. Hay que perdonárselo.

De menor importancia es el historiador español de la Corte, Herrera, algo posterior a Torquemada (nació en 1549); nunca vivió en el Nuevo Mundo, pero también su obra es estimable para nosotros por numerosos extractos de escritos antiguos.

Después viene Acosta, *Historia Natural y Moral de las Indias*; hay ediciones en español, latín, francés y alemán. Se informó principalmente en Durán, o mejor dicho, en una fuente común a Durán.

Finalmente, Oviedo, *Historia general y natural de las Indias*, edición de Madrid, 1855, de menor importancia.

De importancia subalterna son los historiadores posteriores que vamos a enumerar.

Betancourt, *Teatro Mexicano* (México, 1698), en parte también en Kingsborough, VIII, págs. 115 ss.

Solís, *Historia de la Conquista de México*, Bruselas, 1704.

Salazar y Olante, *Conquista de México*, como continuación de Solís.

8

De importancia mucho mayor son algunos investigadores posteriores que estudian el material jeroglífico antiguo, informándose en manuscritos actualmente en parte perdidos o inaccesibles y que contribuyeron de manera importante al ensanche de los conocimientos: Boturini, Veytia y Clavijero.

Boturini fue a México en el año 1736, con objeto de coleccionar los manuscritos antiguos; en el término de ocho años logró una buena cosecha; pero cayó sobre él la desgracia, o mejor dicho, la estulticia del gobierno; fue puesto en prisión y su colección de manuscritos le fue decomisada y dispersada; una parte llegó a París después de muchas vicisitudes. Sobre apuntes de Boturini, su ejecutor testamentario, Veytia, redactó un escrito muy apreciable para nosotros, que fue editado después por Bustamante: Veytia Boturini, *Texcoco en los últimos tiempos de sus antiguos reyes*, o sea relación tomada de los manuscritos inéditos de Boturini, redactados por el licen-

ciado don Mariano Veytia.- *Publícalos... C. M. de Bustamante* (México, 1826). Este escrito está constituido evidentemente de extractos que Boturini tomó de autores mexicanos y españoles antiguos; en muchos casos podemos comprobar sus fuentes, especialmente Zorita. Sin embargo, lo citamos con frecuencia porque evidentemente, al hacer su trabajo, estaban a su disposición originales que nos son ya inaccesibles. El ameritado editor Bustamante vivió de 1774 a 1848.

Veytia, *Historia Antigua de México* (México, 1836). Veytia vivió de 1718 a 1779; pero su obra no vio la luz sino hasta 1836.

Clavijero, *Historia Antigua de México*, traducida del italiano al español por J. de Mora (Londres, 1826). Clavijero (1731-1787) pertenece a los autores que han profundizado mucho las fuentes de material no impreso. Lo citaré según la traducción española que tengo a la mano. La obra original se publicó en italiano: *Storia antica del Messico, cavata da migliore storici spagnuoli, da mani criti e delle pitture artistiche degl Indiani* (Cesena, 1780).

Entre las obras nuevas acerca del México antiguo, hay que consignar de preferencia en su calidad de inapreciable colección de fuentes, la obra monumental de Kingsborough, *Antiquities of Mexico* (Londres, 1831-1848), nueve volúmenes en folio mayor.

La exposición más importante de la historia antigua mexicana nos la da Orozco y Berra, *Historia Antigua y de la Conquista de México* (México, 1880). Esta egregia obra del célebre americanista (1818-1881) está informada en fuentes no impresas, pero que en parte han sido publicadas ya.

Hay que mencionar además la obra de Brasseur de Bourbourg, *Histoire des nations civilisées du Mexique* (París, 1857-59), cuatro tomos; pero hay que usarla con cautela.

Una compilación muy minuciosa, aunque sin haber penetrado mucho en la materia, la ofrece Hubert Howe Bancroft, *Works*, II (San Francisco, 1883).

También Prescott en su conocida *History of the Conquest of Mexico*, ofrece una exposición del estado del derecho (I, págs. 11 ss. 28 ss.).

En otras exposiciones se menciona el desarrollo del derecho, por ejemplo, en Biart, *Les Aztèques* (París, 1885).

Como obras auxiliares tenemos: Simeón, *Dictionnaire de la langue nahuatl* (París, 1885) y Olmos, *Grammaire de la langue nahuatl*, publicada en traducción por Simeón (París, 1875).

Además, he podido aprovecharme para la explicación de las palabras nahoas, de la ayuda amistosa del señor Dr. Seler, del Museo Etnográfico de Berlín, uno de los mejores conocedores del nahoas, para quien hago públicos aquí

mis mejores agradecimientos.

III. ORGANIZACIÓN POLÍTICA Y DERECHO DE GENTES. CONDICIÓN SOCIAL DEL DERECHO

9

Las tribus nahoas, desde el punto de vista histórico, pasaron de la primitiva condición teocrática a la de una monarquía moderada. La teocracia dominaba entre los toltecas y aún después de implantar la monarquía había la creencia de que a su muerte el rey se elevaba a la categoría de dios.¹⁷

De igual manera, entre los aztecas, fueron los primeros sacerdotes los que dirigían la tribu; aun *Tenoch*, el fundador de México, era un jefe sacerdotal. Después se dividió la dignidad; la separación se operó cuando fue nombrado rey *Acamapichtli* después de un interregno: el rey era el jefe militar y el juez supremo, quedando a su lado el sacerdote. Con esto se había ya limitado la fuerza de la monarquía; la institución seguía considerándose como establecida por el dios *Huitzilopochtli*¹⁸ y su carácter solemne residía en el deber hacia dios.

17 Chavero, *op. cit.*, pág. 68.

18 Tezozómoc, I, pág. 56.

De aquí que la jerarquía de rey era considerada no sólo como de derecho, sino como una institución de mucha responsabilidad, limitada por múltiples deberes. Al tiempo de su advenimiento al trono se hacía al rey un gran discurso acerca de sus deberes¹⁹ y debía jurar que cumpliría con las leyes, cultivaría el derecho y cuidaría la religión;²⁰ eran celebrados grandes sacrificios y el mismo rey tenía que hacerse sangre en diversos lugares de su cuerpo.²¹

Parece que se evitaban graves colisiones entre la corte y los sacerdotes, por el nombramiento del gran sacerdote, *teotecuhtli*, en una persona de la familia real.

De esta manera tenemos ya la concepción clara de una monarquía: al pasar de la forma teocrática, la idea de la supremacía del soberano se fue perdiendo y el rey fue constituido miembro supremo de la organización del pueblo y del estado; pero como todo el estado era considerado de dios, así el rey era también considerado como el ungido del dios mayor, y hasta ha llegado a hablarse de una unción con aceite, aunque esto puede ser un mito.²² De aquí que la veneración por el rey fuera grande, aumentada hasta la sublimidad bajo el último pode-

19 Zorita, págs. 18 ss. y 86 ss. *Cfr.* también Tezozómoc, I, pág. 56; II, 82 y otras.

20 Gómara, *Crónica*, cap. 199.

21 Tezozómoc, I, pág. 56.

22 Acosta, VII, pág. 10.

23 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, vol. VIII, pág. 250.

rosísimo rey, *Moteczoma* II. Cuando se presentaba, todos tenían que inclinar la cabeza.²³ El ceremonial de la corte era muy estricto y se observaba concienzudamente.²⁴

Sin embargo, ya bajo *Moteczoma* II el sentimiento de poder se hizo excesivo y su manera de gobernar provocó sordas murmuraciones en sus súbditos, tanto en su propio país, como en los estados vecinos. Su trono y su reino habrían peligrado aún en el caso de que los conquistadores se hubieran detenido ante las costas de México.

El rey se llamaba *tlatocui*, *tlatocani*,²⁵ el orador,²⁶ porque los aztecas estimaban mucho el bien hablar. Sin embargo, también se usaba esta expresión para los príncipes subalternos²⁷ y para los miembros de la familia real; *tlatocui* y *tlatocani*, corresponden a la palabra príncipe y no es necesario que lleve en sí la característica del poder supremo.

10

El carácter orgánico de la monarquía como institución bien definida en el seno del estado entero, se evidencia en

24 Herrera, II, págs. 7 y 12.

25 Zorita, pág. 23 (91).

26 De *TLATOA*, hablar.

27 Zorita, pág. 23 (91).

la organización de las autoridades supremas. Para que el príncipe obrara según su misión, tenía sus consejeros que eran los grandes y los dignatarios del reino.²⁸ Tenía sus ministros que siempre estaban a su lado;²⁹ su ministro de la guerra, *tlacochcácatl*,³⁰ sus ministros de justicia, de cultos y de hacienda. De igual manera sucedía en Texcoco, en donde ya *Techotlalatzin*, en el año 1357, instituía semejantes autoridades centrales,³¹ y además el gran renovador y organizador *Nezahualcóyotl*, creaba nuevas formas de organización.³² Al lado de los diversos ministerios existía un consejo de estado que presidía el rey y que al mismo tiempo funcionaba como supremo tribunal de apelación.³³

En varios estados se encontraba realizada la idea de regularizar el poder real nombrando varios reyes, a fin de librar del absolutismo individual a la monarquía. De tal manera, había en Tlaxcala cuatro reyes; uno tenía el mando supremo de la guerra, pero debían obrar los cuatro juntos.³⁴ También en *Tepeaca* existía el sistema de los

28 *Cfr.* Tezozómoc. I, págs. 27, 30, 34, 37, 39; II, págs. 75, 97 y *passim*; Acosta, VI, pág. 25.

29 *Cfr.* Sahagún, VIII, pág. 36.

30 Pomar, pág. 36, *TLACOCHCÁLCATL*, de *TLACOCHTLI*, flecha, arma.

31 Veytia, II, págs. 183 ss.

32 Veytia-Boturini, págs. 185 ss.

33 Veytia-Boturini, págs. 189 ss.

34 Zorita, Antonio, p. 9 (78); Torquemada, Fray Juan de. XI, pp. 22 y 24.

35 Zorita, Antonio, p. 9 (78).

36 Torquemada, XI, pág. 24.

cuatro príncipes,³⁵ lo mismo que en *Cholula* y en *Huexotzinco*.³⁶

En *Atitlán* gobernaba igualmente una pluralidad de príncipes, uno de los cuales funcionaba como jefe o cabeza, *atziguinilai*, superior a los demás.³⁷

En otros estados, como *Matlazinco* y *Utlatlán*, había tres príncipes de diversos grados y de dignidad descendente, substituyendo siempre el segundo al primero y el tercero al segundo.³⁸ El primero se llamaba *tlatuan* (*tlatoani*), el segundo *tlacuxcálcatl* (*tlacochcálcatl*) y el tercero *tlacatécatl*.³⁹ Su denominación demuestra claramente que los reyes segundo y tercero eran altos dignatarios con *ius succedendi*. En *Utlatlán*, especialmente, no podían imponer la pena de muerte los reyes segundo y tercero.⁴⁰

También sucedía en México que el sucesor ya había sido bajo su antecesor *tlacochcálcatl* o *tlacatécatl*, es decir, ministro de la guerra o de justicia;⁴¹ pero él no

37 *Petición*, p. 416.

38 Zorita, edición francesa, págs. 389 y 406 (*Nueva Colección*, III, págs. 219 y 226); Torquemada, XI, pág. 18; Herrera, III, págs. 4 y 18; *Cfr.* pág. 24 *in fine*.

39 Según la indicación de la edición francesa; en la edición de la Nueva Colección el *TLACOCHCÁLCATL* es el tercero y el *TLACATÉCATL* el segundo.

40 Zorita, edición francesa, pág. 407 (*Colección*, pág. 226).

41 Así fue *Itzcoátl*, *TLACATÉCATL*, bajo sus dos antecesores *Huitzilihuitl* y *Chimalpopoca* (*Cfr.* Chimalpahin, págs. 79 y 91); *Moteczoma* I era *TLACATÉCATL* bajo su antecesor *Itzcoátl* (*Cfr.* *Chimalpahin*, pág. 96).

tenía el *ius succedendi* y por esto, durante algún tiempo, no se le confirió ninguna calidad real.

11

La normalidad legal del poder real tuvo su razón de ser en la segura influencia del sacerdocio y de los funcionarios nobles. Por otra parte, no había ninguna constitución que garantizara los derechos del pueblo, especialmente ninguna protección constitucional de los *macehual-li*, del tercer estado; desde el punto de vista del derecho, la monarquía era absoluta, especialmente para el pueblo. Así llegó a suceder que entraban en las ciudades comisarios reales y forzaban a la gente pobre a emprender emigraciones colonizadoras.⁴²

El rey estaba investido jurídicamente también del poder de dictar leyes; tenía plena facultad para legislar especialmente en materia penal.

En su legislación de paz iba a la cabeza el estado *acolhua*, con su capital Texcoco; sus leyes y su organización política se hicieron típicas para los estados vecinos, especialmente para los aztecas. Los grandes legisladores de los *acolhuas* fueron principalmente los dos célebres y prominentes reyes, *Nezahualcóyotl*,⁴³ (1431-1472), y

42 Tezozómoc, II, 74.

43 También *Nezahualcóyotzin*: la sílaba *TZIN* es signo de reverencia.

44 Ixtlilxóchitl, c. 38, 68; Gómara, *Crónica*, c. 213; Zorita, pág. 43 (108); Tezozómoc, II, 103; Veytia-Boturini, pág. 185.

Nezahualpiltzintli,⁴⁴ (1472 hasta 1515). El primero dio ochenta leyes que crearon un nuevo estado del derecho. A estas ochenta leyes pertenecen las treinta y dos que aun se conservan.⁴⁵

Pero también se dice que ya entre los antecesores de *Nezahualcóyotl* había legisladores prominentes, especialmente *Techotlalatzin* quien reinó en los siglos XIII y XIV.⁴⁶

Entre los reyes mexicanos, se señala especialmente el segundo rey de México, *Huitzilíhuítl* (1391-1415), como activo ordenador del estado, perseguidor de los delitos y reformador de las leyes.⁴⁷ Pero el último rey, *Moteczoma*, el magnífico y severo, cambió en muchos puntos la legislación y principalmente hizo más rigurosos los preceptos penales.

Por lo demás, ya había legisladores entre los toltecas y uno de los más famosos en el terreno de la legislación de justicia fue el último rey del imperio tolteca, *Topiltzin*

45 *Supra*, pág. 1.

46 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 401, que positivamente le atribuye el período fabuloso de ciento cuatro años de gobierno. En realidad puede afirmarse que rigió desde 1357 a 1409; Veytia, II, págs. 183, 230 ss. Acerca de lo mismo, también Torquemada, II, 8.

47 Veytia, II, pág. 227.

48 Veytia, I, págs. 274, 287 ss., o bien 1048-116? *Cfr.* Chavero, *Apéndice a la edición de Durán*, pág. 51.

49 Veytia, I, pág. 288.

(1091-1116).⁴⁸ Por eso también llevaba el sobrenombre de justo.⁴⁹

12

En tiempo de la conquista, dominaba en *Anáhuac* una triple alianza de estados y de príncipes: México (*Tenoxtitlán*), Texcoco y Tlacopan (Tacuba). Los tres estados eran soberanos, pero aliados.⁵⁰

Ya antes existían alianzas de esta índole;⁵¹ sin embargo, la confederación propiamente dicha de estos estados tuvo origen en un pacto entre el rey de México, *Itzcoátl*, y el gran legislador y organizador *Nezahualcóyotl*, de Texcoco, en el año 1431, después de que fue vencido el reino de los tepanecas y tomado Azcapotzalco.⁵² Con esta unión obtuvieron ambos imperios hasta el tiempo de la conquista, un predominio que duró un siglo, aceptando al príncipe tepaneca de Tlacopan como tercer aliado, aunque no completamente igual a ellos.⁵³

Propiamente el príncipe inter pares era el de Texcoco, a quien también los otros dos debían pagarle una contribu-

50 Zorita, pág. 43 (108).

51 Veytia-Boturini, pág. 47.

52 Pomar, pág. 47; Chimalpahin, págs. 97 ss.; Veytia-Boturini, págs. 160 ss.; Clavijero, II, pág. 386.

53 El príncipe de Tlacopan recibía también el tributo de los pueblos sojuzgados, pero sólo la quinta parte; el resto se lo repartían los otros dos estados por partes iguales. Ixtlilxóchitl, c. 38; Zorita, pág. 9 (79).

ción; pero los príncipes de Texcoco que reinaron hasta el tiempo de la conquista eran más bien legisladores y organizadores, y fueron *Nezahualcóyotl* (que al mismo tiempo era poeta, hasta 1472), y *Nezahualpiltzintli* (hasta 1515), siendo los mexicanos más bien guerreros. De esta manera sucedía que mientras las leyes de Texcoco las solían adoptar en México, hasta que sobrevino en esta materia cierto grado de independencia bajo el último de los *Moteczuma*, el rey de México era quien decidía en materia de paz y de guerra, primero de hecho y después también de derecho.⁵⁴

La participación común de los tres príncipes se demostraba también especialmente en las fiestas reales: en la de la coronación en México, el príncipe de Texcoco desempeñaba un papel principal⁵⁵ y viceversa.⁵⁶

Bajo estos reinos existían estados conquistados, empero muchas veces con príncipes propios, que eran tributarios del estado principal y que reconocían como jefe supremo a su rey.⁵⁷

54 Zorita, págs. 9 y 43 (81 y 109); Toribio, pág. 403; Veytia-Boturini, págs. 166 ss.; Tezozómoc, I, 34 y 37 y II, 78 y 90; Ixtlilxóchitl, 32. Cfr. Además Orozco, I, págs. 362 ss. “*México era la Roma, Texcoco la Atenas de Anáhuac*” (ib. pág. 364).

55 Acosta, VI, 24; Tezozómoc, c. 40, 74 y otros.

56 Ixtlilxóchitl, c. 50.

57 Ixtlilxóchitl, 34 y 35. Tales sumisiones se mencionan muy a menudo en la historia mexicana, p. ej., Tezozómoc, c. 9. Se describe un pueblo que se sometió voluntariamente, en el *Códice Mendocino* (Kingsborough, I, 68, y V, pág. 108).

Estos príncipes vasallos, cuyo número en los últimos tiempos de la dominación mexicana, era como de treinta, estaban obligados a residir en México, según diremos después.

De cada provincia eran traídos dos jueces a la capital.⁵⁸

En las provincias recientemente colonizadas solían ser impuestos como príncipes feudales hereditarios, los magnates mexicanos.⁵⁹

13

El rey tenía, en principio, un derecho ilimitado de contribuciones por lo que concernía a su propio país, y por cuanto al deber de tributar de los pueblos vasallos, se determinaba a raíz de la sojuzgación.⁶⁰

En muchas ocasiones los impuestos se repartían por turno, de modo que un pueblo tenía que entregar su tributo durante algunas semanas, después le tocaba a otro y así sucesivamente.⁶¹

58 Zorita, Antonio, p. 44 (109).

59 Alvarado Tezozómoc, Fernando, II, 74.

60 Zorita, pág. 93 (160); Zuazo, pág. 366; Tezozómoc, c. 8.

61 De esta manera estaba dividido el territorio tributario de Texcoco en ocho departamentos, de los cuales, seis debían proporcionar provisiones respectivamente para periodos de 70, 70, 70, 45, 65 y 45 días, que hacen 365; Ixtlixóchitl, c. 35. *Cfr.* también Torquemada, I, 53.

En el país propio se recaudaban contribuciones tanto de los campesinos, como de los artesanos y de los comerciantes; la nobleza estaba exenta.⁶² A pesar de que el rey tenía derecho de imponer los tributos, la distribución de ellos se fue desarrollando con el tiempo, según usanzas locales. Para esto existían catastros muy minuciosos; subsistieron hasta después de la época de la Conquista y aun en el siglo XVI servían como base para la distribución de los impuestos.⁶³

Tales libros de los tributos se conservan en el *Código Mendocino*⁶⁴ y en el *Libro de los Tributos*, publicado por Peñafiel en los *Monumentos del Arte Mexicano Antiguo* (1890). Como tributos, están especificados allí: frutas, maderas, miel, telas, vestidos, armas, pájaros y otros.⁶⁵

Se ha calculado últimamente que el conjunto de contribuciones que percibía el rey *Moteczuma*, ascendía a la considerable suma de trece millones de pesos.⁶⁶

Los recaudadores se llamaban *calpixqui*;⁶⁷ los princi-

62 Zorita, pág. 97 (164).

63 Orozco en los *Anales del Ministerio de Fomento de la República Mexicana*, VI (1881), pág. 171.

64 Kingsborough, *Antiquities of Mexico*, I, 19-56; además, V, págs. 55 ss.

65 *Cfr.* también el fragmento en la *Nueva Colección*, III, pág. 315; Tezozómoc, c. 9 y 10.

66 *Cfr.* Peñafiel, III, texto, págs. 81 ss. y 99.

67 Singular *CALPIXQUI*, intendente, mayordomo.

68 Sahagún, Fray Bernardino de, VIII, 19; Fuenleal, p. 245; *Orden de Sucesión*, p. 229; *Cfr.* también Herrera y Tordesillas, Antonio de, II, 7 y 13.

pales colectores se reunían en el palacio real e informaban acerca de la recaudación.⁶⁸ Bajo ellos estaban los *macuilte panpixque*, quienes debían recaudar los tributos a cien familias, y bajo éstos aún los *centes panpixque*, quienes los cobraban a veinte familias.⁶⁹

Vastos graneros guardaban las provisiones para los tiempos de escasez.⁷⁰

14

También existían contribuciones especiales, como era la que pagaban los que llevaban efectos al mercado.⁷¹

La dignidad regia se confería por elección. No había sucesión basada en el derecho de sangre; pero, por lo común, se escogía a un descendiente o pariente del rey; prefiriéndose, sin embargo, al que parecía más apto.⁷² Eventualmente se designaba a un extraño entre los más altos dignatarios.⁷³ La historia azteca presenta muchos casos de elección y demuestra cuan poco se atenían a la

69 *Orden de Sucesión*, pág. 229.

70 Sahagún, VIII, 18.

71 Torquemada, XIV, 14; Herrera, II, 7 y 16.

72 Mendieta, II, 37; Sahagún, VIII, 30; Zorita, pág. 11 (80); Tezozómoc, I, 40 y 56; II, 82.

73 Acosta, VI, 24.

74 Tezozómoc, II, 82 y otras; Chimalpahin, pág. 106; Veytia-Boturini, pág. 12.

75 Zorita, pág. 11 (80); Tezozómoc, II, 101; Ixtlilxóchitl, 76.

sucesión de sangre.⁷⁴ Lo mismo sucedía en Texcoco y en Tacuba.⁷⁵

Así pasó, por ejemplo, que uno de los más poderosos reyes mexicanos, *Itzcoátl*, era hijo ilegítimo,⁷⁶ y de igual manera fue elegido rey *Moteczuma* I, que sólo era sobrino de su antecesor, a pesar de que existían hijos de éste.⁷⁷

También pasaba que sobrevenían interregnos, por ejemplo, en Texcoco hubo uno de un año.⁷⁸

En resumen, la sucesión de los nuevos reyes, desde *Acamapichtli* hasta *Moteczuma* II, fue como sigue:

Huitzilíhuitl, fue hijo de *Acamapichtli*;⁷⁹ *Chimalpopoca* fue hijo de *Huitzilíhuitl*;⁸⁰ *Itzcoátl* era hijo ilegítimo de *Acamapichtli*, y por tanto tío de su antecesor;⁸¹ *Moteczuma* I, era hijo de *Huitzilíhuitl*, por tanto, sobrino de *Itzcoátl* y hermano de *Chimalpopoca*;⁸² *Axayácatl* era nieto de *Itzcoátl* y fue nombrado a pesar de tener hijos *Moteczuma*: su antecesor le había designado como sucesor.⁸³ *Tizoc* fue her-

76 Chimalpahin, pág. 106.

77 *Ibidem*, p. 109.

78 *Ibid.*, p. 184.

79 *Ibid.*, p. 74.

80 *Ibid.*, p. 91.

81 *Ibid.*, p. 106.

82 *Ibid.*, p. 109.

83 *Ibid.*, p. 129.

84 Este tenía numerosos hijos, Chimalpahin, pág. 146.

85 Chimalpahin, págs. 146 y 156. También Tizoc tuvo hijos (Chimalpahin, pág. 156).

86 Chimalpahin, pág. 147.

mano de *Axayácatl*⁸⁴ y también lo fue *Ahuizotl*;⁸⁵ finalmente, *Moteczuma* II, era hijo de *Axayácatl*, y por tanto, sobrino de su antecesor.⁸⁶

Por eso no se puede establecer, como muchos a menudo pretenden,⁸⁷ que el orden de la sucesión regia mexicana fuera a favor del hermano; en realidad, sólo pasó así en el caso de *Tizoc* y de *Ahuizotl*. Tenemos sucesión de hijos, de sobrinos, de tíos y de hermanos; como norma común, sólo queda que el nombrado fuera un miembro de la familia, haciéndose caso omiso del derecho preferente establecido por la sucesión legal de la mujer legítima, respecto de la ilegítima.

De esta manera acontecía que el antecesor designaba a su sucesor, con lo que preparaba la elección, pasando por alto al hijo mayor en favor de otro hijo o del hermano, como más aptos;⁸⁸ pero la importancia positiva de esta designación era la de influenciar generalmente la elección.

En Michoacán se designaba al sucesor en vida del mismo rey, haciéndose aquél co-regente.⁸⁹ En México repugnaba la idea de que el hijo, en vida de su padre, se mezclara en el gobierno.⁹⁰

87 *Cfr.* ya en esto a Zorita, pág. 12 (81).

88 Toribio, pág. 407; Ixtlilxóchitl, c. 21 y 76; Veytia-Boturini, pág. 12. Un caso semejante lo acabamos de mencionar: *Moteczuma* I designó a *Axayácatl*.

89 Zorita, pág. 11 (81); Torquemada, XI, 18; Veytia-Boturini, pág. 220.

90 Zorita, pág. 12 (81); Veytia-Boturini, pág. 220.

En México fueron creados cuatro electores (*tecutlatoque*) quienes en unión de los reyes de Texcoco y de Tacuba, decidían la elección.⁹¹ Los *tecutlatoque* eran designados al mismo tiempo que se hacía la elección del rey.⁹²

En Tlaxcala se aproximaba más la sucesión regia a la legítima. A decir verdad, también tenía lugar una asamblea electoral de los grandes, y esto aún en vida del príncipe; pero el hijo mayor de la esposa legítima era admitido si no había motivos de ineptitud; en este último caso se elegía a otro hijo, a quien entonces confirmaba el rey. En defecto de ellos, subía al trono su hermano o sobrino, o cualquiera otro pariente varón, pero nunca una hija.⁹³

En los estados donde existía el sistema de tres reyes, como en *Matlatzinco* y *Utlatlán*, tenía lugar una forma especial de sucesión: el segundo rey sucedía al primero y el tercero al segundo; en lugar del tercero, se nombraba a un hijo o hermano del primero que fuera considerado capaz.⁹⁴

91 Acosta, José de, VI, 24; VII, 16 y 17; Veytia-Boturini, p. 218; Clavijero, II, p. 385; *TECUTLATOQUI*, de *TECUHTLI*, noble, y *TLATOQUI*, príncipe; por tanto, un dignatario de altísima categoría.

92 Acosta, José de. T. VI, 25; Clavijero, II, 385.

93 Torquemada, Fray Juan de. XI, 22.

94 *Cfr.* pág. 19.

95 Zorita, pág. 11 (80 y 81); Torquemada, XI, 28; *Cfr.* también Tezozómoc, II, 101.

El sucesor de un príncipe avasallado necesitaba la sanción de los soberanos.⁹⁵

De los toltecas se dice que un rey nunca debía gobernar más de un ciclo (52 años), de manera que debía retirarse del gobierno y dejarlo a su hijo, generalmente el mayor; en caso de que muriese antes de los cincuenta y dos años, debía haber por el resto de dicho siglo, un interregno. Este principio se dice que había sido establecido entre el rey y el pueblo desde el año 719.⁹⁶ El punto no está completamente claro y parece más bien ser un mito cronológico a fin de explicar ciertas particularidades raras del catálogo de los reyes.⁹⁷

15

En caso de minoridad del heredero del trono debía haber regencia.⁹⁸ Antes de los treinta años el heredero no era considerado mayor de edad para subir al trono.⁹⁹ Así sucedió con *Ahuizotl*,¹⁰⁰ así como con *Nezahualpilzintli* en Texcoco.¹⁰¹ El regente gobernaba hasta la mayor edad

96 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 325; Torquemada, I, 14; Veytia, I, pág. 233.

97 *Cfr.* también Chavero, en el *Apéndice a la Historia de Durán*, págs. 50 ss., que pretende basar otra cronología en los *Anales de Cuauhtitlán*, que nos son conocidos por medio de jeroglíficos.

98 Mendieta, II, 37; Zorita, pág. 23 (91).

99 Zorita, pág. 24 (91).

100 Tezozómoc, I, 60.

101 Ixtlilxóchitl, c. 49.

102 Zorita, pág. 23 (91); *Cfr.* también Mendieta, II, 37.

del pupilo, o hasta su propia muerte en el caso particular de ser pariente del rey anterior, siendo de esta manera un gobernante fiduciario y no teniendo el pupilo sino tan sólo un *ius succedende*.¹⁰²

En caso de ausencia del rey (en la guerra) podía tener lugar una substitución temporal, correspondiendo al rey nombrar su substituto.¹⁰³

16

El sacerdocio era hereditario en la familia.¹⁰⁴ El supremo sacerdote, *teotecuhtli*,¹⁰⁵ era elegido, en México, generalmente de la casa real. También en Texcoco y Tacuba se confería el supremo sacerdocio al segundo hijo.¹⁰⁶ Bajo él estaba el *huiteopixqui* y bajo éste los sacerdotes ordinarios, los *teopixque*,¹⁰⁷ entre los cuales había una jerarquía muy ramificada.¹⁰⁸

El *teotecuhtli* tenía,¹⁰⁹ una especie de vicario general, que se encargaba de la dirección y gobierno del clero, el *mexicatlteohua* (*tzin*)¹¹⁰ y un coadjutor del anterior, el

103 Tezozómoc, II, 88.

104 Acosta, V, 20.

105 De *TEOTL*, dios y *TECUHTLI*, noble, caballero.

106 Torquemada, IX, 5.

107 Torquemada, IX, 3 y 5. La forma *PIXQUI*, de *PIA*, guardar; *TEOPIXQUI*, guardián de dios; *HUEI*, grande.

108 Torquemada, IX, 6.

109 Se sigue a Torquemada, IX, 6. *Cfr.* también a Sahagún. *Apénd.* 9 al II.

110 *TCOHUA*, de *TEOTL*, dios, quiere decir sacerdote; el *TZIN* es reverencial.

111 De *TLAQUIMILOL-LI*, bulto.

huitznahuac teohua (tzin).

Además había un tesorero que estaba encargado de custodiar los bienes del templo, el *tlaquimilol-tecuhtli*;¹¹¹ un sacristán que guardaba los ornamentos, el *tlil-lancálcatl*; un cantor, el *tlapitzcatzin*;¹¹² un prefecto de escuela, *tlamacazateotl*, y un sacerdote de coro, *teotlamacazqui*.¹¹³ Bajo ellos estaban aún los proveedores, *epqualiztli*, que se encargaban de los preparativos de las fiestas y demás.¹¹⁴

Otros sacerdotes eran el *tláloc tlamacazqui*, sacerdote del dios de las lluvias,¹¹⁵ los de *Quetzalcóatl*¹¹⁶ y otros.¹¹⁷

El *mexicatl teohuatzin* tenía jurisdicción sobre los sacerdotes subalternos.¹¹⁸

Entre los totonacas, eran elegidos seis sacerdotes que guardaban subordinación jerárquica; cuando moría el mayor, ascendían por orden los subalternos,¹¹⁹ siendo por consiguiente, un sistema semejante al de algunas tribus del reino.

112 De *PITZA*, soplar.

113 *TLAMACAZQUI*; sacerdote; *TEOTL*, dios.

114 Torquemada, IX, 10; conforme a Sahagún, II, *Apénd.* 9, *EPCOAQUACUIL (TZIN)*.

115 Sahagún, III, *Apénd.* c. 9.

116 Torquemada, IX, 31.

117 *Cfr.* además Sahagún, II, *Apénd.* 9.

118 Sahagún, II, *Apénd.* 9.

119 Torquemada, IX, 7.

Entre los totonacas, los monjes tenían una importancia extraordinaria; vivían en estricto aislamiento del mundo y gozaban de la reputación de extraordinaria sabiduría y santidad,¹²⁰ así como los monjes de *Teohuacán*, que tenían un servicio muy estricto; pero el período monacal duraba solamente cuatro años.¹²¹

Entre los otomíes, el sacerdote supremo se llamaba *tecutlato*.¹²²

Entre los mixtecas, el cargo de supremo sacerdote se transmitía en la casa real, al hijo mayor.¹²³

Entre los zapotecas el supremo sacerdocio de *Yopaa* (*Mitla*) era hereditario en línea recta; pero como el sacerdote debía guardar castidad, para salvar el obstáculo, en determinado tiempo se embriagaba y en ese estado procreaba un hijo.¹²⁴

17

Los aztecas habían desarrollado un derecho nobiliario

120 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 121, en *Colección*, t. 66, págs. 444 ss.; Torquemada, IX, 8.

121 Torquemada, IX, 9.

122 Sahagún, X, 29, páff. 3 *TECUHTLATO*, de *TECUHTLI* y *TLATO*A.

123 Brasseur de Bourbourg, III, pág. 17 (según Burgoa). Desgraciadamente no he podido conseguir la obra de Burgoa, *Geográfica descripción de la parte septentrional del Polo Ártico de la América*, México, 1674. Se dice es obra rarísima. Por fortuna es de escasa importancia para nuestra cuestión; cuando parezca indispensable, se citará según Brasseur de Bourbourg.

124 Brasseur de Bourbourg, III, pág. 20 (según Burgoa).

muy importante. La nobleza era hereditaria, pero no estaba reservada a determinadas familias; el varón podría obtener distinciones y dignidades por hazañas en la guerra y a quienes habían hecho cierto número de prisioneros se les concedía usar vestidos y peinados especiales; por otra parte, no se permitía a los nobles llevar esas distinciones características sino después de haberse mostrado dignos de ellas por sus hazañas.¹²⁵

Sin embargo, conviene decir que la nobleza recientemente creada no era por completo igual a la de sangre; era una nobleza de rango inferior que se daba a conocer por signos característicos.¹²⁶

Con *Moteczuma* II, el último y poderoso rey de los aztecas, hubo un cambio, pues al poco tiempo de su advenimiento al trono, separó de su corte y de los puestos públicos a todas las personas que no eran de origen noble.¹²⁷ Estas fueron de las disposiciones del último rey peor recibidas y que facilitaron su caída.

125 De manera festiva se describen hazañas semejantes como la aprehensión de prisioneros y las distinciones correspondientes, en el *Códice Mendocino* (Kingsborough, I, 65, 66; V, págs. 103 y 104); *Cfr.* además Durán, c. 89 (II, págs. 162 ss.). Pomar, págs. 21, 40; Mendieta, II, 27; Sahagún, VIII, 37; Gómara, *Crónica*, 214; Tezozómoc, II, 75, 95, 96; Acosta, VI, 26; Torquemada, XIV, 4 y 7. También el rey tenía un peinado especial, Tezozómoc, II, 82.

126 Durán, c. 89 (II, pág. 164).

127 Acosta, VII, 21; Torquemada, II, 69; *Cfr.* también Solís, III, 15.

128 Zorita, págs. 31, 91 (98, 158).

129 Tezozómoc, I, 36, II, 99; Ixtlilxóchitl, 67. Tales palacios se llamaban *TEC CAL-LI* (*CAL-LI*, casa; *TEC*, de *TECUCHTLI*, distinguido, ilustre).

La nobleza estaba exenta de contribuciones.¹²⁸

Únicamente a la nobleza se permitía construir palacios con torres,¹²⁹ tenía grandes privilegios de etiqueta; en el palacio real había aposentos y comedores apropiados según la posición y rango de nobleza. Esta etiqueta se guardaba estrictamente so pena de muerte.¹³⁰

De entre la nobleza se escogían los dignatarios; se llamaban *tecuhtli* o *teuhtli*¹³¹ (hispanizado, también *tecules*),¹³² *tectas*,¹³³ *tequihua*,¹³⁴ *tequitlatos*.¹³⁵

Las dignidades eran personales en sí y no hereditarias; sin embargo, cuando había un heredero apto, a menudo le era conferido el cargo.¹³⁶

La posición era muy diferente según el rango, existía

130 Durán, c. 89 (II, pág. 161).

131 Distinguido; de *CUI*, apreciar, estimar.

132 *Carta de Naturales de Tlaxcala*, pág. 404.

133 Zuazo, pág. 359.

134 Pomar, pág. 40 (de *TEQUITL*, empleo).

135 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 336 (de *TEQUITL* y *TLATOA*, hablar).

136 Zorita, 24 (92, 93). De esta manera se explica que cierto número de significados o nombres de empleos o cargos sean patronímicos o gentilicios.

137 *Cfr.* también pág. 103. Propiamente la serpiente, entonces, la madre de los hombres, que era venerada como diosa.

138 Derivado de *TLACOCHTLI*, flecha, o sea el señor de las flechas. Puede también ser gentilicio; sin embargo, parece contradecir el hecho de que el rey siguiente pudiera ser *TLACOCHCÁLCATL* de su predecesor. Véase pág. 23.

una aristocracia escrupulosamente ramificada.

Las mayores dignidades eran: el canciller, *cihuacoatl*,¹³⁷ el ministro de la guerra, *tlacochcácatl*,¹³⁸ el presidente de los tribunales, *tlacatécatl*,¹³⁹ el *ezhuahuácatl* o *ezhuacatécatl*,¹⁴⁰ el *tlil-lancal-qui*,¹⁴¹ el *atempañécatl*¹⁴² o *atecpanécatl*,¹⁴³ el *quahnochtli*,¹⁴⁴ *quauhyahuácatl*,¹⁴⁵ el *tocuiltácatl*¹⁴⁶ y otros más.¹⁴⁷

Nos recuerda las medidas de los *Shogunates* del Japón,

139 De *TEQUI*, cortar; otros opinan que de *TECA*, acomodar, ordenar.

140 Del gentilicio *EZHUAHUAC* que se refiere a *EZTLI*, sangre (Seler).

141 *TLIL-LANCALQUI*, de *TLIL-LANCALCO*, en la casa de la negrura, o sea el santuario de la diosa *CIHUACOÁTL* (Seler). *Cfr.* también acerca de este santuario a Seler, en *Congres. Intern. Des America-Nistes*, VII, pág. 699. *TLIL-LI*, color negro.

142 *ATEMPANÉCATL*, de *ATEMPAN*, a la orilla (*TENTLI*) del agua (*ATL*), por consiguiente, gentilicio (Seler). Correspondiendo a esto había un sacerdote *ATEMPAN TEOHUATZIN*; *Cfr.* Sahagún, II, *Apénd. 9*.

143 *ATECPANÉCATL*, verosíblemente de *TECPAN*, palacio.

144 *QUAUHNOCHTLI*, de *CUAUHTLI*, águila; *QUAUTL*, madera; y *NOCHETLI*, tuna; probablemente gentilicio de *CAUHNCHCO* (Seler).

145 *QUAUHYAHUÁCATL*, tiene el mismo origen que *QUAUHTLI* o *QUAUITL*, según la nota anterior.

146 *TOCUILTÉCATL*, de *TOCUIL-LAN*, *OCUIL-LAN*, lugar de los gusanos, representado por eso con el jeroglífico del gusano (Seler), *OCUILI*, gusano.

147 *Cfr.* respecto a estos títulos, también el *Códice Mendocino* en Kingsborough, I, 66 (V. pág. 105); y el *Libro de los Tributos* en Peñafiel, *Monumentos del Arte Mexicano Antiguo* (1890). Además Chimalpahin, págs. 79 ss., 96, 103.

148 Cortés, págs. 108, 110.

149 Torquemada, II, 89; Herrera, II, 7, 12.

el hecho de que los altos dignatarios del país tenían palacios en la corte y pasaban en ellos cierta parte del año;¹⁴⁸ únicamente les era permitido ausentarse de la capital con el permiso expreso del rey, debiendo dejar, en este caso, a algunos miembros de su familia en rehenes.¹⁴⁹ De la misma manera que bajo el régimen de los *Shogunates* del Japón, era éste, en los siglos XV y XVI en *Anáhuac*, un sistema eficaz para tener a raya a los vasallos, y como más tarde *Yeddo*, así fue México una ciudad de palacios. Esta medida la había inventado especialmente el sabio *Nezahualcóyotl*.¹⁵⁰

La nobleza sin empleo, que no obstante solía ser útil en el servicio del palacio y del rey, formaba la clase de los *pil-li* (plural, *pipiltin*);¹⁵¹ los hijos de los príncipes y los descendientes de los dignatarios gozaban de grandes privilegios y especialmente exención de contribuciones.¹⁵²

Para mensajeros reales eran escogidos de preferencia (en tiempo de *Moteczuma*), hijos de grandes empobrecidos e hijos de grandes con esclavas. Éstos debían estar siempre listos para el servicio.¹⁵³

150 Veytia-Boturini, pág. 176.

151 *PIL-LI* (*PIPILTIN*), distinguidos; con reverencial, *PILZIN* o *PIPILTZIN*.

152 Zorita, págs. 31, 91158 Sahagún, X, 16 ss.; Zorita, pág. 88 (156). (98, 158); de Witt, pág. 288; Veytia-Boturini, pág. 335.

153 Tezozómoc, II, 83.

154 Sahagún, X, 29 párr. 4.

Hasta aquí lo que se refiere a los mexicanos. También las demás tribus tenían sus dignatarios; así los otomíes tenían sus *calpixque*.¹⁵⁴

18

Frente a la nobleza, estaba el común del pueblo, formado de hombres libres, los *macehual-li*,¹⁵⁵ que eran en primer lugar los agricultores y en segundo los comerciantes.

Unos comerciantes lo eran por nacimiento y otros mediante permiso del príncipe.¹⁵⁶

A veces también el hijo continuaba el oficio de su padre, pero esta regla no dejaba de tener excepciones.¹⁵⁷

Los artesanos y mercaderes (*pochtécatl*, plural *pochteca*) formaban gremios bajo sus sobrestantes;¹⁵⁸ pagaba sus tributos con los productos de su industria¹⁵⁹ y los

155 *Carta de Fray Pedro de Gante*, pág. 97; Fuenleal, pág. 251.

156 Zorita, pág. 88 (156); Herrera, III, 4, 17; Veytia-Boturini, pág. 232.

157 Zorita, pág. 57 (120).

158 Sahagún, X, 16 ss.; Zorita, pág. 88 (156).

159 Zorita, pág. 88 (156, 158); Veytia-Boturini, págs. 227, 232.

160 Sahagún, X, 16.

161 Sahagún, X, 17.

artesanos también, con su servicio personal; a la cabeza estaba el *pochtecatlailotlac*, jefe de los comerciantes.¹⁶⁰

Había comerciantes por mayor y por menor.¹⁶¹

El grado de maestro en un oficio era precedido por un aprendizaje.¹⁶²

Nadie podía ejercer un oficio antes de haber sido examinado y aprobado públicamente.¹⁶³

Cuando un comerciante se enriquecía gozaba de gran prestigio y no era raro que casara a sus hijas con nobles.¹⁶⁴

El comercio en estas comarcas era ya común mucho antes de la fundación de México. Tlatelolco era desde tiempo inmemorial un emporio y en él continuó floreciendo el comercio en la época de los aztecas.¹⁶⁵

La violencia, el robo y el homicidio de comerciantes

162 Sahagún, X, 7.

163 Principalmente en Texcoco; Veytia-Boturini, pág. 187.

164 Durán, c. 84 (II, pág. 125).

165 *Cfr.* Sahagún, IX, 1.

166 *Códice Mendocino*, I, 67 (V, pág. 106); Zorita, pág. 53 (116); Tezozómoc, II, 75, 78, 88, 96; Ixtlilxóchitl, c. 38; Sahagún, 5; Mendieta, II, 26.

mexicanos en territorio extranjero por el que viajaban con sus mercancías, constituye un capítulo constante en la historia mexicana y una de las causas más comunes de la guerra.¹⁶⁶ Esto sucedía tanto más a menudo cuanto que los comerciantes aztecas eran en muchas ocasiones espías que trataban de reconocer el país, preparando así la conquista. En muchos casos también eran enviados espías bajo el disfraz de comerciantes.¹⁶⁷

Los pintores, es decir, los escritores, y los músicos, eran tenidos en alta estima y gozaban de exención de impuestos.¹⁶⁸

En Texcoco existía una academia o consejo artístico-científico que vigilaba los trabajos intelectuales; era una creación del gran *Nezahualcóyotl*.¹⁶⁹

Este consejo tenía derecho de censura y las obras científicas y artísticas estaban bajo su severa superintendencia respecto de su mérito. Las obras defectuosas eran vituperadas y castigadas al arbitrio de los jueces.¹⁷⁰

167 *Cfr.* por ejemplo, Sahagún, IX, 2.

168 Fuenleal, págs. 249, 250.

169 Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, II, 41.

170 Veytia-Boturini, pág. 187.

171 Brasseur de Bourbourg, III, pág. 40.

172 *TLALMAITL*, trabajador del campo, de *TLAL-LI*, tierra; y *MAITL*, mano.

Entre los mixtecas, también los agricultores y sus trabajos estaban bajo una estricta vigilancia.¹⁷¹

Entre los libres y los esclavos existían los vasallos campesinos semilibres y que estaban adscritos a la gleba: los *mayeques* o *tlamaitl*.¹⁷²

Pagaban renta al dueño de la tierra, pero estaban exentos de contribuciones públicas.¹⁷³

19

Según el derecho azteca de la guerra, una triple intimación debía preceder al rompimiento efectivo de las hostilidades; entre las intimaciones debía mediar un plazo de veinte días, de modo que pudiera someterse al enemigo bajo ciertas condiciones. La primera intimación, de los emisarios de México, debía dirigirse de preferencia a los ancianos; la segunda, de los emisarios de Texcoco, a los príncipes, y la tercera, de los emisarios de Tacuba, a los guerreros. Al mismo tiempo eran enviados al enemigo para prepararlo al sacrificio gladiatorio, escudo, mazas, tiza y plumas.¹⁷⁴

No siempre se observaba esta forma fecial, pues a

173 Zorita, pág. 10, 39, 95, 100 y 101 (80, 157, 163, 167 y 168); Herrera, III, 4 y 17; Veytia-Boturini, págs. 230 y 233.

174 Ixtlixóchtli, c. 38; Veytia, III, pág. 124; *Cfr.* también *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Torquemada, XII, 6; Veytia-Boturini, págs. 190 ss.; Clavijero, I, pág. 335; *Cfr.* acerca de esto Selser, en *Congres Intern. Des Americ*, pág. 614.

175 Mendieta, II, 26; *Cfr.* también Clavijero, II, pág. 391.

veces el enemigo era sorprendido de improviso.¹⁷⁵

Para atender el servicio diplomático había embajadores que se distinguían por vestidos especiales y en tanto que permanecían dentro de sus funciones eran tenidos por sagrados, aun en el país enemigo; debían ceñirse exclusivamente a su misión, sin distraerse de ella. La generalidad de las veces eran personas distinguidas y en todas partes eran recibidos con la mayor veneración.¹⁷⁶ Pero el embajador que no cumplía con su misión u obraba en contra de ella, sufría pena de muerte, según se expresa adelante, 50 *in fine*.

Todos los prisioneros de guerra (*uauantin*) eran hechos esclavos;¹⁷⁷ pero no esclavos de los hombres, sino del dios, al menos en cuanto que sus corazones y con ellos sus almas, debían ser sacrificadas,¹⁷⁸ en tanto que su carne pertenecía al guerrero que los había capturado. Por esto no había canje de prisioneros, pues hubiera sido un sacrilegio en contra del dios.¹⁷⁹

176 Torquemada, XIV, 1.

177 *Cfr. Anónimo*, pág. 371.

178 El corazón era consagrado al dios y después enterrado, consumido o quemado por los sacerdotes; *Anónimo*, pág. 386; Pomar, pág. 17; Torquemada, VII, 19; Orozco, I, pág. 157.

179 *Cfr.* pág. 68.

180 Cortés, *Carta*, en la *Colección de Documentos*, I, pág. 474; Motolinia, I, 6; Durán, c. 81 (II, págs. 93 ss.); Mendieta, II, 27; Sahagún, II, 21 y *Apéndice* núms. 3 al II; Pomar, pág. 17; Tezozómoc, I, 30, 38, 39, 49, 59, 70; II, 93, 96; Ixtlilxóchitl, c. 53, 60; Chimalpahin, pág. 158; Torquemada, VII, 19; *Cfr.* además Orozco, I, págs. 153 ss., donde se encuentra también algo sobre el aspecto histórico.

El sacrificio tenía lugar de la manera conocida, es decir, el prisionero era colocado sobre la piedra de los sacrificios, el *cuauhxicalli*, y por medio de un golpe rápido, le era abierto el pecho y arrancado el corazón, después de lo cual, el cadáver era entregado al apresador, al *occupans bellicus* para consumirlo.¹⁸⁰ A la muerte de la víctima precedía a veces el combate gladiatorio en circunstancias muy desiguales, hasta que era herido el prisionero;¹⁸¹ si éste lograba derribar a cuatro adversarios, a pesar de su desfavorable posición, tenía derecho a la libertad.¹⁸² Esto era considerado como una indicación de dios. La lucha tenía lugar sobre una piedra grande, el *temalácatl*.¹⁸³

También sucedía que los prisioneros eran arrojados vivos a las llamas y sacrificados de esta manera en el templo de *Tecalco*.¹⁸⁴

Aztecas 4

181 *Nezahualcóyotl* (Veytia), sec. 6; Durán, c. 87 (II, págs. 149 ss.); Sahagún, *Apéndice* al II, núm. 3; Tezozómoc, II, 93; Orozco, I, págs. 164 ss.

182 *Nezahualcóyotl* (Veytia), sec. 6.

183 Sahagún, *Apéndice*, núms. 3 al II.

184 Sahagún, *Apéndice*, núms. 3 al II.

185 Chimalpahin, pág. 158; Acosta, V, 20; *Cfr.* también Orozco, I, págs. 187 ss.; la espantosa cifra de los sacrificios consta igualmente en la descripción minuciosa de Sahagún, *Apéndice*, núms. 3 al II.

186 *Relación a Mendoza*, pág. 22.

Estos sacrificios alcanzaban espantosas proporciones; se dice que en la dedicación del templo a *Huitzilopochtli*, en el año 1487, fueron sacrificados millares de hombres.¹⁸⁵

También en Michoacán se practicaba el sacrificio de los prisioneros,¹⁸⁶ y aun hay indicios, en caso de ser correcta la hipótesis de su peregrinación a través de Michoacán, de que ese uso, desconocido de los mismos pueblos nahoas y especialmente de los toltecas, fue adoptado por los aztecas, así como otras prácticas religiosas, bajo la influencia de los tarascos.¹⁸⁷

En Texcoco, Tacuba, Chalco, Huexotzinco y Tlaxcala, se dice que esta costumbre de los sacrificios, no fue introducida sino en el último siglo antes de la Conquista;¹⁸⁸ pero de cualquier modo, estos pueblos fueron discípulos muy aventajados; el *Moloch* de los sacrificios humanos se enseñaban allí en determinadas festividades de tal manera que no temía la comparación con México.¹⁸⁹

IV. DERECHO DE LAS PERSONAS Y DE FAMILIA

20

187 Cfr. Chavero, *Explicación del Códice Jeroglífico de Chr. Aubin*; *Apéndice a Durán*, págs. 101 ss. De cualquier manera, esta peregrinación es dudosa.

188 Pomar, págs. 15, 16.

189 Torquemada, X, 31.

Como los prisioneros de guerra eran sacrificados a los dioses, las fuentes principales de esclavitud eran las deudas y la pena; otra variedad era la venta que el padre hacía del hijo por miseria o para castigarlo.

Acaso esto haya contribuido a quitarle a la esclavitud gran parte de su dureza; en realidad era muy benigna: el esclavo podía tener fortuna y familia;¹⁹⁰ podía obtener su libertad dando un sustituto.¹⁹¹ El hijo del esclavo era libre;¹⁹² con mayor razón el hijo de esclava y de hombre libre.¹⁹³ No había esclavos de nacimiento: todo hombre nacía libre. Así pues, el derecho era aun más benigno que el del *Islam*: ni siquiera se necesitaba que fuera libre el que engendraba; hasta el hijo de esclava y esclavo entraba libre en el mundo.

Esto no está en contradicción con lo que después se dirá acerca de la esclavitud por deudas. El hijo del esclavo por deudas se hacía cargo del pago como heredero y por eso también podía llegar a ser esclavo; pero entonces no lo era por consecuencia de la esclavitud de su padre, sino por compromiso personal. Y como la esclavitud por

190 Gómara, *Crónica*, c. 212; Clavijero, I, págs. 325; II, pág. 393.

191 Torquemada, XIV, 16; así sucedía en particular que un padre daba como esclavo a un hijo, librándole después con la entrega de un segundo hijo.

192 Torquemada, XIV, 16, 17; Clavijero, I, pág. 326; II, pág. 393.

193 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270; Torquemada, XII, 4, XIV, 17; Veytia-Boturini, pág. 196.

194 *Cfr. supra*, pág. 54.

deudas no era legal en México, únicamente se caía en ella en virtud de un pacto propio, excepto en el caso de que la deuda fuera de familia y que un miembro de ésta se obligara a cubrirla. Por otra parte, esta especie de fianza de familia, fue suprimida poco antes de la Conquista.¹⁹⁴

Conviene advertir que la prevención de que los hijos de los esclavos fueran libres, no era del derecho antiguo, sino el resultado de una evolución ulterior; es un hecho que en Texcoco se le atribuyó al rey *Nezahualpilzintli*.¹⁹⁵

En tiempos de miseria los padres vendían a sus hijos como esclavos y esa venta era reconocida como legal.¹⁹⁶

También sucedía que en el juego, cuando ya se había perdido todo, se apostaba a los hijos, haciéndolos así esclavos.¹⁹⁷

Además, la esclavitud era a menudo resultado de una condena, de lo cual se trata en el derecho penal. Particularmente se volvía esclavo el que impedía a un esclavo que tomara asilo en el mercado o en el palacio real: el esclavo era liberado, quedando en su lugar el que

195 Ixtlilxóchitl, c. 68.

196 Gómara, *Crónica*, c. 212; Sahagún, VIII, 14, que relata cómo el rey *Moteczuma* rescataba a tales esclavos al doble del precio de compra; Torquemada, XIV, 16; Clavijero, I, pág. 326.

197 Durán, c. 101 (II, pág. 246).

198 Durán, c. 98 (II, pág. 224).

199 Durán, c. 98 (II, pág. 221); Zorita, pág. 57 (120); Veytia-Boturini, pág. 212; *Cfr.* pág. 49.

se lo había impedido.¹⁹⁸

Los padres podían hacer esclavo a un hijo incorregible.¹⁹⁹

Era una cosa curiosa que cuando los padres vendían a un hijo incorregible, se organizaba con su precio un festín, del que sólo podían participar los miembros más cercanos de la familia, sin que pudiera comer nada de él ningún criado, porque se volvía esclavo del jefe de la casa.²⁰⁰ La idea era la de que el criado casi comía al hijo vendido, por lo cual caía en poder de la familia.

Es discutible si el que yacía con la esclava de otro, podía ser hecho esclavo del dueño.²⁰¹ Según las fuentes más seguras, puede admitirse para México que esa causa de esclavitud sólo tenía lugar como compensación por la pérdida de la esclava, especialmente en el caso de que muriera del parto.²⁰²

El dueño del esclavo tenía facultad de venderlo en los casos legalmente fijados.²⁰³ Esta facultad pertenecía a menudo al primer dueño en virtud de título legal, como consecuencia de habersele adjudicado el esclavo. De esta manera le estaba permitido al acreedor vender al esclavo por deudas, y al robado, al que le correspondía a conse-

200 Durán c. 98 (II, pág. 221).

201 Gómara, *Crónica*, c. 212.

202 *Cfr. supra*, pág. 58.

203 *Cfr. también* Clavijero, II, pág. 393.

cuencia del robo, porque en este caso debía proporcionar al esclavo, por medio de su venta, los fondos necesarios para la indemnización. No tenía la misma facultad el que adquiría como esclavo a un hijo incorregible, porque en este caso, con la venta estaban llenados los fines de la institución.

Con excepción de este caso, la venta no estaba permitida, al menos, sin el consentimiento de los mismos esclavos. Por eso cuando existía la facultad de venta, por regla general, era sólo por una vez.

Había una excepción, la del esclavo indócil y vicioso; cuando a pesar de una amonestación el esclavo no se enmendaba,²⁰⁴ se le imponía la collera, con lo que se volvía esclavo de inferior calidad y podía ser vendido. En caso de mostrarse incorregible había la facultad de venderlo para el sacrificio.²⁰⁵

En todo caso, eran raros los esclavos destinados al sacrificio de esta especie: comparados con los *uauantin* eran inferiores en número; sin embargo, en las festividades comerciales, solía haberlos.²⁰⁶

204 Lo que se trataba de averiguar por testigos, Clavijero, I, pág. 326.

205 Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada, XIV, 17; Clavijero I, pág. 326.

206 Sahagún, IX, 10.

207 Sahagún, IX, 4.

208 Durán, c. 98 (II, pág. 218); *Cfr.* también Sahagún, IX, 10.

Los esclavos vendibles formaban un objeto de comercio muy activo.²⁰⁷ Las ventas debían tener lugar únicamente en los mercados de esclavos, que sólo había en *Azcapotzalco* e *Izhuacán*.²⁰⁸

Los esclavos eran en estas ocasiones cubiertos con ricos vestidos, pero éstos no entraban en la venta.²⁰⁹ En el mercado solía hacer el comprador un examen muy minucioso.²¹⁰

El dueño de un esclavo no tenía el derecho de muerte;²¹¹ pero el esclavo podía ser sacrificado en el caso de que hubiere caducado el derecho de rescatarse.²¹²

La tercera o cuarta venta de un esclavo incorregible solía tener lugar expresamente para el sacrificio.²¹³

Particularmente eran numerosos los sacrificios de esclavos en ocasión del entierro de sus dueños con objeto de que estuvieran a su servicio en la otra vida. De esta se tratará después (págs. 54 y 55).

209 Sahagún, IX, 10.

210 Durán, c. 98 (II, pág. 220).

211 Según Clavijero, I, pág. 323, se dice que la muerte de un esclavo propio, era considerada como homicidio común. Puede ser que esto haya estado en vigor tratándose de esclavos por deudas. Sin embargo, no se compadece con esto el hecho de que un tercero que mataba a un esclavo, únicamente se volvía esclavo.

212 Durán, c. 98 (II, pág. 221); *Cfr.* también Clavijero, II, pág. 393.

213 *Supra*, pág. 44. Los zapotecas sacrificaban haciendo menos distinción, Herrera, III, 3, 14.

214 *Supra*, págs. 43 ss.

El esclavo por deudas podía rescatarse con el pago de ellas, siempre que no hubiera sido vendido autorizada-mente por segunda vez.²¹⁴ Esto también se refería al ladrón esclavizado, siempre que pagara la suma robada, y lo mismo sucedía con el hijo vendido como esclavo por deudas, en caso de miseria,²¹⁵ el cual podía ser rescatado, especialmente por sí mismo cuando alcanzaba la mayor edad.²¹⁶ Por lo demás, el esclavo por pena no tenía el derecho de rescate; tampoco el hijo incorregible a quien hubiera vendido su padre.²¹⁷

El que había sido vendido con la collera, no tenía nunca el derecho de rescate.²¹⁸

Por contraer matrimonio con el amo o con el ama se hacía libre el esclavo.²¹⁹

Además, existían dos medios de liberación por acto propio del esclavo, cuya autorización estaba inspirada por un enérgico sentimiento de humanidad.

El uno correspondía a la idea de asilo: el esclavo de collera se libraba logrando entrar en el palacio real,

215 Durán, c. 98 (II, pág. 22).

216 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 269.

217 Durán, c. 98 (II, pág. 221).

218 Durán, c. 98 (II, pág. 221).

219 Durán, c. 98 (II, pág. 224).

donde encontraba su libertad. Lo que demuestra, además, especialmente, el espíritu humanitario de esa disposición es que nadie más que su dueño podía impedirse-lo, pues cualquiera otro que se lo estorbara se volvía esclavo.²²⁰ Por regla general, el dueño del esclavo recibía cierta indemnización.²²¹

El otro medio era el de que el esclavo expuesto a la venta lograra traspasar las barreras y poner su pie en excremento humano.²²² Era limpiado por ciertos empleados²²³ y declarado libre.

La idea de esta disposición tal vez haya sido la de que el esclavo ensuciado se volvía un hombre completamente diferente por limpieza. También en este caso caía en esclavitud el que impedía a escaparse al esclavo.²²⁴ Por eso todos hacían lugar al esclavo, facilitando así su fuga.

21

220 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 275; Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada, XXI, 7; XIC, 17; Betancourt, III, 13 núm. 108; Veytia-Boturini, pág. 201; Clavijero, I, pág. 326.

221 Pomar, pág. 42.

222 Durán c. 98 (II, pág. 223).

223 Durán, *loc. cit.*, los llamaban purificadores de esclavos.

224 Durán, *loc. cit.*

225 Motolinia, II, 8; Mendieta, II, 19; Torquemada, VI, 48. Por eso se llamaba también a los gemelos *COCUA*, culebra, plural de *COÁTL* o *CUATL*. Cfr. también Selser, en *Congres Intern. Des Americ.*, 1888, pág. 682.

En caso de gemelos, a menudo uno de ellos era muerto porque se creía que de otro modo el padre o la madre desaparecerían.²²⁵

Las personas contrahechas gozaban de cierto carácter sagrado: podían ser sacrificadas en tiempo de hambre y malas cosechas,²²⁶ y también podían serlo con ocasión de la muerte del rey o de los grandes.²²⁷

Una suerte parecida tenían los niños que habían nacido en uno de los cinco *nemontemi* o días inútiles o nefastos.²²⁸

En otras partes se mencionan también sacrificios de niños,²²⁹ especialmente en la fiesta de *Tláloc*, en que eran numerosos;²³⁰ pero la aserción de que de cada tres niños uno debía ser sacrificado a los dioses²³¹ es una fábula originada por los hechos mencionados o únicamente es exacta respecto de determinadas comarcas.²³²

226 Tezozómoc, I, 70; II, 80.

227 Gómara, *Crónica*, c. 202; Veytia-Boturini, págs. 67 ss.

228 Veytia-Boturini, págs. 67 ss. El año mexicano tenía diez y ocho meses de veinte días cada uno, aumentados con los cinco días nefastos. *Cfr.* también Jourdanet y Simeón en su traducción de Sahagún, pág. 77; y acerca de los días nefastos *cfr.* también Durán, *Calendario* (II, pág. 305).

229 Así entre los totonacas; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 175, en Kingsborough, VIII, pág. 122; Torquemada, VI, 48.

230 Sahagún, II, 20; Torquemada, X, 10; principalmente en Tlaxcala estaban muy en uso, Torquemada, X, 31.

231 Como la hace Oviedo.

232 Acerca de esto, también Herrera, II, 7, 12. *Nezahualcóyotl* trató de abolir en todo caso el sacrificio de niños; Ixtlilxóchitl, c. 49.

22

El carácter religioso de la vida se mostraba desde las primeras manifestaciones de ésta: el niño era introducido a la vida religiosa por medio de varios actos de consagración. Las consagraciones eran de preferencia las dos del agua, de las cuales la una tenía lugar inmediatamente después del nacimiento y la otra en los cuatro días siguientes o un poco más tarde en un día propicio.²³³ En la consagración del agua el niño nacía de nuevo; *Chalchiuhtlicue*, la diosa del agua, hermana de los dioses de la lluvia (*Tlaloque*), lo formaba de nuevo y lo libraba de la maldición con que había nacido.²³⁴ La consagración del agua era efectuada en ambas ocasiones por la comadrona.²³⁵

En la segunda consagración del agua se hacía la imposición del nombre.²³⁶ Uno o varios meses después se hacía la presentación al templo, en donde era dado un segundo nombre.²³⁷ Un tercer nombre se daba en remi-

233 Sahagún, VI, 32, 37; Torquemada, XIII, 16, 20.

234 Sahagún, VI, 37; Torquemada, XIII, 20.

235 Sahagún, VI, 32, 37.

236 Sahagún, VI, 37; Motolinia, I, 5; pág. 37; Torquemada, XIII, 22.

237 *Cfr. Códice Mendocino* en Kingsborough, V, pág. 91; Motolinia, I, 5, pág. 37; Gómara, *Crónica*, c. 204; también Durán, II, pág. 277.

238 Motolinia, I, 5, pág. 37; Gómara, *Crónica*, c. 204; Torquemada, XIII, 22.

239 Motolinia, I, 5, pág. 37.

240 Sahagún, VI, 37.

niscencia de hazañas especiales.²³⁸ El nombre dado en ocasión de la consagración del agua era tomado del día del nacimiento²³⁹ y de los acontecimientos que lo acompañaban o también del nombre de un antecesor.²⁴⁰ El nombre era impuesto por la comadrona que efectuaba la consagración del agua²⁴¹ o por niños,²⁴² que naturalmente, eran instruidos de antemano.

En cuanto a los bienes de mayorazgo, eran heredados por el hijo con la dignidad que tenían anexa, así como el nombre del mayorazgo.²⁴³

Del segundo al quinto año y a veces antes, se hacía la circuncisión, pero no siempre;²⁴⁴ entre los totonacas se hacía el primer mes.²⁴⁵

241 Sahagún, VI, 37.

242 *Códice Mendocino* en Kingsborough, V, pág. 90.

243 Motolinia, I, 5, pág. 37.

244 Zuazo, c. 364; Durán, c. 83 (II, pág. 116); Acosta, V, 27; Herrera, IV, 9, 7. La circuncisión ha sido puesta en duda (Orozco, I, pág. 210); pero está confirmada principalmente por Durán en otro lugar: "*También tenían estos sacerdotes otra ceremonia que hacían a los niños que eran recién nacidos que era sacrificarles las orejas y el miembro genital a manera de circuncisión, especialmente a los hijos de los señores y reyes*". Parece que este pasaje se le escapó a Orozco, no obstante haber utilizado a Durán en su obra.

245 Mendieta, II, 19 (exactamente descrito); aquí se dice que también tenía lugar un procedimiento para desflorar a las niñas chicas, el que Mendieta califica como "*cosa abominable e indigna de oírse*". Cfr. también Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 175, en Kingsborough, VIII, pág. 121; Torquemada, VI, 48.

246 Durán, II, pág. 276.

Una ceremonia distinta de la anterior era la extracción de sangre, que se hacía en diferentes épocas sagradas: se practicaban unas incisiones sangrándose en varias partes del cuerpo, como las orejas, el ombligo y el miembro. Así se hacía en la fiesta de la diosa *Toci*,²⁴⁶ en la de *Huitzilopochtli* en el mes *tóxcatl*²⁴⁷ y entre los doce años en el mes *tecozontli*.²⁴⁸

23

En *Couvade* se encuentra que durante la preñez, la madre no debía ver ningún eclipse de luna ni ahorcar a alguien; ni debía dormir de día, ni comer ciertas cosas, pues de lo contrario el niño vendría al mundo dañado; cuando caminaba de noche debía llevar piedrecitas, cenizas y otras cosas en el seno, como protección contra el hechizo. Esto último se extendía también al hombre.²⁴⁹

24

En la educación se usaban castigos severos, entre

247 Torquemada, X, 16.

248 Durán, II, pág. 274.

249 Sahagún, V, *Apénd.* 19.

250 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; Gómara, *Crónica*, c. 204.

251 Descripciones festivas de esas artes educativas se encuentran en el *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 63; 64 (V, págs. 99 ss.).

252 Zorita, pág. 57 (120); Veytia-Boturini, pág. 212; *Cfr.* pág. 43.

253 Durán, c. 98 (II, pág. 221).

otros, herir con espinas o púas, cortar el cabello²⁵⁰ y aspirar vapores desagradables.²⁵¹ El padre tenía hasta el derecho de hacer esclavo al hijo incorregible;²⁵² sin embargo, para ello se necesitaba el permiso de las autoridades.²⁵³

La educación en la familia iba acompañada de una educación pública de la juventud en el templo o en seminarios generales (*telpochcal-li*),²⁵⁴ bajo la dirección del *telpochtlato*,²⁵⁵ en donde eran internados los niños; solamente a los hijos de los campesinos se les permitía abandonar el instituto en ciertos días, para reunirse con sus padres y ayudarles en el trabajo. Así permanecían los jóvenes hasta su matrimonio.²⁵⁶

254 *TELPOCHCAL-LI*, de *TELPOCHTLI*, joven, y *CAL-LI*, casa.

255 De *TELPOCHTLI*, joven y *TLATOA*, hablar.

256 Mendieta, II, 24; Sahagún, III, Apénd. c. 5; Zorita, págs. 54, 57, 58 (118, 121); Fuenleal, pág. 251; Pomar, pág. 30; Tezozómoc, I, 18; Torquemada, XIII, 28; Veytia-Boturini, págs. 212 ss.

257 Si en Sahagún, III, Apénd., c. 6, se dice que los jóvenes a menudo tenían allí sus queridas, puede tratarse sólo de abusos que cuando eran descubiertos determinaban castigos muy severos, como se deduce de Sahagún, VIII, 17. Esos castigos por incontinencia los indica el *Códice Mendocino*: quemaduras con brasas candentes y agujones en el cuerpo (Kingsborough, I, 64; V, pág. 101); que en estos castigos se trata de asuntos de mujer, está amablemente indicado en el jeroglífico, pues arriba del infeliz castigado está colocada la imagen de una mujercita.

258 Cfr. *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 63; (V, pág. 99).

259 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274; *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 62 (V, pág. 97); Durán, c. 80 (II, pág. 86); Pomar, pág. 27; Zorita, págs. 54, 57 (118, 121); Sahagún, III, Apénd. c. 7 y 8; VI, 39; VIII, 37, Mendieta, II, 23, 24; Acosta, V, 16; VI, 27; Torquemada, IX, 13; Betancourt, III, 6; núm. 53; Veytia-Boturini, págs. 202 ss.; Clavijero, I, pág. 324. *CALMECAC*, DE *CAL-LI*, casa y *MECATL*, cuerda.

La educación era muy severa²⁵⁷ y comprendía trabajos pesados.²⁵⁸

Los nobles hacían educar a sus hijos en el templo (*calmecac*) donde eran instruidos en la religión y las ciencias.²⁵⁹ La educación era allí particularmente severa.²⁶⁰ Los mixtecas también mandaban a sus hijos al *calmecac* cuando cumplían los siete años.²⁶¹

Los educandos plebeyos de las clases más altas, especialmente de los comerciantes, podían destinarse al servicio externo del templo; allí formaban también una comunidad y estaban bajo la disciplina de un preceptor (*telpochtlato*).²⁶²

Las hijas eran educadas en severa sujeción; pero generalmente en su casa.²⁶³

No obstante, había también casas de educación para las jóvenes²⁶⁴ en donde solamente recibían instrucción, sin estar substraídas al cuidado de los padres.²⁶⁵

260 *Cfr. Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 63, 64; *Cfr.* también las citas de esta obra, núms. 251 y 257.

261 Herrera, III, 3, 13.

262 Torquemada, IX, 12.

263 Mendieta, II, 23; Zorita, pág. 54 (118); Torquemada, III, 28; Veytia-Boturini, pág. 203.

264 Tezozómoc, I, 18.

265 Sahagún, VI, 39.

266 Sahagún, VI, 39; Durán, c. 80 (II, pág. 88); Acosta, V, 15; Betancourt, III, 7, núm. 61.

Las jóvenes podían consagrarse al servicio del templo en el *calmecac* donde eran guardadas en estricta clausura;²⁶⁶ eran sacerdotisas, *cihuatlamacazque*, y tenían una superiora, *ichpochtlatoqui*,²⁶⁷ correspondiente al *telpochtlatlo* de los hombres.

Estas jóvenes se obligaban por uno, dos, tres o más años, pero no para toda la vida, no obstante que algunas permanecían en clausura hasta su muerte.²⁶⁸ Cuando una joven dejaba el claustro para casarse, se celebraba una fiesta.²⁶⁹

En contraste con lo anterior, existían casas de baile en las cuales se dice que había grandes desórdenes sexuales.²⁷⁰

Los hijos del *tecuhтли* (principalmente en Tlaxcala, Huexotzinco y Cholula) pasaban por una estricta consagración juvenil; ésta no sólo consistía en ceremonias para demostrar la fuerza de ánimo y la resistencia al sufrimiento, arañándolos en la nariz con garras de águila y de tigre y befándolos duramente, sino también en un servicio muy pesado en el templo y con ayunos durante uno o dos años. Entonces se celebraba una fiesta y el joven era vesti-

267 Torquemada, IX, 30; Veytia-Boturini, págs. 206 ss. *TLAMACAZQUI*, sacerdote; *ICHPOCHTLI*, mujer joven; *TLATOQUI*, superior, de *TLATOA*, hablar; *CIHUATL*, mujer.

268 Gómara, *Crónica*, 206; *Cfr.* también Orozco, I, pág. 216. Acosta habla de un año (V, 15).

269 Sahagún, II, *Apénd.* al final.

270 Tezozómoc, I, 16; *Cfr.* también Orozco, I, págs. 219 ss.

271 *Ceremonias*, págs. 233 ss.; Mendieta, II, 38, 39; Torquemada, XI, 29, 30.

272 Herrera, III, 3, 13.

do con el traje de la nobleza guerrera.²⁷¹

Un servicio semejante del templo existía también entre los mixtecas como consagración de la juventud noble.²⁷²

El heredero de un mayorazgo que se conducía de modo altanero o lujurioso, podía, según las leyes de *Nezahualcóyotl* (ley 16),^{272 bis} ser puesto en secuestro: los bienes se confiaban a terceras personas para custodiarlos y administrarlos.

25

Los hombres se casaban entre los veinte y los veintidós años.²⁷³ Las mujeres entre los diez y los dieciocho y en general a los quince.²⁷⁴

El casarse a la edad apropiada era un deber social; en Tlaxcala, a quien no lo hacía se le cortaba el pelo y era expulsado de la sociedad juvenil²⁷⁵ y a menudo también prevalecía la idea de que quien no se casaba durante el año adecuado, en general no debía tomar después esposa,

272 bis *Ordenanza de Nezahualcóyotl*, 16 (N. T.).

273 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 175, en Kingborough, VIII, pág. 122; Zorita, pág. 58 (121); Gómara, *Crónica*, c. 206; Torquemada, IX, 12; Herrera, III, 4, 16.

274 Gómara, *Crónica*, c. 206; Orozco, I, pág. 221; Las Casas, c. 175, *loc. cit.*, VIII, pág. 122.

275 Zorita, pág. 58 (122); Torquemada, IX, 12.

276 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 175, en Kingsborough, VIII, pág. 122; Torquemada, IX, 12.

277 Gómara, *Crónica*, c. 206; Pomar, pág. 26; Torquemada, XIII, 7, XII, 4; *Cfr.* además las citas de la nota 632.

quedándose soltero y casto.²⁷⁶

El matrimonio estaba prohibido entre parientes, principalmente en línea recta y entre hermanos,²⁷⁷ siendo indiferente que el parentesco fuera de agnación o uterino.²⁷⁸ Estos impedimentos regían también para la familia real.²⁷⁹ Tampoco se podía contraer matrimonio con la concubina del padre.²⁸⁰ En Tlaxcala el impedimento incluía a las tías.²⁸¹

Por el contrario, estaba permitido el matrimonio con la hija del hermano materno;²⁸² hasta entre la grandeza y especialmente en la casa real se consideraba como un derecho el tomar a la prima por manceba.²⁸³

Por lo demás, el impedimento con la madrastra no era respetado estrictamente.²⁸⁴

En el reino de Michoacán se casaban con la mujer y con su hija de otro matrimonio anterior, en otras palabras, con la hijastra y con la suegra, lo que los mexicanos no

278 Mendieta, II, 29.

279 Pomar, pág. 26.

280 Mendieta, II, 19.

281 Herrera, II, 6, 16.

282 *Cfr.* el caso en Ixtlilxóchitl, c. 43.

283 Ixtlilxóchitl, c. 68.

284 Gómara, *Crónica*, c. 206.

285 Gómara, *Crónica*, c. 206; Torquemada, XIII, 7.

aprobaban.²⁸⁵

Entre los mixtecos no era permitido casarse con una persona del mismo nombre; como los nombres tenían su valor numérico, el número del hombre debía ser más alto que el de la mujer.²⁸⁶

Los sacerdotes y las sacerdotisas estaban obligados a una castidad estricta.²⁸⁷ Así era particularmente en *Ixcatlán*.²⁸⁸ Lo había sido antes entre los toltecos,²⁸⁹ y lo era también entre los zapotecas.²⁹⁰

Aztecas 5

Era usual que una viuda que amamantaba no podía volver a casarse durante el tiempo de la crianza, que duraba cuatro años.²⁹¹

Por lo demás, era permitido el matrimonio a las viudas, y aún estaba autorizado en sí mismo por el llamado derecho de cuñadía, de que hablaremos adelante. Sólo se exigía que el segundo esposo no fuera de un rango inferior al primero.²⁹²

286 Herrera, III, 3, 12.

287 Zuazo, pág. 366; Torquemada, IX, 5 y 26; De Witt, pág. 290; Acosta, V, 15; Veytia-Boturini, pág. 196.

288 Herrera, III, 3, 15.

289 Veytia, I, pág. 288.

290 Brasseur de Bourbourg, III, pág. 29 (según Burgoa).

291 Veytia-Boturini, pág. 202.

292 Pomar, pág. 26.

26

El matrimonio estaba fundado en la potestad del padre y la familia era patriarcal. El padre tenía potestad sobre los hijos, éstos eran sus herederos y tenía el derecho de casarlos. Sin embargo, siempre se hacía sentir la influencia de la madre.

En algunas provincias mexicanas existía el derecho de dejar como herencia a las mujeres: las del padre correspondían al hijo, pero comúnmente sólo las que no tenían hijos del muerto;²⁹³ a veces correspondían al hermano²⁹⁴ y así sucedía en Tlaxcala.²⁹⁵ En México existía el matrimonio entre cuñados; pero no con el fin de procrear nuevos hijos, sino más bien para desempeñar el papel de padre para los hijos del muerto, por lo cual ese matrimonio se hacía particularmente cuando habían quedado hijos.²⁹⁶

El matrimonio era polígamo, a lo menos entre las clases

293 Gómara, *Crónica*, c. 206; Pomar, pág. 26; Torquemada, XIII, 7; Clavijero, I, pág. 323.

294 Mendieta, II, 29; Gómara, *Crónica*, c. 206.

295 Herrera, II, 6, 17.

296 Mendieta, II, 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Clavijero, II, pág. 389.

297 *Anónimo*, pág. 397; Gómara, *Crónica*, c. 206; Pomar, pág. 25; Motolinia, III, 3; Zuazo, pág. 364; Torquemada, XIII, 12; XII, 3.

298 *Anónimo*, pág. 397; Francesco di Bologna, pág. 210; Pomar, pág. 25; *Cfr.* también Tezozómoc, II, 98, 104; Ixtlilxóchitl, 15, 57; Veytia-Boturini, págs. 12, 160. El número de mancebas del rey ascendía algunas veces a cien y aún más. Gómara, *Crónica*, c. 206; hasta se dice que en el palacio de *Moteczuma* existía un *harem* de tres mil mujeres; Torquemada, II, 89.

sociales superiores;²⁹⁷ pero había una mujer que era la esposa principal, cuyo hijo gozaba de derechos preferentes.²⁹⁸

Entre los toltecas sólo se consentía una mujer; ni al rey le estaba permitido casarse otra vez después de la muerte de su esposa, ni tampoco a la reina; otros podían casarse por segunda vez después de la muerte de su cónyuge.²⁹⁹

También entre los chichimecas, a lo menos primitivamente, aun el príncipe tenía una sola esposa³⁰⁰ y lo mismo pasaba entre los otomíes, mazatecas y pinoles.³⁰¹

Entre los mixtecas³⁰² y en Michoacán³⁰³ estaba en uso, por el contrario, el sistema de las mancebas.

La denominación de las mujeres era diversa: la esposa principal se llamaba *cihuatlantli* y las otras *cihuapil-li* (damas distinguidas),³⁰⁴ entre las cuales había dos clases, unas dadas en matrimonio por sus padres, previa solicitud, llamadas *cihuanemactli*,³⁰⁵ y otras que simple-

299 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 327; Cfr. también Veytia, I, págs. 269, 288.

300 Sahagún, X, 29, párr. 2; Gómara, *Crónica*, c. 206.

301 Gómara, *Crónica*, c. 206.

302 Herrera, III, 3, 12.

303 Herrera, III, 3, 10.

304 Torquemada, XII, 3; *CIHUATL*, mujer; *PIL-LI*, distinguido.

305 De *CIHUATL* y de *NEMACTLI*, regalo.

306 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 214, en Kingsborough, VIII, pág. 128.

mente eran robadas por los grandes señores y que se llamaban *tlacihuaantin*.³⁰⁶ Está comprobado que en otros lugares así procedían frecuentemente los magnates y que el pueblo lo toleraba, como era particularmente en Michoacán, cuyos usos servían de modelo a los aztecas, o mejor dicho, ejercían grande influencia sobre ellos.³⁰⁷ También se dice que el *harem* de *Moteczuma* había sido abastecido de esa manera.³⁰⁸

Además, había el matrimonio temporal que podía disolverse por el hombre en cualquier tiempo. Los hijos eran legítimos, la esposa o sus parientes podían exigir si nacía un hijo, que el esposo se casara con ella permanentemente o que la devolviera. Así pues, era un matrimonio temporal, pero por tiempo indefinido, hasta el nacimiento de un niño, pudiéndose también en este caso prorrogar el matrimonio, porque la disolución sólo tenía efecto a instancia del marido.³⁰⁹

No obstante, debe considerarse tal matrimonio como temporal, limitado esencialmente por un acontecimiento incierto. La esposa temporal se llamaba *temecauh* o *tlacal-lalcahuil-li*.³¹⁰

307 Herrera, III, 3, 10.

308 *Cfr.* Solís, III, 15.

309 Zorita, pág. 52 (116); Torquemada, XII, 3.

310 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 214, en Kingsborough, VIII, pág. 127; Torquemada, XII, 3.

Algunas veces se distinguían de la esposa legítima y de las mancebas, las concubinas; las relaciones que existían con éstas podían disolverse libremente; pero si habían durado por largo tiempo, de manera que la vecindad los consideraba como casados, el concubinato se convertía en matrimonio.³¹¹

La concubina se llamaba *tlacarcavil-li*.³¹²

Los principios respecto a la discreción en las relaciones conyugales, que eran inculcados al hijo por el padre,³¹³ correspondían enteramente al carácter reservado del pueblo.

27

El matrimonio contraído sin el consentimiento del padre pasaba por ignominioso.³¹⁴

Para contraer matrimonio se requería el consentimiento de la joven misma.³¹⁵

311 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272.

312 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 214; en Kingsborough, VIII, pág. 127. (Aunque, a nuestro parecer, hay notoria equivocación en la escritura de esta voz, la conservamos tal como aparece en la obra de Kohler. N. T.).

313 Sahagún, VI, 21.

314 Zorita, pág. 58 (121); Herrera, III, 4, 16; Veytia-Boturini, pág. 212.

315 Torquemada, XIII, c. 5.

316 Gómara, *Crónica*, c. 206.

En algunas tribus estaban en uso el rapto y la venta de la mujer;³¹⁶ en otras, por lo menos entre los mixtecas, había ceremonias para el rapto: para la captura de la novia se presentaban armados, trataban de llevársela y de allí surgía un combate;³¹⁷ también se daba el caso de que el novio se llevara en hombros a la novia.³¹⁸

En *Pánuco* se usaba la compra, dando el hombre por la mujer un arco, dos flechas y una red.³¹⁹ En la generalidad de los casos se ofrecían regalos al hacer la petición de la novia.³²⁰

La celebración del matrimonio era iniciada con solicitudes hechas por matronas (*cihuatlanque*), las que eran enviadas por la familia del novio a la de la novia.³²¹

Tratándose de una hija de rey, la petición se hacía por medio de una embajada a la que era entregada la hija.³²²

317 Herrera, III, 3, 12.

318 Gómara, *Crónica*, c. 207; Torquemada, XII, 5.

319 Gómara, *Crónica*, c. 207.

320 *Cfr.* también Clavijero, II, pág. 389.

321 Mendieta, II, 25; Torquemada, XIII, 5; Veytia-Boturini, pág. 198; *CIHUATLANQUI*, de *CIHUATL*, mujer y *TLANQUI*, completo.

322 *Cfr.* el caso del matrimonio de *Hitzilíhuítl*, el segundo rey de México, en Veytia, II, págs. 222 ss.

Las solicitudes eran rechazadas por la primera vez, a pesar de los regalos, otorgándose el consentimiento de la familia no antes de una segunda petición acompañada de regalos mayores, después de haberse fijado exactamente la dote que correspondía a la mujer.³²³

La novia era conducida por los parientes del novio a la casa de éste, por la noche, en paseo solemne a la luz de antorchas.³²⁴

En la celebración del matrimonio mismo intervenía el sacerdote, especialmente en la atadura de los vestidos y en la bendición del lecho, después de pasados los cuatro días de abstinencia de que luego trataremos.³²⁵

En la casa del novio se zahumaban mutuamente.³²⁶ Era un rito religioso observado también por otros pueblos.

323 Zorita, pág. 52 (116); Torquemada, XIII, c. 5; *Cfr.* también Sahagún, VI, 23; Veytia-Boturini, pág. 198.

324 *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 62 (V, pág. 98); Sahagún, VI, 23; Mendieta, II, 25; Gómara, *Crónica*, c. 207.

325 Gómara, c. 207; Durán, c. 83 (II, pág. 115) á Acosta, V, 27; *Cfr.* también para esto Chavero, en el *Apéndice a la edición de Durán*, págs. 21 ss.

326 Mendieta, II, 25; Torquemada, XIII, 5.

327 En una graciosa exposición del *Códice Mendocino*, Kingsborough, I, 62 (V, pag. 98); *Cfr.* también Mendieta, II, 25; Pomar, pág. 25; Gómara, *Crónica*, c. 207; Acosta, VII, 10; Torquemada, XIII, 5; Herrera, III, 2, 12. También en *Quaxtlotitlán*; Herrera, III, 3, 15.

Venía después la atadura de los vestidos que consistía en anudar los de ambos novios;³²⁷ en seguida la reunión de los manjares que los novios se presentaban mutuamente, o bien la madre del novio hacía la presentación a ambos.³²⁸

También se encuentra la costumbre de que la novia daba siete vueltas alrededor del brasero del nuevo hogar,³²⁹ lo que nos recuerda el *sap tapadi* indio.

Entre los mixtecas encontramos igualmente la atadura de los vestidos, que entre ellos era acompañada de la unión de las manos;³³⁰ y además el corte del cabello.³³¹

Entre los tlaxcaltecas se acostumbraba el corte y el sacrificio del cabello en señal de matrimonio,³³² como entre otros pueblos de América³³³ y de otros lugares.

Celebrado el enlace, ayunaban los esposos durante

328 Mendieta, II, 25; Gómara, *Crónica*, c. 207; Sahagún, VI, 23; Torquemada, XIII, 5.

329 Durán, c. 83 (II, pág. 115); Acosta, V, 27.

330 Gómara, *Crónica*, c. 207.

331 Torquemada, XIII, 5.

332 Gómara, *Crónica*, c. 207.

333 Torquemada, XIII, 5, respecto de los parias (Sudamérica).

334 Creían que en caso contrario, serían funestas las consecuencias. Mendieta, II, 19, 25; Gómara, *Crónica*, c. 207; Torquemada, VI, 48.

cuatro días, no se lavaban y se abstenían del acto conyugal;³³⁴ en la cuarta noche tenía lugar la cohabitación, después de bendecido el lecho y de un sacrificio, arañándose con espinas de maguey la lengua y una oreja.³³⁵ Al quinto día eran bañados. La sábana del lecho conyugal era llevada al templo; parece que servía de testimonio de la virginidad.³³⁶ Los mazatecas se abstenían durante veinte días,³³⁷ lo mismo que los otomíes.³³⁸

Esta abstinencia había tomado un carácter religioso; pero seguro es que tiene su origen en el antiguo matrimonio por raptó. También sucedía, cuando menos en *Pánuco*, que durante el primer año del matrimonio, suegro y yerno no se hablaban mutuamente.³³⁹

Se refiere que en *Ixcatlán* había una costumbre extraña: quien quería una mujer, mandaba ejecutar por medio del sacerdote un acto ritual (corte del cabello), y tan pronto como salía, podía escoger como esposa a la primera mujer que encontrara.³⁴⁰ En caso de ser esto cierto podría considerarse como el primitivo matrimonio por raptó.

335 Mendieta, II, 19, 25; Durán, c. 83 (II, pág. 117); Zorita, pág. 52 (116); Torquemada, XIII, 6; también Sahagún, VI, 23; Veytia-Boturini, pág. 198.

336 Durán, c. 83 (II, pág. 115).

337 Mendieta, II, 25; Torquemada, XIII, 6.

338 Herrera, III, 4, 19.

339 Gómara, *Crónica*, c. 207.

340 Herrera, III, 3, 15.

341 Pomar, pág. 30.

La esposa solía llevar una dote adecuada a su fortuna.³⁴¹

Los bienes de los esposos permanecían separados, había registros de lo aportado para saber en caso de divorcio lo que a cada uno pertenecía.³⁴²

29 ^{342 bis}

El matrimonio solamente podía disolverse en virtud de fallo judicial; la solicitud de separación no era acogida con favor y los jueces trataban de dificultarla en todo lo posible.³⁴³ El hombre que repudiaba a su mujer sin fallo judicial, debía sufrir el castigo vergonzoso de chamuscarle el pelo.³⁴⁴ La decisión judicial, por lo demás, no decretaba directamente la separación, sino que autorizaba al solicitante para hacer lo que a bien tuviere;³⁴⁵ los jueces, por consiguiente, permitían la separación, pero no la ordenaban, resistiéndose a autorizar directamente el divorcio.

Por lo demás, los motivos de separación eran muy amplios: el marido podía exigir el divorcio en caso de que

342 Durán, c. 83 (II, pág. 116); Acosta, V, 27.

342 bis Este párrafo debiera ser vigésimo octavo, en atención al número que lleva el anterior; pero como en la edición alemana está designado como vigésimo noveno, y el siguiente como trigésimo se ha considerado debido no alterar la numeración (N. T.).

343 Zorita, pág. 44; Torquemada, XIII, 15.

344 Gómara, *Crónica*, c. 207.

345 Clavijero, I, pág. 323.

346 Así, *Nezahualcóyotl* (Veytia), sec. 18; Gómara, *Crónica*, c. 207.

la mujer se mostrara pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa;³⁴⁶ así pues, se permitía la separación por intemperancias de carácter comprobadas, sin que éstas constituyeran delito especial, de modo análogo al de las doctrinas de Confucio. La esterilidad era también causa de divorcio.³⁴⁷

A la mujer también se le concedía el derecho de separación; pero ignoramos en cuáles casos.³⁴⁸

Como consecuencia de la separación, los hijos eran atribuidos al esposo y las hijas a la esposa.³⁴⁹ La parte culpable perdía la mitad de sus bienes.³⁵⁰

Los esposos divorciados no debían volver a casarse, so pena de muerte.³⁵¹

Entre los otomíes podían separarse después de la primera noche;³⁵² de igual manera en Michoacán, si los dos juraban no haberse visto.³⁵³ Además, en Michoacán, el

347 Gómara, *loc. cit.*

348 El pasaje que los consigna de *las leyes de Nezahualcóyotl* (Veytia), sec. 18, se ha perdido.

349 Según *Nezahualcóyotl*, sec. 17; Durán, c. 83 (II, pág. 116); Acosta, V, 27.

350 Según *Nezahualcóyotl*, sec. 17.

351 Durán, c. 83 (II, pág. 116); Acosta, V, 27; *Cfr.* también Clavijero, I, pág. 323.

352 Herrera, III, 4, 19.

353 Gómara, *Crónica*, c. 207.

matrimonio podía ser disuelto judicialmente por motivo de incompatibilidad; pero no antes de haberse rechazado la demanda de disolución que debía repetirse consecutivamente;³⁵⁴ los padres podían también quitar a su hija al marido, en caso de que se negara a vivir con ella.³⁵⁵

30

Se depositaban en la tumba del muerto provisiones que alcanzaran para algunos días y utensilios de trabajo;³⁵⁶ se quemaban vestidos preciosos³⁵⁷ con él y se le daban objetos para facilitar su viaje al otro mundo.³⁵⁸ A un muerto poderoso, especialmente a un rey, le eran enviados esclavos que lo siguieran al más allá, abriéndoles el pecho al uso azteca y arrancándoles el corazón,³⁵⁹ o matándolos con flechas.³⁶⁰

Estos sacrificios de esclavos se continuaban en períodos determinados; inmediatamente después de la muerte se solía matar nada más un esclavo;³⁶¹ en cambio eran matados y quemados a menudo docenas de hombres al tiempo del entierro (al cuarto o quinto día). Después de esto se

354 *Relación a Mendoza*, pág. 53.

355 *Relación a Mendoza*, pág. 53.

356 *Anónimo*, pág. 398; Veytia-Boturini, pág. 239.

357 *Tezozómoc*, II, 92 y *passim*.

358 *Torquemada*, XIII, 47.

359 *Tezozómoc*, I, 55; II, 81 y otros.

360 Sahagún, *Apéndice al Libro III*, c. 1.

361 Para acompañar al muerto en su camino; *Cfr.* también Veytia-Boturini, pág. 239.

fabricaba en madera una imagen del muerto y se ejecutaban todavía durante cuatro días ceremonias rituales, en las que se sacrificaban esclavos, pues entonces el alma se trasladaba al averno y necesitaba de ayuda. Otros sacrificios de esclavos se sucedían a los veinte, cuarenta, sesenta y ochenta días. Después venían los anuales en que sólo se mataban aves, continuándose hasta los cuatro años.³⁶²

También se mataba a las mujeres que se ofrecían a acompañar al esposo en la muerte.³⁶³

En los entierros de príncipes en Michoacán, eran sacrificados esclavos y libres, particularmente un grupo de mujeres, ofreciéndose voluntariamente algunas para servir al muerto en el más allá.³⁶⁴ Probablemente también en esto, los tarascos sirvieron de modelo a los aztecas.³⁶⁵

De igual manera se relata el sacrificio de mujeres y esclavos entre los mixtecas³⁶⁶ y entre los tlaxcaltecas.³⁶⁷

31

La sucesión respecto de la dignidad y bienes de nobleza

362 Mendieta, II, 40; Gómara, *Crónica*, c. 202; Ixtlilxóchitl, *Relación*, en Kingsborough, IX, pág. 371; Acosta, V, 8; Veytia-Boturini, págs. 65 ss.

363 Pomar, pág. 38.

364 Mendieta, II, 41; Gómara, *Crónica*, c. 203.

365 *Cfr.* pág. 31.

366 Herrera, III, 3, 13.

367 Herrera, II, 6, 17.

368 Toribio, pág. 407; Pomar, pág. 25; De Witt pág. 290; Veytia-Boturini, pág. 218.

era la siguiente: en primer lugar, correspondía a los hijos y especialmente al hijo mayor de la esposa principal;³⁶⁸ en su falta, a un nieto agnado y subsidiariamente a un nieto cognado, y en defecto de éstos, correspondía a un hermano, particularmente al que era considerado más idóneo; eventualmente se escogía otro pariente.³⁶⁹ Las hijas eran excluidas, principalmente en Tlaxcala.³⁷⁰

Por lo demás, el autor de la herencia podía designar su sucesor;³⁷¹ lo cual estaba en uso especialmente en Michoacán, donde el sucesor participaba de los bienes en vida del autor.³⁷²

La sucesión de los plebeyos variaba según los lugares: existía la primogenitura, caso en que el primogénito debía encargarse de toda la familia y atender a los tributos, o bien el derecho de la división por igual entre los hijos.³⁷³ En caso de haber varias esposas, eran preferidos los hijos de la principal,³⁷⁴ pero no en todas partes.³⁷⁵ A falta de hijos, correspondía la sucesión al hermano o al sobrino y en su defecto al pueblo o al soberano;³⁷⁶ en el primer caso, probablemente respecto a las tierras del *calpul-li*; en el segundo, respecto a la posesión enfitéutica y de la propiedad inferior, evento en que naturalmente, los bienes

369 Zorita, págs. 9 ss. (79; Veytia-Boturini, pág. 219).

370 Toribio, pág. 407; Torquemada, XI, 22.

371 Toribio, pág. 407; Zorita, pág. 10 (80); Pomar, pág. 26.

372 Zorita, pág. 11 (81); Veytia-Boturini, pág. 220; *supra*, pág. 24.

373 Gómara, *Crónica*, c. 198.

374 Gómara, *Crónica*, c. 206.

375 Pomar, pág. 27.

376 Gómara, *Crónica*, c. 198.

muebles, como el menaje de la casa, seguían al resto.

Entre los mixtecas a falta de hijo, podía heredar también la hija de la mujer principal.³⁷⁷

El hijo tenía que sufrir durante todo un año muy rígidas penitencias en un convento, antes de recibir la herencia.³⁷⁸

Quien ultrajaba a sus padres se hacía indigno de heredar, él y toda su descendencia.³⁷⁹

A su muerte, el padre podía repartir su fortuna según su voluntad, entre sus hijos, y en particular sus bienes raíces y sus siervos.³⁸⁰

También tenía el derecho de desheredar en caso de que considerara al hijo cobarde, cruel o pródigo.³⁸¹

377 Herrera, III, 3, 12. Sin embargo, parece haber habido una excepción respecto a los bienes raíces; Brasseur de Bourbourg, III, pág. 39 (según Burgoa).

378 Herrera, III, 3, 13; *Cfr.* también *supra*, págs. 38 y 39.

379 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 16.

380 Zorita, págs. 10, 90 (80, 157); Pomar, pág. 25; Veytia-Boturini, pág. 234.

381 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 17.

382 Herrera, III, 3, 15.

V. DERECHO DE PROPIEDAD, PARTICULARMENTE DE BIENES RAÍCES

32

La conquista y el trabajo eran considerados medios de adquirir: en caso de disputa de propiedades, el uno decía: he adquirido la cosa por medio de mi lanza; el otro: yo la he adquirido por medio del trabajo.³⁸³

El que había apresado un esclavo en la guerra, tenía derecho a su carne, después de haberlo sacrificado. En caso de haber cooperado varios a la captura, cada uno tenía derecho a una parte, en proporción a su valentía, comprobada, es decir, derecho a determinados pedazos del cuerpo.³⁸⁴

Esto se usaba también en la “comida de carne humana” de los comerciantes. Para esto se hacía una lucha especial de gladiadores con los esclavos destinados al sacrificio. Quien en esta ocasión ganaba un esclavo, se

383 Sahagún, VI, 41.

384 Sahagún, VIII, 38; Mendieta, II, 27.

hacía su propietario y el propietario anterior tenía que rescatarle.³⁸⁵

Aztecas 6

El segundo rasgo era la bendición de la propiedad y su aseguramiento por la protección divina.

Se consagraban las casas al espíritu protector: la cosecha, de igual manera, estaba bajo la guarda divina.³⁸⁶

33

El dueño podía perseguir su propiedad, a lo menos sus esclavos y bienes raíces, hasta el tercer adquirente, sin resarcir a éste por el precio de compra.³⁸⁷

34

La propiedad raíz sólo se había individualizado respecto de las tierras de la nobleza, pues las otras eran comunales, de los pueblos, o más bien, tierras de las parcialidades, barrios o *calpul-lo*.³⁸⁸ Las poblaciones tenían sus

385 Sahagún, IX, 14.

386 Veytia-Boturini, pág. 240.

387 *Nezahualcóyotl*, leyes 19, 20, *Libro de Oro* en Orozco, I, pág. 269, respecto de los esclavos.

388 *Cfr.* Zorita, pág. 26 (93); Veytia-Boturini, pág. 232, *CALPUL-LI* es aumentativo de *CAL-LI*, casa, otra denominación es *CHINANCA-LI*.

secciones, sus barrios, y éstos formaban unidades distintas con los terrenos particulares de los *calpul-li*; a la cabeza del *calpul-li* estaba el *calpule* o *calpixqui*,³⁸⁹ también *tequitlato*,³⁹⁰ *tepixqui*.³⁹¹ El jefe era elegido; pero de hecho, la dignidad quedaba ordinariamente en la familia;³⁹² debía ser forzosamente un miembro del *calpul-li*.³⁹³

Los *calpul-li* estaban subdivididos; a las órdenes del *calpule* había jefes de cien familias y bajo éstos, jefes de veinte familias.³⁹⁴

Esa tierra comunal, por su parte, se llamaba *calpul-lali*³⁹⁵ o también *altepétlal-li*,³⁹⁶ era asignada en atención a las necesidades de las familias del *calpul-li*, para ser bienes comunes hereditarios, pero inalienables. En caso de extinguirse una familia, la tierra era devuelta, y si una familia no tenía tierra o no tenía la suficiente, el *cal-*

389 Zorita, pág. 26 (93). De *CALPUL-LI* se forma *CALPULE*; plural, *CAL-PULEQUE*, jefes del *CAPUL-LI* (Cfr. Olmos, *Gramática de la Lengua Nahoá*, pág. 32).

390 *Carta de P. de Moya*, pág. 22. *TEQUITLATO*, de *TEQUITL*, empleo y *TLATOA*, hablar.

391 La denominación era muy variada, Durán, c. 98 (II, pág. 223).

392 Durán c. 98 (II, pág. 213), Zorita, pág. 30 (96 cc.); Herrera, II, 4, 18.

393 Zorita, pág. 30 (96).

394 *Orden de Sucesión*, pág. 229.

395 De *CALPUL-LI* y *TLAL-LI*, tierra.

396 *Ixtlilxóchitl*, c. 35. La palabra deriva de *ALTEPETL* (*ALTEPETL*, propiamente dicho, colina con agua), aldea, y *TLAL-LI*, tierra. Por eso *ALTEPETL* era la población entera, y *CALPUL-LI* el distrito comunal al que pertenecía la tierra.

pule debía asignársela, tomándola de la tierra libre o que hubiere quedado vacante.³⁹⁷

Por consiguiente, los bienes raíces eran bienes comunales con derecho hereditario de familia; pero limitado a las familias pertenecientes a la misma población, exactamente como entre algunas tribus malayas. En caso de que la familia abandonara la población, perdía *ipso facto* su derecho a la tierra.³⁹⁸ No se toleraba a los extraños en la tierra comunal.³⁹⁹

Sin embargo, el derecho hereditario de posesión llevaba aparejada la obligación de cultivar; quien no cumplía por dos años era apercibido y en caso de que sin excusa suficiente no cultivara el tercer año, su tierra quedaba libre.⁴⁰⁰

El *calpul-li* era propietario del suelo y, en consecuencia, podía arrendar una parte de su tierra comunal a otro *calpul-li*.⁴⁰¹ Esto sólo en apariencia era una excepción a la regla de que ningún extraño era admitido en el suelo de un *calpul-li*, pues se le admitía únicamente en virtud del derecho concedido al otro *calpul-li*.

397 Zorita, págs. 26, 28 (93, 95); *Orden de Sucesión*, págs. 223 ss.; Torquemada, XIV, 7; Herrera, III, 4, 18; también Ixtlilxóchitl, 34.

398 Zorita, pág. 27 (94); Torquemada, XII, 7. Esto sucedía, sin embargo, muy rara vez; Zorita, 98 (165).

399 Zorita, pág. 27 (94).

400 Zorita, pág. 28 (95).

401 Zorita, págs. 27 ss. (94).

Los *calpuleque* tenían que llevar un plano de las tierras y que asentar en él los cambios de poseedor. Representaban al *calpul-li* en lo que concernía a la tierra comunal, judicial o extrajudicialmente. Tenían que hacer los repartos necesarios y procurar tierra para las familias,⁴⁰² vigilar las calles y la limpieza⁴⁰³ y agasajar al pueblo en una reunión del *calpul-li*. Por ello les pagaba el *calpul-li* un tributo.⁴⁰⁴ Decidían las pequeñas disputas.⁴⁰⁵

35

Parte considerable de las tierras eran del estado y sus frutos correspondían al palacio del príncipe. Éstas se llamaban *tlatocamil-li* o *tlatocatlal-li*.⁴⁰⁶

Cosa análoga eran las tierras de los templos, cuyos productos se destinaban al servicio religioso; cada templo mayor tenía sus bienes propios.⁴⁰⁷

También había en los *calpul-li*, campos de guerra (*milchimal-li*);⁴⁰⁸ eran cultivados especialmente para el estado y en particular para las necesidades militares.⁴⁰⁹

402 Zorita, pág. 30 (97).

403 Durán, c. 89 (II, pág. 165).

404 Zorita, pág. 87 (155); Veytia-Boturini, pág. 232.

405 Orozco, I, pág. 267.

406 Zurita, pág. 90 (158); *Orden de Sucesión*, pág. 223; Ixtlilxóchitl, c. 35; Veytia-Boturini, pág. 234; *MIL-LI*, sembrado y *TLAL-LI*, tierra.

407 Torquemada, VIII, 20; *Cfr.* también Chavero en el *Apéndice a Durán*, págs. 26 ss.

408 *MILCHIMAL-LI*, de *MIL-LI*, sembrado, y *CHIMAL-LI*, escudo, guerra.

409 Zorita, pág. 93 (60); Torquemada XIV, 7; Herrera, III, 4, 18; Veytia-Boturini, pág. 231.

En contraposición a las tierras del *calpul-li* y a las del estado, había las pertenecientes a los *tecuhtli*.⁴¹⁰ Éstas se habían hecho de propiedad individual, a pesar de estar sujetas en muchos casos a determinado orden hereditario. Eran el *pil-lal-li* o *tecpil-lal-li*;⁴¹¹ podían constituirse como tierras de primogenitura en virtud de título conferido y en este caso particular eran inalienables; en los otros casos, no había obstáculo para la enajenación, pero siempre tenían que trasmitirse a un noble;⁴¹² los *macehual-li* no podían tener tierras señoriales y estaban ligados en la mayoría de los casos a la posesión del *calpul-li*.⁴¹³

Distinto era el *tecpantlal-li*,⁴¹⁴ tierra feudal, tierra de los cortesanos (*tecpantlaca*), quienes formaban el círculo inmediato al rey y que a menudo se componía de allegados a la casa real.⁴¹⁵ Carácter necesario de estas tierras era su inalienabilidad; la tierra se daba a los vasallos para que ellos y sus descendientes pudieran rendir vasallaje en el servicio de honor de la corte con el brillo debido. El feudo se heredaba en línea recta; a falta de herederos directos, se devolvía la tierra, lo mismo que cuando el vasallo abandonaba con su familia el servicio de la corte.⁴¹⁶

410 Que las tierras reales de la nobleza eran numerosas, se evidencia en Toribio, pág. 405, aun en caso de que lo dicho allí sea exagerado.

411 Torquemada, XIV, 7. La palabra viene de *PIL-LI*, noble, distinguido.

412 Torquemada, XIV, 7.

413 Sólo en raros casos los *MACEHUAL-LI* tenían tierras fuera de los *CALPUL-LI*. Cfr. Fuenleal, pág. 253.

414 *TECPAN*, palacio real.

415 Ixtlilxóchitl, c. 35; Torquemada, XIV, 7.

416 Torquemada, XIV, 7.

En un grado inferior estaba la tierra de servicio no hereditario en principio, cuyos frutos estaban asignados a un empleo, el derecho a ella era un beneficio personal correspondiente a quien desempeñaba el puesto y cesaba con éste; no se transmitía a los herederos, sino que recaía en el sucesor en el empleo.⁴¹⁷ Este era el caso de las tierras de los servidores del palacio⁴¹⁸ o de los jueces.⁴¹⁹

Diferentes eran las tierras enfitéuticas que se concedían a los caballeros recién creados por haberse distinguido en la guerra. Estas tierras eran heredables y alienables; pero solamente entre los nobles; la enajenación a los *macehuales* producía la pérdida del derecho,⁴²⁰ por la causa antes indicada (página 56).

36

Los poseedores de grandes extensiones tenían en los *pil-lal-li* sus vasallos (*teccaleque*)⁴²¹ quienes por tener que servir a su amo estaban libres de cargas públicas. Estos *teccaleque* eran vasallos libres. Distintos de ellos eran los vasallos semilibres, mayequés, de quienes ya se ha tratado antes.

417 Mendieta, II, 28; Torquemada, XIV, 7; Herrera, III, 4, 17.

418 Torquemada, XIV, 7.

419 Mendieta, II, 28; Zorita, pag. 44 (109).

420 Torquemada, XIV, 7; *Cfr.* también Ixtlilxóchitl, c. 35; Fuenleal, pags. 253 ss.

421 *TECCAL-LI* es la casa real, de aquí *TECCALE*; plural *TECCALEQUE*; Zorita, pag. 25 (92). De igual manera en Tlaxcala; *Cfr.* Torquemada, III, 17.

Eran distintos los aparceros libres, porque no sólo eran tributarios del dueño del terreno, sino que también estaban sujetos a los impuestos del estado.⁴²²

También las tierras de servicio tenían sus vasallos que debían pagar tributo al dignatario, estando por ello exentos de cargas públicas.⁴²³

37

Había mapas detallados en que estaban marcados los campos y sus límites. Las diversas clases de tierra estaban identificadas en el mapa con colores especiales.⁴²⁴ Los fundos estaban señalados por medio de mojoneras de piedra, cuya alteración era castigada con pena de muerte.⁴²⁵

38

Las condiciones de la tierra eran substancialmente las mismas en los estados vecinos. Así era entre los *matlatzincos*, que en el año 1477 fueron sometidos a México por el rey *Axayácatl*;⁴²⁶ el *calpul-li* formaba también la unidad, la familia tenía sus tierras comunales hereditarias e

422 Torquemada, II, 89; Herrera, II, 7, 12.

423 Zorita, págs. 44, 87, 91 (109, 155, 159).

424 Torquemada, XIV, 7.

425 *Cfr. infra*, pág. 71.

426 Chimalpahin, pág. 137.

inalienables; de igual manera había un jefe a su cabeza, después de cuya muerte solía elegirse un hijo o un hermano, y también tenía el príncipe (o mejor dicho, cada uno de los príncipes) sus tierras propias.⁴²⁷

En Tlaxcala había bienes vinculados con la sucesión del primogénito: se contaban treinta casos.⁴²⁸

Entre los mixtecos ya se había establecido la alienabilidad de la tierra; pero los hijos podían después del transcurso de algún tiempo, ejercitar el derecho de retracto.⁴²⁹

VI. OBLIGACIONES Y COMERCIO

39

En la compraventa, el comprador tenía el derecho de arrepentirse; en este caso se debía devolver el precio.⁴³⁰ En esto se observa lo imperfecto de la noción de las obligaciones sinalagmáticas.

Las obligaciones se transmitían a los herederos.⁴³¹

427 Zorita, (edición francesa) págs. 389 ss. (*Nueva Colección*, III, págs. 219 ss.).

428 Torquemada, XI, 22.

429 Brasseur de Bourbourg, III, págs. 39, 40 (según Burgoa).

430 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 269.

431 Torquemada, XIV, 17.

El *calpul-li* respondía colectivamente por sus carceleros y tenía que cubrir la indemnización⁴³² en caso de fuga de algún preso.⁴³³

La ejecución por deudas podía dirigirse contra los bienes, lo mismo tratándose de vivos que de sucesiones.⁴³⁴

Los contratos podían probarse por medio de invocaciones a la deidad, el sol o la tierra, poniendo el que prestaba juramento el dedo sobre la tierra y llevándolo a la boca, como si estuviera comiendo de ella.⁴³⁵

40

Los pueblos *nahoas* no conocían, como regla, la esclavitud legal del deudor civil, sino sólo como consecuencia de la propia entrega en el pacto de esclavitud.

Pero la ejecución por deudas se hacía por medio del encarcelamiento en una prisión especial, *teipiloyan*,⁴³⁶ en la que permanecía el deudor hasta ser rescatado⁴³⁷ o arreglarse con el acreedor; y en este caso a menudo se lle-

432 Acerca de esto, *Cfr. infra*, pág. 56.

433 Mendieta, II, 27.

434 Torquemada, XIV, 17.

435 Sahagún, II, *Apéndice* número 12.

436 De *ILPIA*, ligar, y la sílaba *YAN*, que significa el lugar en donde se practica la acción.

437 Torquemada, XIV, 17; Clavijero, I, pág. 328.

gaba naturalmente al pacto de la propia esclavitud.⁴³⁸ Así, pues, la esclavitud por deudas no era consecuencia directa de la deuda, pero sí había la posibilidad de dar pago y satisfacción al acreedor por medio de ella.

Otra cosa sucedía con el deudor por delito,⁴³⁹ cuando la falta de pago tenía el carácter de fraude; tal era el caso de no devolver los muebles preciosos o vestidos prestados, pues entonces se podía llegar a la esclavitud directa.⁴⁴⁰ Esto puede haber acontecido aun en el caso de haberse pactado la devolución en género, pues siempre había que restituir de un modo o de otro.

La encarcelación por deudas en virtud de pacto⁴⁴¹ era común; el insolvente se entregaba él mismo o entregaba un miembro de su familia, o al recibirse el préstamo y contraerse la deuda, se estipulaba que en caso de falta de pago tendría lugar la prisión por deudas.⁴⁴² Semejante pacto era válido y obligatorio, se celebraba ordinariamente entre jugadores y rameras⁴⁴³ y especialmente, además, en caso de carestía.⁴⁴⁴ Estos pactos se celebraban solemnemente en presencia de cuatro testigos.⁴⁴⁵

438 Durán, c. 101 (II, pág. 246).

439 *Cfr. infra*, pág. 68.

440 *Libro de Oro* (Orozco, I, pág. 269); Durán, c. 98 (II, pág. 221).

441 Así *Nezahualcóyotl*, ley 19.

442 Pomar, pág. 41; *Cfr.* también las citas siguientes.

443 Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada, XIV; 16; Clavijero, I, pág. 326.

444 Chimalpahin, pág. 116; Veytia-Boturini, pág. 196.

445 Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada XIV, 16.

Esta publicidad producía el efecto civil de hacer preferente el compromiso público (como el *instrumentum quasi-publicum*) cuando alguien se obligaba para con varias personas; por otra parte, el primer compromiso tenía prelación sobre el segundo, o sea *prior tempore, potior jure*.⁴⁴⁶

Sucedía a menudo que alguien, después de haber perdido todo en el juego, jugaba a crédito con la obligación de pagar en plazo determinado. En este caso se sobreentendía que el jugador comprometía su libertad.⁴⁴⁷

La venta de sí mismo también podía hacerse pactando el esposo y la mujer entre sí que el hombre vendiera a la esposa o ésta al marido; así se evitaba la incongruencia de que el vendedor fuera al mismo tiempo sujeto y objeto de la venta.⁴⁴⁸

La esclavitud por deudas podía ser perfecta, trasladándose el esclavo a la casa del señor donde prestaba su servicio; o imperfecta, quedándose en su propia casa y trabajando únicamente para su señor.⁴⁴⁹

446 Torquemada, XIV, 17.

447 Durán, c. 98 (II, pág. 221); c. 100, 101 (II, pág. 237, 246). Cuán fuerte era la afición al juego, lo demuestra también la instrucción de 1525, a Saavedra, en Honduras, que estaba destinada a lograr alguna moderación en el juego. El documento se encuentra en Alamán, I, pág. 132.

448 Durán, c. 98 (II, pág. 22).

449 Torquemada, XIV, 17.

Cuando el esclavo pagaba su deuda con su propio peculio, recobraba la libertad; cuando él, aparte de sus servicios, cubría algo a su señor de su peculio, se hacía libre, por lo menos, a la muerte del señor.⁴⁵⁰

También podía haber fianza por deudas de varios, especialmente de todos los miembros de una o dos familias, de modo que una persona sirviera como esclavo, para el pago de una deuda. En estos casos los miembros de la familia solían relevarse de tiempo en tiempo; la muerte de uno de ellos no libraba de la deuda a los demás, para lo cual salían garantes para el caso de que muriera el esclavo que estuviese en turno.⁴⁵¹

En tal caso se trasmitía la fianza a los herederos; esto no constituía excepción, pues también en otros casos se trasmitían las deudas por herencia. Por lo contrario, formaba una particularidad el hecho de que, en tanto que la esclavitud proviniera de sujeción personal del deudor o de la venta hecha por el padre, la familia quedaba permanentemente sujeta al estado de esclavitud por deudas, hasta la siguiente generación; no sólo la fianza por deudas, sino también la esclavitud por deudas eran hereditarias en este caso.

Pero las consecuencias de este sistema eran tan sensibles que en el año de 1505 el rey *Nezahualpil-li*, de Texcoco, lo abolió, siguiendo México su ejemplo.⁴⁵²

450 Torquemada, XIV, 17.

451 Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada, XIV, 17; Clavijero, I, pág 326; *Cfr. supra*, pág. 32.

452 Torquemada, XIV, 17.

La formación jurídica de esta institución era de lo más interesante: una obligación correal de varias familias con fianza personal correal; pero siempre con fianza respecto de una persona.⁴⁵³

Esta esclavitud familiar se contraía especialmente en años de hambre, y sobre todo en el primer año de cada ciclo de cincuenta y dos, el año *ce tochtli*, que era temido a consecuencia de la escasez.⁴⁵⁴

La fianza hereditaria también era válida bajo la condición que la esclavitud por deudas no fuera perfecta. La esclavitud por deudas perfectas de una persona, libraba a la familia del vínculo de la esclavitud.⁴⁵⁵ También la libraba el hecho de que el esclavo hubiera contribuido a la fortuna del acreedor.⁴⁵⁶

Tratándose de préstamos, se acostumbraba garantizarlos especialmente con prenda.⁴⁵⁷

41

Para evitar cualquiera sospecha se acostumbraba comprar las mercancías únicamente en los mercados.⁴⁵⁸

453 Se llama *HUEHUETLATLACOL-LI* de *HUEHUE*, viejo, y *TLATLACOL-LI*, falta, defecto.

454 Sahagún, VII, 9.

455 Torquemada, XIV, 17.

456 Torquemada, XIV, 17.

457 Zorita, pág. 54 (117); Veytia-Boturini, pág. 201.

458 Torquemada, XIV, 16.

En México había mercados especiales, *tianquiztli*,⁴⁵⁹ con sus correspondientes vigilantes, *tianquizpan tlayacaque*. Los diferentes mercaderes tenían sus lugares determinados según la clase de mercancía,⁴⁶⁰ para lo cual había planos exactos; los vigilantes determinaban el reglamento del mercado,⁴⁶¹ ejercían una policía muy estricta y protegían contra los fraudes.⁴⁶² No solamente en México había mercados, sino en todas las grandes ciudades,⁴⁶³ Tlaxcala,⁴⁶⁴ Tlatelolco, Azcapotzalco, etc.

También los toltecas tenían mercados, entre otros, los de *Tula* y *Tulanzinco*.⁴⁶⁵

El tráfico en los mercados se hacía por permuta y por compra. Como moneda servía el *cacao*,⁴⁶⁶ mantas peque-

459 Cortés, págs. 68, 103; *Anónimo*, pág. 392; Zuazo, pág. 350; Sahagún, VIII, 36; Durán, c. 98 (II, pág. 217); Torquemada, XIV, Herrera, II, 7, 15; Clavijero, II, pág. 392.

460 Veytia-Boturini, pág. 237.

461 Sahagún, VIII, 36.

462 Zuazo, pág. 361; Herrera, II, 7, 16; Veytia-Boturini, pág. 237.

463 Veytia-Boturini, pág. 230.

464 Cortés, pág. 68.

465 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 332.

466 Torquemada, XIV, 14, 17; Zuazo, pág. 361. También otros frutos de árbol. *Anónimo*, pág. 380. Todavía el Arzobispo Pedro de Moya se expresa así en su Carta de 1575: “*sin yntento de aprovecharme en estos particulares de un solo cacao*” (pág. 172); hasta el fin del siglo XVIII sucedía en algunas comarcas que se hacía el comercio con pagos en cacao; Veytia-Boturini (Bustamante), pág. 230. Todavía en el año 1850, en Yucatán, se usaban como moneda fraccionaria los granos de cacao, Jourdanet en su traducción de Sahagún, pág. 866, nota IV.

ñas (*cuachtli*), planchuelas de cobre en forma de “T”,^{466 bis} pedazos de estaño o polvo de oro que se guardaba en tubos o cañones de pluma.⁴⁶⁷

Cuando se trataba de cantidades grandes, el *cacao* era entregado en sacos de veinticuatro mil gramos.⁴⁶⁸

Los toltecas ya usaban también como moneda pedazos de cobre de dos dedos de largo por uno de ancho; esta moneda les había llegado del sur.⁴⁶⁹

Las mercancías tenían precios fijos que eran tasados por los vigilantes del mercado.⁴⁷⁰

Aztecas 7

El comercio exterior se hacía por medio de los *pochteca*, que viajaban llevando sus mercancías (comercio de caravanas), exponiéndose a menudo a grandes peligros, por lo cual solían adoptar el vestido y el idioma del pueblo que visitaban, fingiéndose miembros de él.⁴⁷¹

466 bis Orozco y Berra, tomo I, pág. 258, citando al capitán Dupaix y el trabajo del Dr. don Jesús Sánchez, publicado en los *Anales del Museo Nacional*, tomo I, pág. 393, se inclina a creer que estas planchuelas no eran monedas sino instrumentos de agricultura (N. T.).

467 Torquemada, XIV, 14. *Cfr.* también Sahagún, IX, 2.

468 Clavijero, I, pág. 349.

469 Ixtlilxóchitl, *Relaciones*, pág. 332.

470 Sahagún, VIII, 36.

471 Extensamente trata de esto Sahagún en el libro IX.

Los comerciantes se ponían bajo la protección de los dioses y antes de su viaje practicaban una serie de invocaciones y ritos.⁴⁷²

También había en la ciudad de México posadas en que se vendían manjares y bebidas.⁴⁷³

42

Había préstamos, pero no producían intereses.^{474 y 475}

Los comerciantes depositaban las mercancías compradas en poder de sus parientes o amigos.⁴⁷⁶

Eran conocidos los negocios en comisión; los comerciantes establecidos (*pochtecatlatoque*)⁴⁷⁷ y las mujeres que ejercían el comercio, entregaban sus mercancías para su venta a las caravanas que salían.⁴⁷⁸

472 Sahagún, IX, 3 ss.

473 Cortés, pág. 104; Durán, c. 100 (II pág. 237).

474 Zorita, pág. 54 (117); Veytia-Boturini, pág. 201.

475 Otra cuestión es si en la práctica se conservaba siempre el carácter gratuito. En el manuscrito de Zorita publicado en la *Nueva Colección*, está en el lugar respectivo (pág. 117), la nota: “*logro en muchas partes se usaba*”. Por lo que parece que la prohibición de intereses se eludía en muchas ocasiones.

476 Sahagún, IX, 6.

477 *POCHTECATL*, comerciante y *TLATOQUI*, jefe, (de *TLATOA*, hablar).

478 Sahagún, IX, 3.

En realidad estaba en uso el contrato de arrendamiento y no sólo el pacto de vasallaje *supra*, pág 52. Principalmente cuando un *calpul-li* arrendaba parte de su terreno a un colindante, había un verdadero arrendamiento; este contrato también revestía la forma de aparcería.⁴⁷⁹

Igualmente era común el contrato de trabajo; se alquilaba gente para un servicio, por ejemplo, para transportar los cadáveres de los esclavos sacrificados;⁴⁸⁰ se alquilaban cargadores por paga⁴⁸¹ y portadores para la conducción de mercancías.⁴⁸²

Cuando los guardianes dejaban escapar a un esclavo preso, tenían que entregar al dueño una esclava y prendas de vestir.⁴⁸³

Por lo demás, las *obligationes exdelito*, corresponden al derecho penal, en el que penas pecuniarias privadas y esclavitud desempeñaban a menudo el papel de composición.

VII. DERECHO PENAL

43

El derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política.⁴⁸⁴

479 Zorita, pág. 27 (94).

480 Sahagún, IX, 14.

481 Cortés, pág. 104.

482 Veytia-Boturini, pág. 236.

483 Mendieta, II, 27.

484 *Cfr.* además de los documentos citados, en particular Betancourt, III, 13, núms. 87-107.

Especialmente sería por este concepto era la legislación de Texcoco; ni toda su inclinación por las artes pacíficas pudo mitigar la severidad del derecho penal. Se habría podido esperar en Texcoco un derecho menos duro que en el estado militar de *Huitziltón*; pero era lo contrario; el código penal de Texcoco era más severo, los castigos establecidos por *Nezahualcóyotl* llevaban el sello del mayor rigor.

El sistema penal era casi draconiano: las penas principales eran la de muerte y la de esclavitud. La capital era la más variada: desde el descuartizamiento y la cremación en vida, hasta la decapitación y la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaeteamiento y otros más.⁴⁸⁵

No era raro que la pena de muerte fuese acompañada de la confiscación, como sucedía en los casos de alta traición⁴⁸⁶ y peculado.⁴⁸⁷ Los bienes se aplicaban al monarca. También la esclavitud era acompañada de confiscación, recayendo los bienes en el ofendido, especialmente en el caso de plagio.⁴⁸⁸

485 *Cfr.* Durán, c. 98 (II, pág. 222); *Orden de Sucesión*, pág. 226 ss. Tezozómoc, II, 100, 103; también en *ATITLÁN*, colgar y descuartizar; *Cfr. Petición*, (*supra*, pág. 9), pág. 417.

486 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 2; *Libro de Oro*, Orozco, I, págs. 273, 274.

487 Sahagún, VIII, 19.

488 *Cfr. supra*, pág. 63.

La demolición de la casa acompañaba algunas veces a la pena de muerte, evidentemente por motivos religiosos, como en el derecho germano, por ejemplo, si un sacerdote quebrantaba la castidad;⁴⁸⁹ pero sobre todo en el caso de alta traición.⁴⁹⁰

No era rara la pena de esclavitud, especialmente en delitos contra la propiedad; el condenado se hacía esclavo del ofendido.

Además, había las penas de destierro, de suspensión o destitución de empleo,⁴⁹¹ de reclusión en cárcel estrecha⁴⁹² y de arresto en la propia habitación.⁴⁹³ Lo mismo era en Michoacán; pero, según parece, la encarcelación era allí más frecuente que en otras partes.⁴⁹⁴

Cuando la pena no estaba determinada por ley, el juez tenía amplia libertad para fijarla.⁴⁹⁵

44

No era permitida la venganza privada; ni aun la adúltera sorprendida *in fraganti*, podía ser muerta, a pesar de que por el adulterio había pena capital; no se permitía

489 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270.

490 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 2; *Orden de Sucesión*, págs. 226 ss. Pomar, pág. 32; Ixtlilxóchitl, c. 28. Cfr. también Tezozómoc, II, 100.

491 Pomar, pág. 32.

492 Sahagún, VIII, 14.

493 Pomar, pág. 32.

494 *Relación a Mendoza*, pág. 38.

495 Pomar, pág. 33.

intervenir en el derecho del estado para castigar.⁴⁹⁶ Empero, en los estados vecinos, como en Michoacán, estaba permitido al esposo dividir las orejas a la adúltera y su cómplice;⁴⁹⁷ y en Texcoco, según la legislación de *Nezahualcóyotl* (ley 1), era más aparente el elemento de venganza, pues el castigo era mayor: lapidación, cuando el esposo sorprendía *in fraganti* al culpable, y en los otros casos estrangulación.

45

El perdón del ofendido era algunas veces motivo de atenuación de la pena, como sucedía en el adulterio y en el asesinato.⁴⁹⁸ En algunos estados, el castigo quedaba en manos del ofendido, por cuanto que le estaba concedida la ejecución de la pena, como se verá claramente en lo que va a seguir.

46

En cuanto a la responsabilidad por culpa, se encuentran algunas particularidades. Quien se echaba con una

496 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271; Mendieta, II, 29; Las Casas, *Hist. Apol.* c. 213; Torquemada, XII, 4; Clavijero, I, pág. 323. En la crónica mexicana antigua se refiere el caso de tiempo del segundo rey, *Huitzilíhuitl*, de que un hombre mató al adúltero y se reunió otra vez con su mujer; ambos hombres y mujer, fueron ajusticiados; al hombre se le hizo el cargo de homicidio, y también el reciente tráfico con la mujer fue considerado culpable (*Cfr. infra*, pág. 65); *Historia de los Mexicanos*, pág. 258.

497 *Relación a Mendoza*, pág. 126.

498 *Cfr. infra*, 52.

esclava se hacía esclavo del dueño cuando aquélla moría en el parto o quedaba lisiada; él substituía a la esclava perdida.⁴⁹⁹ Esto sucedía especialmente cuando la esclava era tan joven que moría.⁵⁰⁰

Estos preceptos demuestran cómo se consideraba la negligencia. Conviene saber que las leyes penales propiamente dichas, sólo se ocupaban en delitos intencionales; en este sentido estaban dictadas también las leyes contra el homicidio, por culpa era castigado con indemnización y la consiguiente esclavitud, pues únicamente desde este punto de vista se puede comprender lo antes dicho.

Nada más nos ha sido transmitido acerca del castigo de delitos de culpa.

47

Se consideraba sin discernimiento al menor de diez años, particularmente en el caso de robo.⁵⁰¹

La embriaguez completa parece haber sido exculpante o al menos atenuante;⁵⁰² pero no en todos los delitos, y menos en el adulterio.⁵⁰³

499 *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 270, 275; Torquemada, XII, 4; Veytia-Boturini, pág. 106; Clavijero, I, pág. 326.

500 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 269.

501 Torquemada, XIV, 16.

502 Sahagún, VI, 41.

503 Mendieta, 55, 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213 (Kingsborough, VIII, pág. 123).

Los miembros de la familia real estaban sujetos a las leyes y tribunales comunes.⁵⁰⁴ Según la legislación de *Nezahualpiltzintli* en Texcoco, los soldados, a causa de su carácter público, debían ser castigados solamente con destierro, en vez de muerte.⁵⁰⁵

El sacerdote que cometía impureza, encontraba castigo más severo.⁵⁰⁶

En caso de alta traición o traición a la patria, también era castigada la familia del traidor: caían en esclavitud los parientes hasta el cuarto grado.⁵⁰⁷

De la misma manera que la alta traición, eran tratados varios delitos análogos: cuando alguien se atribuía el cargo de juez supremo, *cihuacoátl*, era desterrada la parentela hasta el cuarto grado.⁵⁰⁸

504 Durán, c. 98 (II, pág. 223); Pomar, pág. 31; Zorita, pág. 49 (113). En este sentido hay muchos ejemplos en la historia mexicana, y en particular en la texcocana; lo que no excluye que en algunos delitos determinados hubiera lugar a atenuación; c. p. ej., Ixtlilxóchitl, c. 64, 67. De igual manera en Tlaxcala, donde el heredero del príncipe debía ser ejecutado a causa de adulterio; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

505 Ixtlilxóchitl, c. 68.

506 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Torquemada, XII, 4; Clavijero, I, pág. 324.

507 *Anónimo*, pág. 383, se expresa como si hubieran sido exterminados esos parientes; probablemente sólo se trata de una inexacta y exagerada fraseología. *Cfr.* sin embargo, la ley de *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 2, y la ley en el *Libro de Oro* (Orozco, I, págs. 273, 274); Gómara, *Crónica*, c. 212; Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, XII, 6, y XIV, 16; Mendieta, 26, habla en verdad de parientes del primer grado; esto debe ser entendido en sentido muy amplio.

508 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 252.

El castigo de los parientes se practicaba con gran frecuencia en Michoacán, principalmente por alta traición y delitos semejantes.⁵⁰⁹

Se dice que en Tlaxcala hasta los parientes del séptimo grado eran ajusticiados al mismo tiempo.⁵¹⁰ Todos los cómplices eran castigados juntamente como autores y, en particular, en caso de robo de infante.⁵¹¹

La que auxiliaba en el aborto era castigada como la misma madre;⁵¹² lo mismo en el envenenamiento, pues al que proporcionaba el veneno se le castigaba como asesino.⁵¹³

Igual regla había para el cómplice de adulterio.⁵¹⁴ En otros casos, como en el de robo, tanto el coautor como el cómplice que no ejecutaba el acto principal, era tratado con benignidad;⁵¹⁵ lo mismo era en la alta traición y la traición a la patria.⁵¹⁶

En muchos casos era obligatorio denunciar las intenciones delictuosas de otros, y el que no lo hacía, era res-

509 *Relación a Mendoza*, pág. 38.

510 Herrera, II, 6, 16.

511 *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 273, 274; *Cfr.* también las citas, *infra*, nota 563.

512 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Mendieta, II, 29.

513 Mendieta, II, 29.

514 Ixtlilxóchitl, c. 38, 64.

515 Torquemada, XIV, 16.

516 Pomar, pág. 32.

ponsable en el mismo grado que si él hubiera cometido el delito o por lo menos en un grado próximo.

Así era castigado con la muerte como autor, quien conocía la incontinencia de un sacerdote y la ocultaba.⁵¹⁷

Era hecho esclavo quien conociendo la alta traición, no la denunciaba.⁵¹⁸

48

Respecto de concurrencia de delitos, se tenía establecido que si el adúltero había asesinado al esposo, era quemado vivo, siendo rociado con agua y sal.⁵¹⁹

La reincidencia producía una agravación de la pena en el robo: si se había impuesto la esclavitud por un primer robo, se aplicaba después la pena de muerte.⁵²⁰

La institución del indulto por un primer delito, se encuentra en Michoacán; en el primero y hasta en el segundo y en el tercer caso era perdonado el delincuente (en particular el ladrón); pero en el cuarto, era inexorablemente castigado.⁵²¹

517 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270.

518 Gómara, *Crónica*, c. 212; Mendieta, II, 26; *Cfr.* también Torquemada, XIV, 16.

519 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 11, *Cfr.* también Ixtlilxóchitl, c. 38.

520 Mendieta, II, 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Gómara, *Crónica*, c. 212, 213; Torquemada, XIV, 16.

521 *Relación a Mendoza*, pág. 127, Herrera, III, 3, 10.

Cada cuatro años, con ocasión de la fiesta de *Tezcatlipoca*, se concedía un perdón e indulto general.⁵²²

Además de esto, la historia mexicana nos habla de indultos y amnistías.⁵²³

A veces una hazaña posterior producía el efecto de extinguir la pena.⁵²⁴

49

En los casos de alta traición y de traición a la patria, se imponía el terrible castigo de ser descuartizado.⁵²⁵ El príncipe vasallo traidor era aplastado, es decir, se le aplastaba la cabeza entre dos piedras y se le confiscaba su estado⁵²⁶ en vez de lapidación podía aplicarse estrangulación.⁵²⁷ El cómplice era estrangulado.⁵²⁸

522 Durán, c. 81 (II, pág. 97; también en Kingsborough, VIII, págs. 239 ss.).

523 *Cfr.* p. ej., Veytia, II, 210 ss., 300.

524 Como en el caso de castigo por cobardía, *infra*, 50.

525 *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 273, 274; *Anónimo*, pág. 383; *Orden de Sucesión*, págs. 226 ss.; Gómara, *Crónica*, c. 213; Pomar, pág. 32; Mendieta, II, 26, 29; Ixtlilxóchitl, c. 38, 49; Torquemada, II, 52; XII, 6; Veytia-Boturini, pág. 200; Clavijero, I, pág. 322; *Cfr.* además Chimalpahin, pág. 120; *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

526 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 1; Ixtlilxóchitl, c. 38.

527 *Código Mendocino*, en Kingsborough, I, 67 (V, pág. 106).

528 Pomar, pág. 32.

Según la ley 5 de *Nezahualcōyotl –Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 8–, el que daba asilo a un enemigo después de haber estallado la guerra, era descuartizado y echados sus pedazos al mercado para juguete de los niños. Todos sus bienes debían ser destruidos.

El soldado que dejaba escapar a un enemigo expiaba con la muerte;⁵²⁹ con mayor razón quien llevaba noticias o avisos al enemigo.⁵³⁰

También en Michoacán estaba establecida la pena de muerte.⁵³¹

En Texcoco era castigado como traidor a la patria, con ser quemado vivo, el que originaba discordia entre dos estados del imperio.⁵³²

Del mismo modo que la alta traición, era considerado el adulterio con una mujer del príncipe;⁵³³ pero también el simple galanteo con una de sus mujeres tenía por consecuencia la muerte.⁵³⁴ Otro tanto sucedía en Michoacán.⁵³⁵

529 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 4.

530 *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

531 *Relación a Mendoza*, pág. 38.

532 Torquemada, II, 52; Clavijero, I, pág. 327.

533 *Orden de Sucesión*, págs. 226 ss.

534 *Ixtlilxóchitl*, c. 67, 69.

535 *Relación a Mendoza*, pág. 38.

El llevar las insignias reales era castigado con la pena de alta traición, o al menos con el cercenamiento de una pierna,⁵³⁶ o con la muerte y pérdida de sus bienes.⁵³⁷

El que se arrogaba el cargo de juez supremo, *cihuacoátl*, expiaba con la muerte y la pérdida de la fortuna.⁵³⁸

La usurpación de las insignias y vestidos de la nobleza era castigada con la muerte por lapidación,⁵³⁹ y también con la muerte el insulto a las insignias militares,⁵⁴⁰ y hasta la contravención a la etiqueta de la corte o la usurpación de un rango superior.⁵⁴¹

La pena de muerte era impuesta también en caso de usurpación de la dignidad de embajador con intención dolosa⁵⁴² y por el mal trato a un embajador.⁵⁴³

También se tenía establecida la pena de muerte por la incitación a la rebelión.⁵⁴⁴

536 Ixtlilxóchitl, c. 38.

537 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Mendieta, II, 27; Torquemada XII, 6; Clavijero, I, pág. 322.

538 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 252.

539 Mendieta, II, 27; Gómara, *Crónica*, c. 214; Tezozómoc, I, 36; Ixtlilxóchitl, c. 67.

540 Veytia-Boturini, pág. 200.

541 Durán, c. 89 (II, pág. 161).

542 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271.

543 Clavijero, I, pág. 322.

544 Clavijero, I, pág. 322.

50

Las leyes de la guerra eran espartanamente rígidas; castigaban con la muerte la insubordinación, la indisciplina, el abandono del puesto y la deserción.⁵⁴⁵

De la misma manera era castigado con la muerte el cobarde que huía.⁵⁴⁶

Como casos especiales de cobardía se destacan el de que la guardia personal del rey o del príncipe heredero abandonara al señor,⁵⁴⁷ o lo dejara hacer prisionero,⁵⁴⁸ y el de que un noble se dejara capturar; si lograba escapar y regresar a su país, allí era matado;⁵⁴⁹ a un plebeyo se le perdonaba y hasta se le recompensaba en caso de que regresara. Pero también el noble era perdonado si no se había escapado de la prisión huyendo, sino que se había salvado venciendo antes del sacrificio a los guerreros que le eran contrapuestos; entonces era recompensado;⁵⁵⁰ esta hazaña le borraba la mancha de cobardía.

545 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 4; *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272.
Cfr. también *Ixtlilxóchitl*, c. 38; Sahagún, VIII; Clavijero, I, pág. 322.

546 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 4. También en Tlaxcala; Herrera, II, 6, 17.

547 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 3.

548 *Ixtlilxóchitl*, c. 38, 92.

549 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 7. Cfr. además Mendieta, II, 27; Zorita, pág. 53 (117); *Ixtlilxóchitl*, c. 38; Veytia-Boturini, pág. 200.

550 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 7.

Los espías eran muertos, y cuando se atrevían a penetrar hasta la ciudad de México, eran desollados y sacrificados en el templo de *Macuilcal-li*.⁵⁵¹

El mensajero que en la guerra traía un informe falso expiaba con la muerte.⁵⁵² Igualmente el embajador que no cumplía su encargo o faltaba a la exacta ejecución del mismo.⁵⁵³

51

En el mercado reinaba un orden completo y las violencias cometidas en él se castigaban severamente y aun con pena de muerte.⁵⁵⁴

El reto para el combate era castigado con la muerte, exceptuándose los tiempos de guerra;⁵⁵⁵ era considerado como delito contra la seguridad pública; ni siquiera era permitido portar armas en tiempo de paz; en la guerra y por todo el tiempo que ella duraba, había desafíos a menudo, en particular cuando dos hombres pretendían a la misma joven: el vencedor se llevaba la novia.⁵⁵⁶

551 Sahagún, *Apéndice al II*, número 3.

552 *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

553 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 9.

554 Zorita, pág. 50 (114); Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Clavijero, I, pág. 350.

555 Gómara, *Crónica*, c. 213.

556 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213 (Kingsborough, pág. 125).

52

El asesinato expiaba con la muerte⁵⁵⁷ y en particular el envenenador.⁵⁵⁸ Sin embargo, la pena de muerte se convertía en esclavitud, en caso de que lo perdonaran los deudos del occiso⁵⁵⁹ para cuya manutención debía trabajar.^{559 a}

También el aborto era castigado con la muerte, tanto a la mujer misma como a la que le ayudaba.⁵⁶⁰

53

Quien hería a otro, tenía que reembolsarle los gastos, y hasta entonces se le tenía preso⁵⁶¹ o también era entregado como esclavo al ofendido.⁵⁶²

Quien vendía como esclavo a un niño libre, hijo de otro, se volvía esclavo y su fortuna se repartía entre el niño,

557 En ese sentido la ley 6 de *Nezahualcóyotl*; además Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213 (Kingsborough, VIII, pág. 123); Mendieta, II, 29; Gómara, *Crónica*, c. 213; Torquemada, II, 52; *Cfr.* también Veytia-Boturini pág. 195; Clavijero, I, pág. 322.

558 En ese sentido la ley en el *Libro de Oro*, Orozco, I, págs. 270, 271; Mendieta, II, pág. 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

559 Durán, c. 98 (II, pág. 221).

559 a Durán, c. 81 (II, pág. 97).

560 *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 272; Mendieta, II, 29; Gómara, *Crónica*, c. 213; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

561 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

562 Ixtlilxóchitl, c. 46.

representado por su madre, el comprador de buena fe y el descubridor; en caso de varios descubridores, entre todos se distribuía esa parte.⁵⁶³

Cuando el raptor se había apoderado del niño por la fuerza, la pena era la estrangulación, según la ley de *Nezahualcóyotl*.

El que impedía a un esclavo libertarse en forma legal, expiaba volviéndose esclavo él mismo.⁵⁶⁴

54

Para la violación había la pena de muerte;⁵⁶⁵ con excepción del caso de ramera.⁵⁶⁶

También existía la pena de muerte entre los otomíes.⁵⁶⁷ En Michoacán, el violador era empalado, después de haberle rasgado la boca hasta las orejas.⁵⁶⁸

563 *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 270, 273, 274; Gómara, *Crónica*, c. 212; Torquemada, XII, 5; XIV, 16; Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 325.

564 Durán, c. 98 (II, pág. 224); Torquemada, XIV, 17; Clavijero, I, pág. 326.

565 Mendieta, II, 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Sahagún, IX, 5; Pomar, pág. 32.

566 Pomar, pág. 32.

567 Herrera, III, 4, 19.

568 Herrera, III, 3, 10.

Un caso semejante a la violación nos es relatado del tiempo del primer rey de México, *Acamapichitl* (1367 a 1387). Una mujer había robado maíz de un granero, lo que tenía como pena la muerte o la esclavitud, un hombre que la había visto le prometió no denunciarla si se le entregaba, a lo que ella accedió, no obstante lo cual la denunció; la mujer fue perdonada y el hombre esclavizado.⁵⁶⁹

Aztecas 8

La crónica del tiempo del tercer rey de México, *Chimalpopoca* (1415-1426), refiere un caso inverso de violación: una mujer que abusó de un hombre ebrio fue lapidada.⁵⁷⁰

55

A la calumnia pública grave, impuso *Nezahualcóyotl*, ley 9, la pena de muerte. A la acusación calumniosa y al falso testimonio judicial, impuso la pena del *talión*, es decir, el mismo castigo que hubiera tenido el hecho falsamente denunciado.⁵⁷¹

56

Por el adulterio de la mujer o con la mujer de otro, ambos culpables eran castigados con lapidación; ésta se

569 *Historia de los Mexicanos*, pág. 258.

570 *Historia de los Mexicanos*, pág. 259.

571 Torquemada, II, 51.

practicaba especialmente aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras,⁵⁷² también estaba en uso el empalamiento, en casos leves y cuando se trataba de nobles, la estrangulación y la demolición.⁵⁷³ También a las esposas reales les cabía tal suerte.⁵⁷⁴

Según la ley de *Nezahualcóyotl* (*Nezahualcóyotl-Veytia*, ley 11), en caso de que el esposo sorprendiera a la adúltera en flagrante delito, la transportaba al mercado y la lapidaba, y estando ella convicta, era estrangulada.

La muerte como castigo del adulterio era en México de antiguo derecho. La crónica relata un caso del tiempo del segundo rey de México, *Huitzilíhuítl* (1391 a 1415).⁵⁷⁵

En *Quaxolotlán*, la adúltera no sólo sufría la muerte, sino que era comida;⁵⁷⁶ en *Ixcatlán*, era descuartizada, repartiéndose sus pedazos entre los testigos.⁵⁷⁷

572 *Cfr.* la imagen festiva en el *Códice Mendocino*, Kingsborough, I, 72 (V, pág. 112); *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271; Mendieta, II, 29; Durán, c. 81 y 98 (II. págs. 97 y 222); Pomar, pág. 32; Sahagún, VIII, 16; Zorita, pág. 48 (113); Gómara, *Crónica*, c. 213; Francesco di Bologna, pág. 221; Tezozómoc, II, 103; Torquemada, II, 52; XII, 4; Veytia-Boturini, pág. 194; Clavijero, I, pág. 323.

573 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271; Ixtlilxóchitl, c. 36, 68; Gómara, *Crónica*, c. 207; Torquemada, XII, 4.

574 Ixtlilxóchitl, c. 54, 64.

575 *Historia de los Mexicanos*, pág. 258.

576 Herrera, III, 3, 15.

577 Clavijero, I, pág. 323.

También castigaban el adulterio con la muerte los chichimecas,⁵⁷⁸ los otomíes⁵⁷⁹ y los tarascos, en Michoacán.⁵⁸⁰

En México se castigaba el adulterio, a pesar de que perdonara el esposo⁵⁸¹ si bien menos rigurosamente.⁵⁸² Este perdón era mal visto; el esposo que seguía en trato con la adúltera era castigado, a lo menos en algunas regiones.⁵⁸³ Es el espíritu de la *lex julia de adulteriis*.

Otros pueblos eran menos rígidos a este respecto. Entre los mixtecas, el esposo ejecutaba la pena de muerte; también podía quedar satisfecho con la mutilación de la nariz, las orejas y los labios, particularmente si no era la esposa principal.⁵⁸⁴ Cosa semejante pasaba en Michoacán⁵⁸⁵ y en *Itztepec*.⁵⁸⁶

El adulterio era el trato con la esposa y también con la concubina, pero no con la manceba, excepto cuando ascendía a esposa.⁵⁸⁷

578 Sahagún X. 29, párr. 2.

579 Herrera, II, 4, 19.

580 *Relación a Mendoza*, pág. 39.

581 Gómara, *Crónica*, c. 206.

582 Pomar, pág. 32.

583 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 22; Torquemada, XII, 4; Clavijero, I, pág. 323.

584 Herrera, III, 3, 12.

585 *Relación a Mendoza*, págs. 53, 126.

586 Herrera, III, 3, 15; Clavijero, I, pág. 323.

587 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Torquemada, XII, 4.

El trato de un hombre con mujer soltera, no era considerado como adulterio; sólo se reputaba violación del matrimonio el trato con mujer casada; el hombre no violaba con ello su matrimonio, sino solamente el de la mujer con la cual delinquía.⁵⁸⁸

57

El que injuriaba o levantaba la mano a sus padres, expiaba con la muerte⁵⁸⁹ y se hacía indigno de heredar.⁵⁹⁰

También entre los tlaxcaltecas se imponía en este caso la misma pena.⁵⁹¹

El hijo del príncipe que se conducía con arrogancia, era desterrado temporalmente.

La disipación del patrimonio, se castigaba, entre las clases más altas, con estrangulación,⁵⁹² o a lo menos con una pena grave.⁵⁹³ En las clases inferiores, con esclavitud.⁵⁹⁴

588 Clavijero, I, pág. 323.

589 *Nezahualcóyotl* (Veytia) ley 16; *Cfr.* también Durán, c. 81 (II, pág. 97).

590 Clavijero, I, 328.

591 Pomar, pág. 33.

592 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; *Ixtlilxóchitl*, c. 38; Torquemada, XII, 7; Clavijero, I, pág. 325.

593 Torquemada, XII, 7.

594 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 269.

El motivo en este caso era menos de economía que de orden familiar; se consideraba como grave violación de la reverencia debida a los padres el que se despilfarrara a la ligera lo que ellos habían adquirido con su trabajo y se estimaran en tan poco sus penalidades.⁵⁹⁵

58

Respecto al daño en propiedad ajena, era ley que quien mataba a un esclavo de otro, se volvía esclavo del dueño del muerto.⁵⁹⁶ Existía el mismo castigo para el que preñaba una esclava, si ésta moría en el parto.⁵⁹⁷

El que destruía el maíz antes de que madurara, expiaba con la muerte.⁵⁹⁸ Las penas rurales eran rígidas.

Menos severamente era tratado, según la legislación de *Nezahualcóyotl*, ley 3, el caso en que los propietarios disputaran el mismo terreno y ambos sembraran maíz, y cuando el uno arrancaba el maíz del otro; en tal caso el culpable era paseado por el mercado, en procesión infamante, con el maíz al cuello.

595 Clavijero, I, pág. 325. Respecto al caso de secuestro, que podía ser la consecuencia desde el punto de vista económico *Cfr. supra*, pág. 39.

596 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270; Torquemada, XII, 4. Según Clavijero, I, pág. 323, existía la pena de muerte para quien matara sus propios esclavos, respecto de lo cual he enunciado ya mis escrúpulos, *supra*, pág. 34.

597 *Supra*, 46.

598 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270.

Las penas del robo eran muy severas. El robo grave o de cuantía tenía como pena la muerte.⁵⁹⁹ Particularmente el robo en el templo o en el mercado;⁶⁰⁰ pero no sólo éstos, sino también el robo de frutos.⁶⁰¹ En casos menos graves, había la esclavitud⁶⁰² sobre todo cuando el ladrón restituía la cosa.⁶⁰³ En caso de robo de frutos, siete mazorcas formaban el límite en que empezaba la pena de muerte; así era en Texcoco,⁶⁰⁴ o bien veinte mazorcas.⁶⁰⁵ Bajo *Moteczuma*, había en México más rigor, y un solo fruto podía motivar el asaeteamiento.⁶⁰⁶

Sin embargo, se consideraba permitido tomar de paso algunos frutos, bajo la condición de que fueran en corto

599 *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 72 (V, página, 112); *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; *Anónimo*, pág. 383; Zuazo, pág. 361; *Orden de Sucesión*, pág. 228; Mendieta, II, 27, 29; Durán, c. 81 (II, pág. 97); Pomar, pág. 32; Torquemada, II, 52.

600 *Libro de Oro*, en Orozco, págs. 270, 273, 275; Mendieta, II, 29; Durán, c. 98 (II, pág. 222); Torquemada, XII, 5; Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 325. Los ladrones sacrílegos eran también arrastrados y arrojados al lago; Durán, c. 98 (II, pág. 222).

601 Tezozómoc, II, 83.

602 *Nezahualcóyotl*, ley 18; *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 273, 274; *Anónimo*, pág. 383; Durán, c. 81, 98 (II, págs. 97, 221); Gómara, *Crónica*, c. 212, 213; Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, XIV, 6; Veytia-Boturini, pág. 197.

603 Torquemada, XII, 5.

604 Ixtlilxóchitl, c. 38; Clavijero, I, pág. 328.

605 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 270.

606 Tezozómoc, II, 83, 103.

número y de la primera hilera de junto al camino.⁶⁰⁷ Parece a este respecto que había distinciones locales; particularmente parece haber sido menos rígida la costumbre en México, que en Texcoco.

También quienes fuera del límite permitido tomaban madera del bosque de la comunidad, especialmente si derribaban un árbol, expiaban con la muerte.⁶⁰⁸

Contra el robo de oro y plata, había la desolladura y el sacrificio al dios *Xipe*.⁶⁰⁹

Quien en el ejército quitaba a otro el botín, sin excepción expiaba con la muerte;⁶¹⁰ ésta era una ley muy rígida en la guerra. Sucedió esto particularmente cuando se quitaba a otro un prisionero.⁶¹¹

Era considerado como una clase particularmente grave de robo, aquel en que se adormecía por medio de sortile-

607 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; Torquemada, XII, 5; Clavijero, I, págs. 324 ss.

608 Ixtlilxóchitl, c. 46; Torquemada, II, 51; *Cfr.* también Veytia-Boturini, pág. 201.

609 Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 324. Acerca de este culto de *XIPE*, *cfr.* Durán, c. 87 (II, pág. 147). La desolladura, por lo demás, no tenía lugar antes de haber dado muerte de sacrificio al reo en la forma acostumbrada; *cfr.* también Seler en *Congres intern. Des Americ*, 1888, pág. 672.

610 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 272; Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, XII, 6.

611 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 5; Mendieta, II, 27; Ixtlilxóchitl, c. 67; *Historia de los Mexicanos*, pág. 260; Gómara, *Crónica*, c. 214.

gios al propietario para procurarse el acceso a la cosa: el castigo era la estrangulación; algunas veces era suficiente la tentativa, es decir, el mero adormecimiento con el fin de robar.⁶¹²

En los robos pequeños, también había penas pecuniarias que se pagaban con ayuda de los parientes;⁶¹³ y solamente en el caso en que no se pagara la multa, tenía lugar la esclavitud.⁶¹⁴ Lo mismo era según *Nezahualcóyotl*, ley 18, si el robado no presentaba su querrela y se conformaba con la indemnización civil.

El castigo del robo con la esclavitud y en casos graves con la muerte, era del antiguo derecho azteca. En la crónica mexicana se relatan casos del tiempo del primer rey de México, *Acamapichtli* (1367-1387), en los cuales dos ladrones de maíz fueron vendidos como esclavos y otros dos estrangulados.⁶¹⁵ Casos semejantes se relatan del tiempo del tercer rey de México, *Chimalpopoca* (1415-1426); un gran robo de maíz que fue castigado con la

612 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271. Un caso semejante se relata del tiempo de *Chimalpopoca* (1415-1426), en el que también fue impuesta la muerte; *Historia de los Mexicanos*, pág. 259. Se creía especialmente que el ladrón, con la ayuda del brazo izquierdo del cadáver de una mujer muerta en el parto, podría hipnotizar a la gente, de manera que mirara al ladrón sin poder moverse; Sahagún, VII, 29.

613 Torquemada, XIV, 16; Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 324.

614 *Libro de Oro*, en Orozco, pág. 269.

615 *Historia de los Mexicanos*, pág. 258.

muerte y un robo de gallinas, castigado con esclavitud; por el contrario, el ladrón de un perro se libró de pena por tener el perro dientes con qué defenderse.

También entre los otomíes, se castigaba con la muerte;⁶¹⁶ lo mismo que en Tlaxcala⁶¹⁷ y en Michoacán.⁶¹⁸

En *Ixtepec* el robado ejecutaba la sentencia de muerte en el ladrón.⁶¹⁹

Según el libro de leyes de *Nezahualcóyotl*, ley 4, el que se adueñaba de terrenos ajenos, era estrangulado a petición del propietario.

Para la malversación, había la esclavitud,⁶²⁰ y para el peculado, la pena de muerte; especialmente el que se cometía por un administrador real,⁶²¹ tenía pena de muerte y confiscación total de sus bienes.⁶²²

También era hecho esclavo quien se apropiaba un terreno que se le había confiado, o bien vendía una propiedad ajena.⁶²³

616 Herrera, III, 4, 19.

617 Cortés, págs. 68, 69; Herrera, II, 6, 17.

618 *Relación a Mendoza*, pág. 39.

619 Herrera, III, 3, 13.

620 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274; además Orozco, I, pág. 279.

621 Sahagún, VIII, 19.

622 Sahagún, VIII, 19.

623 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274; Torquemada, XII, 5; Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 325.

El asalto, especialmente el ejecutado en camino público, tenía pena de muerte.⁶²⁴

Lo mismo era para el encubrimiento; la venta de mercancías robadas era castigada con la muerte.⁶²⁵

Acerca de penas por fraude, se encuentra que quien vendía por segunda vez un terreno, debía ser castigado al arbitrio del juez, según la ley 20 de *Nezahualcóyotl*.

Para la infidelidad del tutor, había pena de muerte u otros castigos graves.⁶²⁶

60

Hechiceros y brujas eran castigados con la muerte cuando causaban alguna desgracia.⁶²⁷ Igualmente entre los otomíes⁶²⁸ y los tarascos en Michoacán.⁶²⁹

Los prisioneros de guerra no debían ser arrebatados al dios, pues eso era una violación de los derechos de aquél. El que vendía un prisionero de guerra o lo daba libre,

624 *Libro de Oro*, en Orozco, I, págs. 270, 271.

625 Sahagún, VIII, 36.

626 *Libro de Oro*, I, pág. 273; Clavijero, I, pág. 325.

627 *Nezahualcóyotl*, ley 15; *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271 (muerte de sacrificio abriendo el pecho); Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, XII, 7; Clavijero, I, pág. 325; según la ley 15 de *Nezahualcóyotl*, a la pena de muerte se unía la destrucción de los bienes. Acerca de la hechicería *Cfr.* Sahagún, X, 9; se creía que las hechiceras podían convertirse en animales y vagar como luces, etc.; Mendieta, II, 19.

628 Herrera, III, 4, 19.

629 *Relación a Mendoza*, págs. 39, 126.

expiaba con la muerte.⁶³⁰ Las irreverencias en el templo, la suciedad y actos semejantes eran castigados por los sacerdotes.⁶³¹

61

En caso de incesto, es decir, de cópula en grado de parentesco en que estaba prohibido el matrimonio, se imponía la pena de muerte;⁶³² lo mismo cuando volvían a casarse mutuamente los esposos separados,⁶³³ lo que era considerado como una especie de incesto.

La misma pena había para los actos contra natura,⁶³⁴ establecida igualmente en Tlaxcala⁶³⁵ y entre los otomíes.⁶³⁶ No tenían ninguna pena en *Ixcatlán*.⁶³⁷

630 *Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 5; Motolinia, *Carta*, pág. 272; Mendieta, II, 27; Gómara, *Crónica*, c. 214; Ixtlilxóchitl c. 38; *Cfr.* también Clavijero, I, pág. 325.

631 Sahagún, II, *Apend.* núm. 9.

632 Así *Libro de Oro*, Orozco, I, págs. 270, 271; Durán, c. 98 (II, pág. 222); Mendieta, II, 29; Zorita, pág. 49 (113); Pomar, pág. 26; Torquemada, XIII, 4. *Cfr.* también Veytia-Boturini, pág. 195; Clavijero, I, pág. 323.

633 Durán, c. 83 (II, pág. 110); Acosta, V, 27.

634 Así *Nezahualcōyotl*, ley 13; *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 272; Mendieta, II, 29; Zorita, pág. 49 (113); Pomar, pág. 32; Las Casas, *Hist. Apol.*; c. 213; Torquemada, XII, 4; Clavijero, I, pág. 324. En algunas comarcas se quemaba al sedomita (*Libro de Oro, loc. cit.*) o se le asfixiaba con ceniza; así particularmente en Texcoco, en donde se arrancaban al mismo tiempo los intestinos al condenado; *Nezahualcōyotl* (Veytia) ley 15; Ixtlilxóchitl, c. 38; Torquemada, II, 52; *Cfr.* también Veytia-Boturini, pág. 96; Clavijero, I, pág. 327.

635 Herrera, II, 6, 16.

636 Herrera, III, 4, 19.

637 Herrera, III, 3, 15.

Se dice que los aztecas investigaban y castigaban severamente estos hechos en las comarcas subyugadas; pero no obstante, se practicaban descaradamente en muchos lugares;⁶³⁸ parece que estos pueblos eran muy inclinados a ese vicio.⁶³⁹

También era castigada con la muerte la impudicia de las mujeres entre sí.⁶⁴⁰ La existencia de tribadas está corroborada por Sahagún.⁶⁴¹

El que llevaba vestidos del otro sexo, sufría la pena de muerte.⁶⁴²

Se dice que no se conocía la impudicia con animales.⁶⁴³

El estupro con una sacerdotisa o con una joven de familia prominente, tenía como consecuencia la pena de muerte para ambos culpables.⁶⁴⁴ y ⁶⁴⁵ Eran empalados, quemados y sus cenizas esparcidas al viento.⁶⁴⁶

638 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

639 *Anónimo*, pág. 387; Pierre de Gand, pág. 197; Zuazo, pág. 365.

640 *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 270; Torquemada, XII, 4; Veytia-Boturini, pág. 196.

641 Sahagún, X, 15.

642 *Libro de Oro*, I, pág. 272; por lo menos aquí se trata de un hombre con vestido de mujer; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Mendieta, II, 29; Torquemada, XII, 4; *Cfr.* también Veytia-Boturini, pág. 195; Clavijero, I, pág. 324.

643 Mendieta, II, 29.

644 Durán, c. 98 (II, pág. 222).

645 Así la ley 7 de *Nezahualcōyotl* (*Nezahualcōyotl* (Veytia), ley 13).

646 Durán, c. 98 (II, pág. 222).

Hasta el hombre que se introducía subrepticamente en la casa donde se educaban las doncellas era castigado con la muerte,⁶⁴⁷ o cuando una de éstas platicaba clandestinamente con un hombre;⁶⁴⁸ esto último se refería principalmente a las sacerdotisas.⁶⁴⁹

El que tenía trato con su prisionera, sufría pena de muerte.⁶⁵⁰ Ya se ha dicho, *supra*, página 63, que era castigado el esposo que volvía a tener trato con la adúltera convicta.

En Texcoco, *Nezahualcóyotl* y su sucesor *Nezahualpillintli*, castigaban con la muerte a las rameras; tal rigidez no fue admitida en otros lugares.⁶⁵¹

Los proxenetas sufrían castigos infamantes: se les chamuscaba públicamente el pelo, imponiéndose un castigo más rígido aún, en caso de que la persona a la cual servía la proxeneta fuera de rango prominente.⁶⁵²

En Texcoco, *Nezahualcóyotl* impuso la pena de muerte a los proxenetas;⁶⁵³ su ley 15 establecía la muerte para la proxeneta de una mujer casada, aún en el caso de que no llegase a cometer adulterio –*Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 12–.

647 Zorita, pág. 49 (113).

648 Mendieta, II, 23; Durán, c. 80 (I, pág. 89); Ixtlilxóchitl, c. 67; Torquemada, XIII, 28.

649 Torquemada, IX, 30.

650 *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

651 Gómara, *Crónica*, c. 213.

652 Mendieta, II, 29; Torquemada, XII, 4; Veytia-Boturini, pág. 196.

653 Mendieta, II, 29; Zorita, pág. 50 (114).

Los sacerdotes que quebrantaban el voto de castidad, eran matados⁶⁵⁴ o al menos desterrados.⁶⁵⁵

Particularmente grave era que un monje de *Teohuacán* (*supra*, pág. 29), quebrantara la castidad: su cabeza era despedazada, su cuerpo quemado y sus cenizas esparcidas al viento.⁶⁵⁶

62

La bebida embriagante del pulque⁶⁵⁷ sólo era permitida en circunstancias especiales y cantidades limitadas. La embriaguez era castigada con penas humillantes, trasquilamiento y aun la demolición de la morada y con la pérdida de todos los empleos.⁶⁵⁸ En caso de reincidencia se aplicaba la pena de muerte; y aun en el primer caso entre los nobles y sus allegados⁶⁵⁹ y entre las muje-

654 *Nezahualcóyotl*, ley 10 (*Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 14); en igual sentido, *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 270; Torquemada, IX, 26; Acosta, V, 15.

655 *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 272; Torquemada, XII, 4; Veytia-Boturini, pág. 196; Clavijero, I, pág. 324.

656 Torquemada, IX, 9.

657 *PULQUE* es un nombre importado; el nombre mexicano *OCTLI*. La bebida se elaboraba con la planta llamada *MAGUEY*. *Cfr.* Durán, c. 100 (II, pág. 240).

658 *Nezahualcóyotl*, ley 12; *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 270; Mendieta, II, 30; Gómara, *Crónica*, c. 211; Sahagún, VI, 14; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213; Zorita, págs. 50, 51 (114, 115); Ixtlilxóchitl, c. 20; Torquemada, II, 52 (según el cual, el delincuente también era vendido); XII, 7; XIV, 14; Veytia-Boturini, págs. 198 ss. Así también en Tlaxcala; Herrera, II, 6, 16.

659 Así al menos en Texcoco, donde en general dominaba la mayor rigidez; *Nezahualcóyotl*, ley 11; *Cfr.* también Ixtlilxóchitl, c. 38, 47; Torquemada, II, 52; Clavijero, I, 328.

res;⁶⁶⁰ lo mismo para los jóvenes,^{660 a} particularmente en caso de reincidencia y para los sacerdotes.⁶⁶¹

Entre los ancianos de setenta años había indulgencia para la embriaguez,⁶⁶² lo mismo que en las fiestas dentro de las casas.⁶⁶³

En general, parece que no obstante el rigor, no era rara la embriaguez,⁶⁶⁴ y todavía los actuales descendientes son aficionados a las bebidas embriagantes.⁶⁶⁵

63

Según una ley de *Moteczuzoma*, era arrestado hasta morir quien decía una mentira.⁶⁶⁶ Las mujeres que mentían eran castigadas con araños en los labios,⁶⁶⁷ lo mismo que los niños durante los años de su educación⁶⁶⁸

660 Ixtlilxóchitl, c. 67.

660 a *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 72 (V. pág. 112); *Libro de Oro*, Orozco, I, págs. 370, 274; Sahagún, III, *Apend.*, c. 6; Clavijero, I, pág. 325.

661 *Nezahualcóyotl*, ley 10; igualmente *Libro de Oro*, Orozco, I, pág. 270.

662 En este sentido una imagen festiva en el *Códice Mendocino* I, 72 (V, pág. 113); *Libro de Oro*, pág. 274; Pomar, pág. 33; Las Casas, c. 213; Clavijero, I, pág. 325.

663 Clavijero, I, pág. 325.

664 *Anónimo*, pág. 387; Sahagún, II, 21.

665 Biart, *Les Aztèques* (París, 1885), pág. 27.

666 Tezozómoc, II, 103.

667 Herrera, III, 4, 16.

668 Zorita, pág. 57 (120).

y otras personas, cuando resultaba daño grave de la mentira.⁶⁶⁹

El falso testimonio era castigado severamente;⁶⁷⁰ respecto del cometido en proceso penal en contra del acusado, véase *supra*, pág. 64.

La falsificación de las medidas era castigada rigurosamente,⁶⁷¹ aun con la muerte.

Había pena de muerte para la remoción de las mojone-
ras.⁶⁷²

64

Para los jueces que aceptaban regalos había la pena de muerte en casos graves, y la destitución y trasquilamiento en los leves;⁶⁷³ el mismo castigo para la concusión (exceso en el cobro de contribuciones).⁶⁷⁴

669 Clavijero, I, pág. 325.

670 Zorita, pág. 46 (III); Durán, c. 81 (II, pág. 97).

671 Torquemada, XIV, 14; Clavijero, I, 322; Herrera, II, 7, 16.

672 En este sentido la ley 8 de *Nezahualcóyotl*; *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; Torquemada, XII, 7; Clavijero, I, pág. 322.

673 *Nezahualcóyotl* (Veytia) ley 10; Mendieta, II, 28; Gómara, *Crónica*, c. 213; Ixtlilxóchitl, c. 38 y *Relación*, pág. 336; Veytia-Boturini, pág. 186; Clavijero, I, pág. 322.

674 Ixtlilxóchitl, c. 38.

La mala interpretación del derecho era castigada, al menos en casos graves y en los de reincidencia, con la pena de muerte; en casos leves con destitución.⁶⁷⁵

De igual manera la falsedad intelectual por medio de la inexacta relación de una causa judicial al rey;⁶⁷⁶ lo mismo que juzgar en la casa propia (fuera del palacio real): esta era una manera de juzgar falta y contraria al derecho.⁶⁷⁷

El ejecutor que no cumplía con la sentencia de muerte que se le encomendaba, expiaba con la misma pena que no había ejecutado.⁶⁷⁸

65

La portación de armas en la ciudad de México estaba prohibida bajo pena, exceptuándose los guardias reales⁶⁷⁹ y los cazadores.⁶⁸⁰

675 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 273; Mendieta, II, 28; Zorita, págs. 16 ss.; Pomar, pág. 32; Ixtlilxóchitl, c. 67; Torquemada, XII, 7; Sahagún, VIII, 15; Veytia-Boturini, pág. 197; Clavijero, I, pág. 322.

676 *Libro de Oro*; pág. 273; Zorita, pág. 47; Torquemada, XII, 7; Clavijero, I, pág. 322.

677 Ixtlilxóchitl, c. 67.

678 Sahagún, VIII, 17.

679 Herrera, II, 7, 11.

680 Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

Lo concerniente al castigo por los defectos en las obras artísticas y científicas, ya ha sido tratado, *supra*, pág. 32.

La infracción de los reglamentos de policía del mercado, también era castigada.⁶⁸¹

VIII. DERECHO PROCESAL

66

Desde antes de la fundación de México existía un sistema judicial organizado, y ya en el siglo de su establecimiento, se relata del rey chichimeca *Techotlalatzin* que había creado tribunales en la capital y en las ciudades subyugadas, poco después de su exaltación al trono (1357).⁶⁸²

Los tribunales eran reales y provinciales: los primeros funcionaban en la capital, en el palacio real. Eran tanto tribunales de primera instancia como superiores.

Los tribunales de primera instancia conocían de las controversias del pueblo; a ellos debían pertenecer jueces provinciales, para lo cual cada provincia enviaba dos miembros, con objeto de que hubiera elementos suficientemente interiorizados en su derecho.⁶⁸³

681 Sahagún, IX, 5.

682 Veytia, II, pág. 185.

683 Zorita, pág. 44 (109).

El tribunal de primera instancia era colegiado, resolviendo en sala de tres o cuatro jueces.⁶⁸⁴

La sentencia era pronunciada en nombre del presidente *tlacatécatl*.⁶⁸⁵ La decisión se llamaba *tlacontequiztli*.⁶⁸⁶ La pregonaba el *tecpóyotl*.⁶⁸⁷

Sobre el tribunal de primera instancia estaba el tribunal superior, *tlacxitlán*, bajo la presidencia del canciller de justicia, *cihuacoátl*.⁶⁸⁸ Las decisiones de este tribunal eran inapelables; podía apelarse ante él de las decisiones de los jueces de primera instancia.⁶⁸⁹ El tribunal superior era al mismo tiempo el tribunal de la

684 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274; Zuazo, pág. 361; Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VII, pág. 252; Torquemada, XI, 25, quien menciona al lado del presidente *TLACATÉCATL*, dos jueces, el *QUAUHNOCHTLI*, (en Las Casas, *ACOTNAHUÁTL*) y el *TLAILOTLAC*. En el *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 69 (V, pág. 109), existen pinturas de jueces a quienes se acercan las partes; según la explicación que allí se da, detrás de los jueces hay jóvenes que deben estudiar en calidad de ayudantes.

685 Torquemada, XI, 25.

686 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 252; Torquemada, XI, 25.

687 Las Casas, *loc. cit.*

688 *CIHUACOÁTL*, de *CIBUATL* y *COÁTL*, serpiente hembra; además como diosa, la madre original de la especie humana. *TLACXITLÁN*, a los pies de *ICXITL*, pie (Seler).

689 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 252; Torquemada, XI, 25. Indudablemente en materia criminal, según Torquemada, estaba cerrada la apelación en asuntos civiles; sin embargo, esto sólo es seguramente con restricciones; lo sigue Clavijero, II, pág. 386.

nobleza⁶⁹⁰ y el que conocía de las contiendas sobre límites.⁶⁹¹ Funcionaba con cuatro jueces.⁶⁹²

Cada diez o doce días venían a una junta con el rey los miembros de los tribunales reales; le exponían el curso de los negocios; le daban un resumen de los asuntos judiciales pendientes y de los ya resueltos. Los casos o procesos más difíciles en que no podían ponerse de acuerdo, se los exponían para su resolución.⁶⁹³

El rey decidía con el consejo de los doce (trece) jueces superiores, los *tecutlatoque*.⁶⁹⁴

Aún más: cada ochenta días (cada cuatro meses mexicanos), había audiencia suprema a la que, bajo la presidencia del rey, tenían que concurrir todos los jueces del país; este era el *nappoal-latol-li*,⁶⁹⁵ tribunal de los ochenta días; decidía particularmente acerca de delitos graves.⁶⁹⁶

690 Sahagún, VIII, 25; *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274.

691 *Libro de Oro*, pág. 274.

692 Así a lo menos la pintura en el *Códice Mendocino*, I, 70 (V, pág. 110); *Cfr.* además Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 252.

693 Zorita, pág. 46; Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 253; Ixtlilxóchitl, *Relación*, pág. 336; Veytia-Boturini, pág. 193; Gómara, *Crónica*, c. 213, dice: *cada mes* (es decir, cada veinte días); igualmente Clavijero, II, pág. 386; *Cfr.* también *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 274; Pomar, pág. 31.

694 Sahagún, VIII, 25; Zorita, pág. 46 (111). De *TECUHTLI*, distinguido, y *TLATOQUI*, jefe (de *TLATOA*, hablar).

695 Propiamente dicho, *NAUH-POAL-LATOL-LI*, de *NAUH*, cuatro, *POAL-LI*, veinte y *TLATOL-LI*, discurso, parlamento (de *TLATOA*).

696 Mendieta, II, 28; Sahagún, VIII, 14, 25; Gómara, *Crónica*, c. 213; Zorita, págs. 46, 48; Ixtlilxóchitl, c. 36; Torquemada, II, 53.

Al *nappoal-latol-li* concurría también un sacerdote anciano que hacía una extensa relación acerca de las condiciones actuales y sus deficiencias.⁶⁹⁷ La sesión duraba de diez a doce días.⁶⁹⁸

Para los delitos de guerra decidía el tribunal marcial.⁶⁹⁹ Eran cinco jueces, de entre los cuales uno funcionaba al mismo tiempo como escribano.⁷⁰⁰

Distinto de este era el *tecpical-li*,⁷⁰¹ una especie de tribunal de la nobleza, que decidía acerca de los delitos de los altos militares y particularmente del adulterio.⁷⁰²

El consejo de hacienda, a lo menos en Texcoco, tenía al mismo tiempo competencia sobre delitos de concusión; y el de cultos castigaba a las brujas y hechiceras.⁷⁰³

Los sacerdotes estaban en México bajo la jurisdicción del tribunal supremo o de su vicario general, el *mexicatl teohuatzin*.⁷⁰⁴

697 Pomar, pág. 42.

698 Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 253.

699 Ixtlilxóchitl, c. 58; Sahagún, IX, 5; *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

700 *Historia de los Mexicanos*, pág. 260.

701 *TECPIL CAL-LI* quiere decir la casa de los nobles, de *TECPIL-LI* y *CAL-LI*.

702 Sahagún, VIII, 16.

703 Ixtlilxóchitl, c. 38.

704 Sahagún, II, *Apend.*, núm. 9.

El tribunal del mercado compuesto de doce jueces, conocía de las contiendas relativas.^{704 a}

También los *calpuleque* tenían el derecho de arrestar a los delincuentes.⁷⁰⁵

En Michoacán funcionaba el tribunal supremo (*petamuti*) como tribunal penal; sin embargo, los casos más graves correspondían al príncipe mismo;⁷⁰⁶ los jueces locales practicaban la investigación de los delitos y pasaban el asunto al rey para su decisión (*cazonzi*).⁷⁰⁷

En *Tlaxcala*, las controversias eran expuestas ante un consejo de ancianos, y decididas por él.⁷⁰⁸

En *Matlatzinco*, los asuntos más graves incumbían al primer rey, el cual los decidía solo o con ayuda de los otros dos; de los asuntos de poca importancia se encargaban el segundo o el tercer rey, solos o conjuntamente.⁷⁰⁹

Los tribunales tenían sus jueces subordinados (*achcauhtli*, plural *achcauhtin*), que hacían las citaciones, y

704 a Torquemada, XIV, 14.

705 Durán c. 98 (II, pág. 223).

706 *Relación a Mendoza*, págs. 126 ss.

707 Herrera, III, 3, 10.

708 Camargo, *Historia de la República de Tlaxcallan*, pág. 136.

709 Zorita, Antonio (edición francesa), p. 392 (*Nueva Colección*, III, p. 220).

sus ejecutores, que se encargaban de cumplir los fallos, que ejecutaban las sentencias de muerte y arrestaban a los delincuentes.⁷¹⁰ Tenían vestidos especiales.⁷¹¹

Bajo sus órdenes había mensajeros de rango inferior, *topile*.⁷¹²

La sala de audiencias estaba en el palacio real;⁷¹³ era prohibido celebrar audiencias en otro lugar;⁷¹⁴ formaban una excepción los tribunales del mercado, ya mencionados.

Para los inculpados y los condenados a muerte, había cárceles, en verdad de muy miserable condición,⁷¹⁵ con pésimos alimentos.⁷¹⁶

710 Zorita, pág. 48 (112); *Orden de Sucesión*, pág. 225; Mendieta, II, 28; Gómara, *Crónica*, c. 213; Las Casas, *Hist. Apol.*, en Kingsborough, VIII, pág. 253.

711 *Cfr.* Las Casas, *loc. cit.*; Sahagún, VIII, 17, 25.

712 Mendieta, II, 28; Veytia-Boturini, pág. 191. Acerca de los *TOPILE*, *cfr.* además: *Petición de Alonso de Escalona en la Nueva Colección de Documentos*, I, pág. 102. *TOPILE*, quien lleva el bastón, de *TOPIL-LI*, bastón.

713 *Cfr. Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 69, 70 (V, págs. 109, 110); Ixtlilxóchitl, c. 36; Sahagún, VIII, 14, 15, 25; Mendieta, II, 28.

714 Ixtlilxóchitl, c. 67.

715 Cortés, pág. 69; Sahagún, VIII, 15, 19; Durán, c. 98 (II, pág. 222); Zorita, pág. 50 (114); Mendieta, II, 29; Gómara, *Crónica*, c. 213; Torquemada XI, 25; Clavijero, I, pág. 328.

716 De otro modo era con los presos para el sacrificio, quienes eran bien nutridos por razones de canibalismo.

Los nobles eran detenidos en su domicilio.⁷¹⁷

Las prisiones penales se llamaban *quauhcal-li*⁷¹⁸ o *petlascal-li*,⁷¹⁹ eran distintas de las prisiones por deudas, *teilpiloyan*.⁷²⁰

Prisiones criminales semejantes existían también en Tlaxcala,⁷²¹ en Michoacán⁷²² y en otras partes.

67

Los debates eran orales.⁷²³

Los escribanos (*amatlacuilo*)⁷²⁴ llevaban sus protocolos en lenguaje azteca de signos⁷²⁵ y los jueces hacían sus notas en lenguaje jeroglífico.⁷²⁶

717 *Orden de Sucesión*, pág. 225.

718 Durán, c. 98 (II, pág. 222); Torquemada, XI, 25. *QUAUHCAL-LI*, de *QUACITL*, bastón, castigo.

719 Durán, c. 98 (II, pág. 222). *PETLALCAL-LI*, de *PETLAL*, estera de paja.

720 *Supra*, pág. 52 *in fine*.

721 Herrera, II, 6, 17.

722 *Relación a Mendoza*, pág. 125. *Cfr. supra*, nota 494.

723 Esto resalta, prescindiendo de otros pueblos, de las relaciones jeroglíficas del *Códice Mendocino*, en Kingsborough, I, 69, 70 (V, págs. 109, 110).

724 *AMATL*, papel, documento, *TLACUILO*, escribiente (*CUILAO*, escribir).

725 Mendieta, II, 28; Ixtlilxóchitl, c. 68, y *Relación*, pág. 387; Zorita, pág. 46 (111); Gómara, *Crónica*, 213; Veytia-Boturini, pág. 191.

726 Sahagún, VII, 25.

Los protocolos contenían la querrela y las declaraciones de los testigos; también los fallos eran asentados por escrito.⁷²⁷

Lamentablemente, hasta donde sabemos, nada se nos ha conservado de los protocolos judiciales del tiempo antiguo de los mexicanos; desaparecidos en las espantosas destrucciones y devastaciones. Sin embargo, se conservan actas procesales de los años 1570, 1580, 1590 y 1593,⁷²⁸ y también las actas de un proceso criminal del año 1566.⁷²⁹

En éstas se pueden seguir los procedimientos antiguos de acusación; la acusación por robo contiene cuatro imágenes en las cuales están representados el lugar, las cosas robadas y las personas que sufrieron el robo, y además otros ocho documentos que calculan el valor de lo robado.⁷³⁰

68

Las partes podían tener sus patronos (*tepanlatoani*) y sus representantes (*tlanemiliani*); en los procesos criminales también había patronos; sin embargo, era la defensa limitada en los casos de delitos graves.⁷³¹ Pero no es

727 Veytia-Boturini, pág. 191, y Veytia, III, pág. 207.

728 Boban, *Documents Pour Servir a L'histoire de Méxique* (París, 1891), II, núms. 116, 117, 110, 112.

729 Boban, II, núm. 111.

730 Boban, *loc. cit.*

731 Sahagún, X, 9; Veytia-Boturini, pág. 192. *TEPANTLATOANI*, de *TLATOANI*, orador, uno que habla en favor de alguien; *TLANEMILIANI*, de *NEMILIA*, reflexionar.

muy seguro que se hubiera desarrollado una profesión de abogado propiamente dicha,⁷³² aunque parece probable, según la narración de Sahagún.⁷³³

69

La persecución por delitos, principalmente por adulterio, podía seguirse aun sin acusación, por sólo el rumor público: procedimiento inquisitorial.⁷³⁴ Sin embargo, esto no era en todas partes.⁷³⁵

En Michoacán se usaban los indicios corporales: el pariente del occiso traía ante los tribunales un dedo separado del cadáver, o las mazorcas arrancadas cuando se trataba de daño en el campo.⁷³⁶

El procedimiento consistía en la relación de las partes y la rendición de las pruebas; podían aquéllas ser confrontadas para una explicación mutua; así como haber un careo en que no podía intervenir ningún patrono.⁷³⁷

732 Orozco, I, pág. 267.

733 Sahagún, X, 9.

734 Ixtlilxóchitl, c. 38, 68.

735 *Cfr. supra*, pág. 65.

736 *Relación a Mendoza*, pág. 126.

737 Veytia, III, pág. 208.

Los delitos graves eran sentenciados inmediatamente después de la rendición de pruebas, no permitiéndose ningún discurso de defensa.⁷³⁸

70

Las pruebas que se rendían eran racionales, en general; se buscaban los medios de conocer la verdad y como tales encontramos principalmente el testimonio, la confesión y los indicios.

La confesión desempeñaba un gran papel, en particular, en caso de adulterio,⁷³⁹ en que podía forzarse la confesión por medio de tortura,⁷⁴⁰ si la sospecha era vehemente.⁷⁴¹ Sin embargo, era éste el único caso en que se aplicaba la tortura y era muy raro.⁷⁴²

También se conocía la prueba de indicios.⁷⁴³

Los medios de prueba eran ante todo documentos y testigos. La prueba documental era particularmente importante en las disputas sobre inmuebles, porque se lleva-

738 Veytia-Boturini, pág. 192.

739 *Libro de Oro*, en Orozco, I, pág. 271.

740 Mendieta, II, 29; Las Casas, *Hist. Apol.*, c. 213.

741 Mendieta, II, 29 (pág. 136 habida muy violenta sospecha).

742 *Cfr.* Clavijero, II, pág. 387.

743 Pomar, pág. 31.

ban mapas catastrales exactos, a los cuales se recurría en caso de litigio.⁷⁴⁴

Los testigos eran interrogados por el juez bajo juramento⁷⁴⁵ que prestaban usualmente poniendo el dedo sobre la tierra y llevándoselo a la boca.⁷⁴⁶

Se hacía también uso frecuente del careo,⁷⁴⁷ siendo interrogados los testigos con severidad y detenimiento acerca de los diversos puntos de prueba.⁷⁴⁸

71

Sin embargo, no estaban completamente eliminados los medios de prueba del derecho sagrado.

En primer lugar existía el juramento de las partes, que era de inocencia o de purgación, prestado del mismo modo que el de los testigos. Probaba plenamente; no era fácil que un reo se atreviera a echarse encima las maldiciones.⁷⁴⁹

744 *Cfr.* acerca de estos mapas de campo, *supra*, págs. 49 y 37.

745 Veytia-Boturini, pág. 192.

746 Gómara, *Crónica*, c. 213.

747 Veytia-Boturini, pág. 192.

748 Zorita, pág. 46 (111).

749 Mendieta, II, 23; Torquemada, XIII, 28.

Por el contrario, del juicio de Dios se encuentran pocos vestigios, no obstante ser muy usadas la adivinación y los augurios, porque la creencia en los presagios desempeñaba un papel importante;⁷⁵⁰ sucedía lo mismo en Tlaxcala.⁷⁵¹ Los sacerdotes eran los intérpretes de los signos;⁷⁵² lo mismo era entre los otomíes cuyos hechiceros, *tlaciuhque*, interpretaban los signos;⁷⁵³ así pasaba también entre los zapotecas.⁷⁵⁴

Como una especie de juicio de Dios, puede tenerse el siguiente: los prisioneros y los consagrados al dios obtenían su libertad cuando derribaban uno tras otro a los cuatro guerreros con los que habían de combatir;⁷⁵⁵ tenían en su favor la voluntad del dios. El que de esta manera obtenía su libertad, podía regresar a su pueblo sin temer el castigo por cobardía a consecuencia de su captura.⁷⁵⁶

Mayor significado tenía en Michoacán la adivinación judicial; el curandero podía mirar al ladrón en la vasija de agua o en el espejo.⁷⁵⁷

750 Mendieta, II, 19; Torquemada, VI, 48; Veytia-Boturini, pág. 240.

751 Veytia-Boturini, pág. 241.

752 Torquemada, IX, 17.

753 Sahagún, X, 29, párrafo 4.

754 Brasseur de Bourbourg, III, págs. 27, 28 (según Burgoa).

755 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 6.

756 *Nezahualcóyotl* (Veytia), ley 7; Ixtlilxóchitl, c. 38; *supra*, págs. 31 y 50.

757 *Relación a Mendoza*, pág. 126.

72

En caso de que los jueces tuvieran distintas opiniones, se decidía por mayoría de votos o se elevaba el asunto a la decisión superior.⁷⁵⁸

Que la apelación era conocida y que se podía apelar de los jueces de primera instancia ante los superiores, cuyas decisiones eran inatacables, salta a la vista por lo antes dicho (pág. 85).

No debía durar ningún pleito por más de cuatro meses o sean ochenta días.⁷⁵⁹

El fallo definitivo constituía *res judicata* y era irrevocable.⁷⁶⁰

758 Veytia-Boturini, pág. 193, *supra*, nota 693.

759 Pomar, pág. 31; Zorita, pág. 47 (112).

760 Zorita, pág. 47 (112).

APÉNDICE

Con el objeto de facilitar al lector la consulta de los tres textos principales de leyes aztecas citados por el autor como fuentes directas, se insertan en seguida:

Las *Leyes de Nezahualcóyotl*: I. Según el texto dado por *Ixtlilxóchitl*; II. Según el texto de Veytia, que el autor cita llamándole *Nezahualcóyotl* (Veytia), págs. 16 y 17; y *El Libro de Oro, Colección de Leyes de los Indios de Anáhuac*, a que se refiere el autor en las págs. 17 y 18.

Para hacer más precisa la consulta, se indican, con números colocados dentro del paréntesis, las páginas de las respectivas ediciones citadas por el autor, en que se encuentra el texto que aquí se inserta. Así podrá el lector evacuar las citas con igual facilidad que si tuviera a la vista esas mismas ediciones, cuyo texto hemos seguido fielmente hasta en su ortografía.

Además, como tercera pieza colocada bajo la rúbrica de *Leyes de Nezahualcóyotl*, insertamos el capítulo XXXVIII de la *Historia Chichimeca de Ixtlilxóchitl*, en que se vuelve a tratar de las ochenta leyes, diciéndose cuáles eran las disposiciones de algunas de ellas, con ocasión de especificarse los asuntos que correspondían a cada uno de los

cuatro consejos supremos establecidos en Texcoco. El lector encontrará interesante este capítulo, que contribuirá a dar idea de aquellos sistemas de legislación y administración de justicia. Las únicas alteraciones que nos hemos permitido hacer en el texto, consisten en haber separado como apartes algunos párrafos que en el original están seguidos, y señalado con números colocados dentro de paréntesis las leyes de que se va tratando, a fin de que puedan ser citadas con facilidad.

LEYES DE NEZAHUALCÓYOTL

I. Texto tomado de las *Obras Históricas de don Fernando de Alva Ixtlilxóchitl, publicadas y anotadas por Alfredo Chavero* (México, 1891). Tomo I, *Relaciones*, págs. 237 a 239.

La primera nota es del señor Chavero y las siguientes que llevan la inicial R, son del señor Lic. don José Fernando Ramírez.

ORDENANZAS DE NEZAHUALCOYOTZIN, (pág. 237):

1.- Que si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndole el mismo marido, ella y el adúltero fuesen apedreados en el Tianguis;¹ y si

1 *TIANQUIZTLI*, mercado, en donde en determinados días generalmente cada cinco, se reunía el pueblo.

el marido no lo viese, sino que por oídas lo supiese, se fuese a quejar, y averiguándolo ser verdad, ella y el adúltero fuesen ahorcados.

2.- Que si alguna persona forzase a algún muchacho y lo vendiese por esclavo, fuese ahorcado.

3.- Que si entre dos personas hubiese diferencias sobre tierras, aunque fuesen principales, si entrambos a dos sembrasen a porfía, que el uno y el otro, después de haber nacido el maíz, se lo arrancasen, fuese traído a la vergüenza alrededor del Tianguis con el maíz que arrancó colgado del pescuezo.

4.- Que si alguna persona, aunque fuese principal, tomase de su autoridad alguna tierra, como fuese grande y el dueño se fuese a quejar, averiguándose ser así, que lo ahorcasen por ello.

5.- Que habiendo guerras entre dos pueblos, si alguna persona viniese a él, otro ninguno lo pudiese acoger en su casa, y si lo acogiese fuese preso y llevado al Tianguis (pág. 238), y hecho pedazos todo su cuerpo y echados los pedazos por todo el Tianguis para que los muchachos jugaran con ellos; y que fuesen perdidas sus tierras y hacienda, y fuese dado a sacamano.

6.- Que si alguna persona matase a otro fuese muerto por ello.

7.- *Que si alguna hija de algún señor o caballero se averiguase ser mala, que muriese por ello.*

8.- *Que si alguna persona mudase las mojone-
ras que hubiese en las tierras de los particulares,
muriese por ello.*

9.- *Que si alguna persona echase mala fama o
algunas nuevas en el pueblo, que fuese cosa de
calidad, y se averiguase ser verdad, que aquel que
las dijese muriese por ello.²*

10.- *Que si se averiguase que algunos de los sa-
cerdotes o Tlamacazques, o de aquellas personas
que tenían cargo de los Cús (o templos) e ídolos, se
amancebase o emborrachase, muriese por ello.*

11.- *Que a ningún caballero, embajador...³ hom-
bre mancebo o mujer de los de dentro de la casa
del Señor, si se emborrachare, muriese por ello.*

12.- *Que ningún Señor se emborrachase so
pena de privarle del oficio.*

13.- *Que si se averiguase ser algún Somético,
muriese por ello.⁴*

2 Si, como parece, la ley es contra los propagadores de nuevas alarmantes, falta un *no* después de la palabra *averiguase*.-R.

3 Así en el original.-

4 En el original sigue así: “*Esto se guardó en el tiempo de Nezahualpilzintli y Nezahualcoyotzin*”.-R.

14.- *Que si alguno o alguna alcahuetease a mujer casada, muriese por ello.*

15.- *Que si se averiguase ser alguna persona hechicera, haciéndolo con algunos hechizos, o dándolos por palabra (pág. 239), o queriendo matar a alguna persona, muriese por ello, y que sus bienes fuesen dados a sacamano.*

16.- *Que si algún principal Mayorazgo fuese desbaratado o travieso, o si entre dos de estos tales hubiese alguna diferencia sobre tierras u otras cosas, el que no quisiese estarse quedo con la averiguación que entre ellos se hiciese, por ser soberbio y mal mirado, le fuesen quitados sus bienes y el Mayorazgo y fuese puesto en depósito de una persona que diese cuenta de ello para el tiempo que le fuese pedida, del cual Mayorazgo estuviese desposeído todo el tiempo que la voluntad del Señor fuese.*

17.- *Que si alguna persona fuese casado y la mujer se quejase del marido y quisiere descasarse, que en tal caso los hijos que tuviese en ella el marido, los tomase, y los bienes fuesen perdidos⁵ por iguales partes, tanto el uno como el otro; entiéndase, siendo culpado el marido.*

18.- *Que si alguna persona hurtaba en cantidad y se averiguaba, el tal ladrón fuese esclavo*

5 Entiendo que debía decir: *Partidos*.-R.

de la persona cuyo era lo que hurtó, y si la persona no lo quería, fuese vendido a otra parte para pagarle su robo.

19.- Que si alguna persona se vendiese por su propia autoridad, lo pudiese hacer; y que si vendiese dos veces, que el primer dueño a quien fue vendido lo llevase, y el segundo perdiese el precio que había dado por él.

20.- Que si alguna persona vendía dos veces alguna tierra, el primer comprador quedase con ella, y el segundo perdiese lo que dio por ella, y el vendedor fuese castigado.⁶

II. Texto tomado de la *Historia Antigua de México*, escrita por el Lic. D. Mariano Veytia (México, 1836). Tomo III, págs. 421 a 424.

El editor de la obra, F. Ortega, manifiesta (tomo III, advertencia y nota de págs. 218 y 219) haberse hallado entre los papeles de Veytia, además de los manuscritos que forman la historia, dos fragmentos en borrador, que publicó como *Apéndice*. Uno de ellos es el texto de las *leyes nuevas de Nezahualcóyotl* que en seguida se inserta.

6 Aquí termina el fragmento de las *Ordenanzas*: lo que sigue a continuación en el original, es una noticia relativa a la muerte, funeral e hijos de *Nezahualpiltzintli*, que se copiará al fin del fragmento siguiente.-R.

De las leyes que nuevamente promulgó, y estableció el Emperador *Nezahualcóyotl*, (pág. 421).

Contestan todos los escritores nacionales en que este gran emperador no sólo restauró la observancia de las leyes promulgadas por sus antecesores, sino que estableció otras de nuevo, para el mejor gobierno de sus pueblos, y convienen en que éstas fueron ochenta, pero ninguno nos dejó la cabal noticia del contenido de todas: unos refieren unas, y otros otras, y confrontados todos los manuscritos que tengo entre manos, sólo llego a juntar treinta y cinco, y casi todas penales, y aun de éstas se ha de hacer alguna rebaja, como luego diré. Es regular que hubiese otras dirigidas al gobierno económico, al reglamento de tropas, a la exacción de tributos, pero de éstas no dan particular noticia. Las que refieren, pues, como inventadas por *Nezahualcóyotl* son las siguientes:

1. Al señor de vasallos, si se rebelase contra el emperador, pudiendo ser habido muriese en público cadalso, aplastada la cabeza con una porra, y se le confiscasen sus estados.

2. Al traidor al soberano, fuese noble o plebeyo, pena de muerte, roto a golpes por las coyunturas, saqueada su casa por el pueblo, y arrasada, confiscadas sus tierras, y sus hijos esclavos hasta la cuarta generación.

(Pág. 422) 3. Al general u otro oficial militar que acompañando al rey en campaña le desamparase, pena de muerte, degollado.

4. *Al soldado que faltase a la obediencia a su jefe o desamparase el puesto en que se le ponía, o volviese la espalda a enemigo en campaña, o diese paso a favor a alguno de ellos en tiempo de guerra, pena de muerte, degollado.*

5. *Al que usurpase a otro el cautivo que hizo o algún despojo, muriese ahorcado, y la misma pena al que cediese a otro el cautivo que hizo.*

6. *Al noble de otro país, cautivado en guerra, si lidiase con cuatro soldados, que para este efecto se destinasen, y los venciese, quedase libre, y pudiese volverse a su patria; pero que si fuese vencido muriese sacrificado en el templo de Hitzilopuchtli dios de la guerra.*

7. *Al noble vasallo del imperio, que habiendo sido cautivado huyese de la prisión y se volviese a su país, pena de muerte, degollado; pero si no venía fugitivo sino libre, por haber lidiado y vencido allá a algunos soldados o capitanes, fuese recibido con mucho honor, y premiado del emperador. El plebeyo cautivado, aunque volviese fugitivo, fuese bien recibido y premiado.*

8. *Al que acogiese, amparase o encubriese algún enemigo en tiempo de guerra, fuese noble o plebeyo, pena de muerte, despedazado en medio de la plaza, y entregados sus miembros a la plebe para juguete e irrisión.*

9. *A los embajadores que no desempeñaban su encargo según las órdenes e instrucciones que llevaban (pág. 423), o se volvían sin respuesta, pena de muerte, degollados.*

10. *Los jueces a quienes se averiguase haber admitido cohechos muriesen degollados, si el cohecho fuese de entidad, y si fuese de poca monta quedasen despojados del empleo, y los trasquilasen en público mercado.*

11. *La adúltera y el cómplice si fuesen sorprendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados, y para la justificación fuese bastante la denuncia del marido; pero si éste no los sorprendiese en el delito, sino que por sospechas los acusase a los jueces, y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados; y si el adúltero matase al marido ofendido, muriese asado en medio de la plaza y rociado con agua y sal.*

12. *A las que sirviesen de terceras o alcahuetes para con mujeres casadas, pena de muerte, ahorcadas, aunque no se hubiese seguido el delito.*

13. *A la mujer noble que se diese a ramera, muriese ahorcada.*

14. *A los sacerdotes que debían guardar castidad, si se les averiguase incontinencia, pena de muerte.*

15. *A los sométicos pena de muerte, el agente atado a un palo y cubierto de ceniza, quedase sofocado, y el paciente sacadas las entrañas por el orificio.*

16. *Al hijo que levantase la mano para su padre o madre, y de algún modo les injuriase, pena de muerte y ex-heredado, para que sus hijos, si los tuviese, no pudiesen suceder en los bienes de los abuelos.*

17. *Que asimismo pudiese el padre ex-heredar al hijo que fuese cobarde, cruel, o desperdiciado.*

18. *Que el marido pudiese repudiar a la mujer floja y descuidada en los ministerios de su casa, o si (pág. 424) fuese inquieta o pleitista, y asimismo pudiese ella separarse del marido...*

III. Texto tomado de las *Obras Históricas de don Fernando de Alva Ixtlilxóchitl*, publicadas y anotadas por Alfredo Chavero (México, 1892). Tomo II. *Historia Chichimeca*, págs. 187 a 193.

Las notas son del Sr. Chavero.

(Pág. 187). Capítulo XXXVIII.- Que trata de las ochenta leyes que estableció *Nezahualcoyotzin* y cómo las mandó guardar.- Puso *Nezahualcoyotzin* la ciudad de *Tetzcuco* y todas las demás repúblicas de su reino en grandísimo orden y concierto (que describiendo de ella se entenderá de las demás), la cual la dividió en seis parcialidades, como

fueron *Mexicapan, Colhuacan, Tepenecapan, Huitznahuac, Chimalpan y Tlailotlacan*, poniendo en ellas por su orden y gobierno los vecinos, y cada género de oficio por sí: los plateros de oro y plata en un barrio, los artífices de plumería en otro, y por esta orden todos los demás, que eran muchos géneros de oficiales. Asimismo hizo edificar muchas casas y palacios para los señores y caballeros que asistían en su corte, cada uno conforme a la calidad y méritos de su persona, las cuales llegaron a ser más de cuatrocientas casas de señores y caballeros de solar conocido.

Y para el buen gobierno, así de su reino como para todo el imperio, estableció ochenta leyes que vido ser convenientes a la República en aquel tiempo y sazón, las cuales dividió en cuatro partes, que eran necesarias para cuatro consejos supremos que tenían puestos, como eran el de los pleitos de todos los casos civiles y criminales, en donde se castigaban todos los géneros de delitos y pecados:

(1) Como era el pecado nefando que se castigaba con grandísimo rigor, pues el agente atado en un (pág. 188) palo lo cubrían todos los muchachos de la ciudad con ceniza, de suerte que quedaba en ella sepultado, y al paciente por el sexo le sacaban las entrañas, y asimismo lo sepultaban en la ceniza.

(2) Al traidor al rey o república lo hacían pedazos por sus coyunturas, y la casa de su morada la saqueaban, y echaban por el suelo sembrándola de sal, y quedaban sus hijos y los

de su casa por esclavos hasta la cuarta generación.

(3) El señor que se alzaba contra las tres cabezas, habiendo sido sujetado una vez, si no era vencido y preso en batalla, cuando venía a ser habido lo hacían pedazos la cabeza con una porra y lo mismo hacían al señor o caballero que se ponía las mantas o divisas que pertenecían a los reyes; aunque en México era cortarles una pierna, aunque fuese el príncipe heredero del reino, porque nadie era osado a ataviarse ni componer su persona, ni edificar casas sin orden ni licencia del rey, habiendo hecho hazañas o cosas por donde lo mereciese, porque de otra manera moría por ello.

(4) Al adúltero si le cogía el marido de la mujer en el adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospechas del marido, y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados, y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras.

(5) Los adúlteros que mataban al adulterio, el varón moría asado vivo y mientras se iba asan-

do, lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía, y a la mujer la ahorcaban; y si eran señores o caballeros los que habían adulterado, después de haberles dado garrote, les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar.

(6) Al ladrón si hurtaba en poblado y dentro de las casas, como fuese de poco valor el hurto, era esclavo de quien había hurtado, como no hubiese horadado la casa, porque el que lo hacía moría ahorcado; y lo mismo el que hurtaba cosa de valor y cantidad, o en la plaza o en el campo, aunque no fuera más de siete mazorcas, porque el que hurtaba en el campo lo mataban, dándole con una (pág. 189) porra en la cabeza.

(7) A los hijos de los señores si malbarataban las riquezas o bienes muebles que sus padres tenían, les daban garrote.

(8) Asimismo al borracho, si era plebeyo le trasquilaban la cabeza, la primera vez que caía en este delito, públicamente en la plaza y mercado, y su casa era saqueada y echada por el suelo, porque dice la ley, que el que se priva de juicio que no sea digno de tener casa, sino que viva en el campo como bestia; y la segunda vez era castigado con pena de muerte; y al noble desde la primera vez que era cogido en este delito, era castigado luego con pena de muerte.

Asimismo en este tribunal se reconocían las leyes, que trataban acerca de los esclavos, y de las contiendas y pleitos de haciendas, tierras y posesiones, y los estados y diferencias de oficios.

En el consejo de músicas y ciencias se guardaban las leyes convenientes a este consejo, en donde:

(9) Se castigaban las supersticiones,⁷ y los géneros de brujos y hechiceros que había en aquel tiempo, con pena de muerte; sólo la nigromancia se admitía por no ser en daño de persona alguna.

En el consejo de guerra había otras leyes, como eran:

(10) El soldado que no cumplía con el mandato de su capitán o caía en alguna falta de las de su obligación, era degollado;

(11) Y el que usurpaba cautivo o despojo ajeno, era ahorcado; y lo mismo se hacía con el que daba su cautivo a otro.

(12) El que era noble y de linaje, si era cautivo y se venía huyendo a su patria, tenía la misma pena, y el plebeyo era premiado; pero si el noble

7 Por el contrario, aquellos pueblos eran esencialmente supersticiosos y todo lo fiaban a los agüeros. En todos los sucesos, desde el nacimiento hasta el matrimonio y aún en los negocios públicos, tenían en cuenta el día en que acaecía y su influencia, para lo cual servía el TONALAMATL.

en donde fue cautivo, vencía o mataba cuatro soldados que para el efecto se señalaban, cuando le querían sacrificar (que para este fin los cautivaban), habiéndose librado de esta manera, era muy bien recibido y premiado del rey.⁸

(13) La misma pena de muerte tenían todos los soldados y capitanes (pág. 190) que iban en guarda del rey, cuando personalmente iba a la guerra, si lo dejaban en poder de los enemigos, porque era obligación que estos tales lo habían de volver muerto o vivo; y si era el príncipe como alguno de los hijos del rey, tenían la misma pena los soldados y capitanes que eran sus ayes y maestros.

Cuando se había de hacer alguna entrada o guerra contra algún señor de los de las provincias remotas, había de ser por causas bastantes que hubiese para ello, que eran que este tal señor hubiese muerto a los mercaderes que iban a tratar y contratar en su provincia, no consintiendo trato ni comunicación con los de acá (porque estas tres cabezas se fundaban ser señoríos e imperios sobre todas las demás, por el derecho que pretendían sobre toda la tierra, que había sido de los toltecas, cuyos sucesores y herederos eran ellos, y por la población y nueva posesión que de ella tuvo el gran chichimecatl Xolotl su antepasado); para lo cual, todos tres en consejo de guerra con sus capi-

8 Aquí se refiere el autor al sacrificio gladiatorio.

tanes y consejeros se juntaban y trataban del orden que se habían de tener, y la primera diligencia que se hacía era que iban ciertos mensajeros de los mexicanos que llamaban Quaquauhnochtzin, y éstos les requerían a los de la provincia rebelada, en especial a todos los ancianos, juntando para ello cantidad de viejos y viejas a quienes de parte de las tres cabezas requerían y decían, que ellos como personas que habían de padecer las calamidades y trabajos que causan las guerras si su señor se desvanecía en no admitir la amistad, protección y amparo del imperio, pues tenían experiencia de todo, le fuesen a la mano, y procurasen de que enmendase el avieso y desacato que había tenido contra el imperio, dentro de veinte días que le daban de término; y para que no dijese en ningún tiempo que violentamente habían sido conquistados y ganados, les daban cierta cantidad de rodelas y macanas; y se ponían estos mensajeros en cierta parte, en donde aguardaban la resolución de la república y de los ancianos de tal provincia, los cuales respondían lo que a ellos les parecía, o dentro del término referido allanaban al señor, y entonces (pág. 191) dándole su fe y palabra de nunca ser contrario al imperio, y dejar entrar y salir, tratar y contratar a los mercaderes y gente de él, enviando cierto presente de oro, pedrería, plumas y mantas, era perdonado y admitido por amigo del imperio; y si no hacía esto cumplidos los veinte días, llegaban a esta sazón

otros mensajeros que eran naturales de la ciudad de Tetzcuco de los aculhuas, llamados Achcacauh-tzin que eran de los de aquellos jueces que en otra parte se dijeron pesquisidores, los cuales daban su embajada al mismo señor de tal provincia y a todos los naturales y caballeros de su casa y linaje, apercibiéndoles que dentro de otros veinte días que les daban de término se redujesen a paz y concordia con el imperio.

(14) Con el apercibimiento que si se cumplía el término y no se allanaban, que sería el señor castigado con pena de muerte, conforme a las leyes que disponían hacerle pedazos la cabeza con una porra, si no moría en batalla o cautivo en ella para ser sacrificado a los Dioses; y los demás caballeros de su casa y corte, asimismo serían castigados conforme a la voluntad de las tres cabezas del imperio: habiendo hecho este apercibimiento al señor y a todos los nobles de su provincia, si dentro de los veinte días, se allanaba, quedaban los de su provincia obligados de dar un reconocimiento a las tres cabezas en cada un año, aunque moderado, y el señor perdonado con todos los nobles y admitido en la gracia y amistad de las tres cabezas; y si no quería, luego incontinenti le unguían estos embajadores el brazo derecho y la cabeza con cierto licor que llevaban, que era para esforzarle a que pudiese resistir la furia del ejército de las tres cabezas del imperio, y asimismo le ponían en la cabeza un penacho de plumería que

llamaban Tecpilotl, atado con una correa colorada, y le presentaban muchas rodelas, macanas y otros adherentes de guerra, y luego se juntaban con los otros primeros embajadores, aguardando a que se cumpliese el término de los veinte días: y cumplido, no habiéndose dado de paz, a esta sazón llegaban terceros embajadores, que eran de la ciudad de Tlacopan, de nación tepaneca, (pág. 192); y tenían la misma dignidad y oficio que los demás, los cuales daban su embajada de parte de las tres cabezas del imperio a todos los capitanes, soldados y otros hombres de milicia, apercibiéndoles, por último apercibimiento, que como tales personas habían de recibir los golpes y trabajos de la guerra, que procurasen dentro de veinte días dar la obediencia al imperio, que serían perdonados y admitidos en su gracia; donde no, pasado el tiempo, vendrían sobre ellos, y a fuego y sangre asolarían toda su provincia, y se quedarían por esclavos todos los cautivos en ella, y los demás por tributarios vasallos del imperio: los cuales si dentro de este término se rendían, sólo el señor era castigado, y la provincia quedaba sujeta a dar algún más tributo y reconocimiento que en el segundo apercibimiento, y esto había de ser de las rentas pertenecientes al tal señor; y donde no, cumplidos los veinte días, estos embajadores tepanecas daban a los capitanes y hombres militares de aquella provincia rodelas y macanas, y se juntaban con los otros, y luego juntos se despedían

del señor de la república y de los hombres de guerra aperciéndolos que dentro de otros veinte días estarían las tres cabezas o sus capitanes con ejércitos sobre ellos, y ejecutarían todo lo que les tenían apercebido; y cumplidos luego se daba la batalla, porque ya a esta sazón había venido marchando el ejército; y conquistados y ganados que eran, se ejecutaban todo lo atrás referido, repartiendo las tierras y los tributos entre las tres cabezas; al rey de México y al de Tetzcuco por iguales partes, y al de Tlacopan una cierta parte, que era como la quinta; aunque se tenía atención de dar a los herederos de tal señor tierras y vasallos suficientes a la calidad de sus personas, entrando en la sucesión del señorío el heredero y sucesor legítimo de la tal provincia con las obligaciones y reconocimientos referido, y dejándole guarnición de gente del ejército de las tres cabezas,⁹ la que era conveniente (pág. 193), para la seguridad de aquella provincia, se volvía la demás; y de esta manera sujetaron a toda la tierra.

Otras leyes habían que se guardaban en el consejo y tribunal de guerra, de menos entidad.

9 En esto comete un error Ixtlilxóchitl. Nuestros antiguos pueblos no eran colonizadores: así es que sus conquistas se reducían prácticamente a la imposición de tributos. Pero no es cierto, que una vez conquistado un pueblo, dejaban en él guarnición: y precisamente de ahí vino que se alzaran continuamente, cuando se creían fuertes para sacudir el tributo; y esto nos explica por qué vemos en los jeroglíficos varias veces la conquista de un mismo pueblo.

En el cuarto y último consejo, que era el de hacienda, se guardaban las leyes convenientes a ella acerca de la cobranza de tributos y distribución de ellos y de los padrones reales.¹⁰

(15) Tenían pena de muerte los cobradores que cobraban más de lo que debían pagar los súbditos y vasallos.

(16) Los jueces de estos tribunales no podían recibir ningún cohecho, ni ser parciales a ninguna de las partes, pena de la vida; a todos los cuales el rey sustentaba, y cada ochenta días hacía mercedes, dándoles dones y presentes de oro, mantas, plumería, cacao y maíz, conforme a la calidad de sus oficios y méritos, sin que en esto hubiese límite señalado, más de lo que al rey le parecía ser conveniente; y lo mismo hacía con los capitanes y personas valerosas en la guerra y con los criados de su casa y corte.

10 Se conserva original el *Libro de Tributos* en el Museo. Lorenzana lo reprodujo en su edición de las *Cartas de Cortés*, reducido y sin colores, Kinsborough, en el *Código Mendocino*, también lo reproduce, en su tamaño y colores; pero hay diferencias en el dibujo de ciertas figuras. El Señor Peñafiel ha hecho una reproducción exacta.

El mapa *QUINATZIN* nos da también alguna idea de los tributos. En uno de los departamentos del palacio de *TETZUCO* se ven los *CHIMAL-LI-É-ICHCAHULPIL-LI* rodelas y petos de algodón, que se tributaban para los guerreros. En otro se ven sandalias, mosquiteros, cuerdas y bolsas de cacao. En otro ramos de flores y cañas de tabaco, para los convites. Y en otro mantas labradas y penachos de plumas; en donde los tributarios celebran fiestas, cantando y tocando el *HUEHUETL* o gran tambor.

LEYES DE LOS INDIOS DE ANÁHUAC O MÉXICO

Texto del *Libro de Oro*, tomado de la *Historia Antigua y de la Conquista de México* (México, 1880), por Orozco y Berra, tomo I, págs. 269 a 275.

Orozco y Berra, al insertar en su obra el *Libro de Oro*, advirtió ser “*paleografiado y copiado de un precioso Código antiguo ... en poder del Sr. D. Joaquín García Icazbalceta*”. El mismo texto fue publicado posteriormente por García Icazbalceta, en su *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México*, (México, 1891), tomo III, págs. 308 a 315. Hemos aprovechado su publicación para dar claridad y mayor exactitud al texto de Orozco y Berra.

Para facilitar las citas nos hemos permitido numerar las leyes, lo que no está hecho en el original ni en las publicaciones de Orozco y Berra y García Icazbalceta.

Estas son leyes que tenían los indios de la Nueva España, *Anáhuac* o México, (pág. 269).

1. *El hijo del principal que era tahúr y vendía lo que su padre tenía o vendía alguna suerte de tierra, moría por ello secretamente ahogado, y si era macehual era esclavo.*

2. *Si alguno toma de los magueyes para hacer miel y son veinte, págalos con las mantas que los jueces dicen, y si no las tiene o es de más magueyes, es esclavo o esclavos.*

3. *Quien pide algunas mantas fiadas o prestadas y no las paga, es esclavo.*

4. *Si alguno hurta alguna red de pescar págala con mantas, y si no las tiene es esclavo.*

5. *Si alguno hurta alguna canoa, paga tantas mantas cuanto vale la canoa, y si no las tiene es esclavo.*

6. *Si alguna esclava pequeña que no es de edad para hombre, alguno la toma, es esclavo el que se echó con ella, si muere; de otra manera paga la cura.*

7. *Si llevó a vender su esclava a Azcapotzalco, do era la feria de los esclavos; y el que se la compró le dio mantas, y él las registró y se contentó de ellas, si después se arrepiente vuelve las mantas.*

8. *Si alguno quedó pequeño y los parientes le venden, y se sabe después cuando es mayor, sacan los jueces las mantas que les parecen para dar al que lo compró y queda libre.*

9. *Si algún esclavo se vende y se huye y se vende a otra persona, pareciendo se vuelve a su dueño, y pierde lo que dio por él.*

10. *Si alguno se echa con esclava y muere estando preñada, es esclavo el que con ella se echó, y si pare, el parto es libre y llévalo el padre.*

11. *Si algunos vendieron algún niño por esclavo, y después se sabe, todos los que en ello entendieron son esclavos, y dellos dan uno al que lo compró y los otros los reparten entre la madre de quien era el niño que vendieron y entre el que lo descubrió (pág. 270).*

12. *Los que dan bebedizos para que otra muera, muere por ello a garrotazos; y si la muerta era esclava la que los laba.*

13. *Si hurtaban las mazorcas de maíz de veinte arriba, moría por ello; si menos, pagaba alguna cosa por ello.*

14. *El que arrancaba el maíz antes de granado, moría por ello.*

15. *El que hurtaba el yete,¹¹ que es una calabaza atada con unos cueros colocados por la cabeza con unas borlas de pluma al cabo, de que usan los*

11 Debe leerse YETL.

señores y traen en ella polvos verdes que son tabacos, moría el que lo hurtaba, a garrotazos.

16. El que hurtaba algún chalchihutl en cualquier parte era apedreado en el tianguis, porque ningún hombre bajo lo podía tener.

17. El que en el tianguis hurtaba algo, los del tianguis le mataban a pedradas.

18. El que salteaba en el camino, era apedreado públicamente.

19. Era ley que el papá que se emborrachaba, en la casa do lo hallaban borracho lo mataban con unas porras; y el mozo por casar que se emborrachaba, era llevado a una casa que se llamaba telpuchcalli y allí le mataban con garrotes, y el principal que tenía aquel cargo si se emborrachaba, quitábanle el oficio, y si era valiente hombre le quitaban el título de valiente.

20. Si el padre pecaba con su hija, moría ahogado o con garrote e echábanle una sogá al pescuezo.

21. El que pecaba con su hermana, moría ahogado con garrote y era muy detestable entre ellos.

22. Si una mujer pecaba con otra, las mataban ahogándolas con garrotes.

23. *El papá que era hallado con una mujer, le mataban secretamente con un garrote, e lo quemaban, e derribándole su casa (pág. 271), y tomábanle todo lo que tenía, y morían todos los encubridores que lo sabían y callaban.*

24. *No bastaba probanza para el adulterio si no los tomaban juntos, y la pena era que públicamente los apedreaban.*

Algunas de estas leyes no son auténticas, porque se sacaron de un librito de indios no auténtico, como esto: tras que se siguen las cuales son verdaderas.

En esto que se sigue no se trata más de decir y contar las leyes que los indios de la Nueva España tenían, en cuatro cosas: la primera es de los hechiceros y salteadores; la segunda es de los ladrones; la tercera es de lujuria; la cuarta de las guerras.

Capítulo primero, que trata de los hechiceros y salteadores

25. *Era ley que sacrificasen, abriéndolo por los pechos, al que hacía hechicerías para que viniese algún mal sobre alguna ciudad.*

26. *Era ley que ahorcasen al hechicero que con hechizos ponía sueño a los de la casa, para poder entrar más seguro a robar.*

27. *Ahorcaban a los salteadores de los caminos y castigábanlos muy reciamente.*

28. *Ahorcaban al que mataba con bebedizos.*

29. *Ahorcaban a los que por los caminos, por hacer mal, se fingían ser mensajeros de los señores.*

Capítulo dos, que trata de la lujuria

30. *Ahorcaban al que se echaba con su madre por fuerza, y si ella era consentidora dello, también la ahorcaban a ella, y era cosa muy detestable.*

31. *Ahorcaban a los hermanos que se echaban con sus hermanas.*

32. *Ahorcaban al que se echaba con su entenada, y ella también si había consentido.*

33. *Tenía pena de muerte el que pecaba con su suegra.*

34. *Apedreaban a las que habían cometido adulterio a sus maridos, juntamente con el que con ella había pecado.*

35. *A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido della*

acusaba, sino que había de haber testigos y confesión de los malhechores, y si éstos malhechores eran principales, ahogábanlos en la cárcel.

36. Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospecha o indicio, y aunque la tomase con otro, sino que los jueces lo habían de castigar (pág. 272).

37. En algunas partes castigaban al que se echaba con su mujer, después que le hubiese hecho traición.

38. Por la ley no tenía pena el que se echaba con la manceba de otro, excepto si había ya mucho tiempo que el otro la tenía, y por haber mucho que estaban juntos eran entre sus vecinos tenidos por casados.

39. Ahorcaban al... (cuilón) o somético y al varón que tomaban en hábito de mujer.

40. Mataban al médico o hechicera que daba bebedizos para echar la criatura la mujer preñada, y asimismo a la que lo tal tomaba para este efecto.

41. Desterraban y tomaban los vestidos y dábanle otros castigos recios, a los papás que tomaban con alguna mujer, y si había pecado contra natura, los quemaban vivos en algunas partes, y en otros los ahogaban o los mataban de otra manera.

Capítulo tercero, que trata de las leyes que había en las guerras

42. Cuando algún pueblo se rebelaba, enviaban luego los señores de los tres reinos que eran México, Texcoco y Tlacopan, secretamente, a saber si aquella rebelión, si procedía de todo el pueblo o sólo por mandado y parecer del señor de tal pueblo, y si esta rebelión procedía solamente del señor de tal pueblo, enviaban los señores de los tres reinos sobre ellos, capitanes y jueces que públicamente justiciaban a los señores que se rebelaban y a los que eran del mismo parecer. Y si esta rebelión era por parecer y voluntad de todo el pueblo, requeríanlos muchas veces a que fuesen sujetos como antes y tributasen, y si después de muchas veces requeridos no querían sujetarse, entonces dábanles ciertas rodelas y ciertas armas en señal de amenazas, y pregonaban la guerra a fuego y a sangre; pero de tal manera, que en cualquier tiempo que saliesen de paz los tales rebeldes, cesaba la guerra.

43. Era ley que degollasen a los que en las guerras hacían algún daño a los enemigos sin licencia del capitán, o acometían antes, o se apartaban de la capitanía.

44. Tenía pena de muerte el que en la guerra quitaba la presa a otro.

45. *Tenía pena de muerte y de perdimiento de bienes y otras muy graves penas, el señor o principal que en algún baile o fiesta o guerra sacaba alguna divisa que fuese como las armas o (pág. 273), divisas de los señores de México y Texcoco y Tlacopan, que eran los tres reyes principales, y algunas veces había guerra sobre ello.*

46. *Hacían pedazos y perdían todos sus bienes y hacían esclavos a todos sus parientes, al que era traidor avisando a los enemigos en la guerra, avisándoles de lo que se concertaba o platicaba contra ellos.*

Capítulo cuarto, que trata de los hurtos

47. *Hacían esclavo al que era ladrón, si no había gastado lo hurtado, y si lo había gastado, moría por ello, si era cosa de valor.*

48. *El que en el mercado hurtaba algo, era ley que luego públicamente en el mismo mercado le matasen a palos.*

49. *Ahorcaban a los que hurtaban cantidad de mazorcas de maíz o arrancaban algunos maizales, excepto si no era de la primera ringlera que estaba junto al camino, porque desta tenían los caminantes licencia de tomar algunas mazorcas para su camino.*

50. *Era ley y con rigor guardada, que si algún indio vendía por esclavo algún niño perdido, que hiciesen esclavo al que lo vendía, y su hacienda partiesen en dos partes, la una parte daban al niño y la otra parte al que lo había comprado, si los que le habían vendido eran más de uno, a todos los hacían esclavos.*

Estas son leyes de diversas

51. *Tenían pena de muerte los jueces que hacían alguna relación falsa al señor superior, en algún pleito, y asimismo los jueces que sentenciaban alguno injustamente.*

52. *Ahorcaban y muy gravemente castigaban a los hijos que gastaban mal la hacienda que sus padres les habían dejado, o deshacían para gastar mal, o destruían las armas y joyas o cosas señaladas que los padres les habían dejado, y asimismo tenían esta pena y castigo los que quedaban por tutores de algunos menores, si no daban buena cuenta a los hijos de los bienes de sus padres difuntos.*

53. *Tenían pena de muerte el que quitaba o apartaba los mojones, y términos o señales de las tierras y heredades.*

54. *El modo que tenían de castigar a sus hijos e hijas, siendo mozos, cuando salían viciosos y desobedientes y traviosos, era trasquilarlos y traerlos maltratados, y pinchándoles las orejas y los muslos y brazos.*

55. *Era cosa muy vedada y reprehendida y castigada, el emborracharse los mancebos hasta que fuesen de cincuenta años, y en algunas partes había penas señaladas (pág. 274).*

56. *Hacían esclavo al que vendía alguna tierra ajena, o que tuviese depositada sin licencia.*

57. *Era ley que el esclavo que estaba preso y se soltaba de la prisión, y iba a palacio, en entrando que entrase en el patio, era libre de la servidumbre y como libre podía andar seguro.*

58. *Era costumbre entre ellos, que los hijos de los señores y hombres ricos, en siendo de siete años poco más o menos entraban en los templos a servir a los ídolos, a donde servían barriendo y haciendo fuego delante de los templos y salas y patios, y echaban los inciensos en los fuegos, y servían a los papaguates, y cuando eran negligentes o traviosos o desobedientes, atábanles las manos y pies, y punzábanles los muslos con unas púas, y los brazos y los pechos, y echábanlos a*

rodar por las gradas abajo de los templos pequeños. Y más es de saber, que en México, y asimismo en Texcoco y Tlacopan, había tres Consejos, el primero era Consejo de las cosas de guerra; el segundo era adonde había cuatro oidores para oír los pleitos de la gente común; el tercero era el Consejo donde se averiguaban los pleitos que entre señores y caballeros se ofrecían o entre pueblos sobre señoríos o por términos, y deste Consejo en ciertas cosas señaladas daban parte al señor, que era como casos reservados a estos reyes y señores destos tres reinos que arriba están dichos.

**Estas son las leyes por las cuales
condenaban a algunos a que fuesen esclavos**

59. Hacían pedazos y perdía todos sus bienes y hacían esclavos a todos sus parientes, al que era traidor avisando a los enemigos en la guerra, avisándoles de lo que se concertaba o platicaba en el real contra ello.

60. Hacían esclavo al que había hecho algún hurto en cantidad, si aun no lo había gastado.

61. Otra ley, que si algún indio vendía por esclavo algún niño perdido,¹² y asimismo hacían

12 Falta algo.

esclavos a todos los que lo habían vendido si eran muchos.

62. Hacían esclavo al que vendía alguna tierra ajena, o que tuviese depositada, sin licencia (pág. 275).

63. En algunas partes era ley, que hacían esclavo al que había empreñado alguna esclava, cuando la tal moría de parto o por el parto quedaba lisiada.

64. Hacían esclavos a los que hurtaban cantidad de mazorcas de maíz, en los maizales de los templos o de los señores.

65. Por otras cosas también hacían esclavos, mas eran arbitrarias; mas estas sobredichas eran leyes que ningún juez podía dispensar en ellas, si no era matando al que las cometía por no hacerlo esclavo, y todo esto sobredicho es verdad, porque yo las saqué de un libro de sus pinturas, a donde por pinturas están escritas estas leyes, en un libro muy auténtico, y porque es verdad lo firmé de mi nombre. Fecha en Valladolid, a diez del mes de septiembre, año de mil y quinientos cuarenta y tres años, Fr. Andrés de Alcobiz.

**INTRODUCCIÓN A
LA HISTORIA
DEL PENSAMIENTO
JURÍDICO EN
MÉXICO**

PRÓLOGO

I

No es fácil, en muchos casos, titular una obra por breve y pequeña que ésta sea, pero conviene, sin embargo, dar un título a estos *Apuntes* que exprese, con su sólo enunciado, el contenido para el que están redactados; y, sin entrar en elucubraciones inútiles, creo que lo más concreto y eficaz para el título que se busca, sería llamar a estos *Apuntes* como *Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México*.

Dos elementos esenciales deberán aclararse o, si se quiere, recordarse, para fijar conceptos, a saber: conceptos de lo que es Historia, y conceptos fundamentales de lo jurídico. En primer lugar, qué debe entenderse por Historia. Sin pretender dar una definición, sino simplemente conceptos generales pero precisos, pudiera decirse que la Historia es el conocimiento y relato de la vida de la humanidad a través del tiempo y del espacio, en todas las esferas de su actividad, pero preferentemente en los de su vida psíquica y social (Renke).

Pudiera decirse también con Bernheim, que Historia es la ciencia que investiga y expone los hechos relativos a la evolución, en el espacio y en el tiempo, de los seres huma-

nos en sus actividades colectivas, y la relación psicofísica de causalidad que entre ellas existe, según los valores de cada época.

Es por lo tanto la Historia un conocimiento y una exposición de carácter científico y no una simple enumeración de hechos que serían propios de la estadística o de simples anales. El carácter científico de la Historia impone relación de causalidad de los hechos entre sí a través del tiempo y del espacio, sin lo cual no habría ciencia. En esta virtud, para que haya Historia es indispensable encadenar los hechos, de suerte que unos se vinculen a otros por relación de causalidad. Para ello, basta con un estudio somero de las épocas primitivas, para poder deducir las razones de los acontecimientos históricos, y la vinculación de unos respecto de otros. Esto, nos lleva prácticamente a los albores de la vida del hombre, ya que muchos de los fenómenos históricos o de los hechos de que se ocupa esta ciencia, tienen su origen en las épocas más remotas; y especialmente por lo que hace al Derecho, bien sabido es de todos que los pueblos y naciones que actualmente constituyen la humanidad tienen, en su gran mayoría, como antecedentes de sus instituciones jurídicas a los principios y doctrina elaborados en Roma. Es indispensable, por lo tanto, abordar nuestro tema desde épocas remotas, para que la investigación científica que la Historia pide, sea lo más completa posible.

El segundo concepto básico es el de lo jurídico, o, en otros términos, el concepto de Derecho. En primer lugar,

debe recordarse que el Derecho es norma o conjunto de normas; pero no es eso sólo, tiene también el significado de facultad o capacidad de acción. Conviene recordar, además, la íntima relación que existe entre estos dos conceptos expresados con el mismo símbolo. Además, Derecho significa ciencia, que los romanos identificaban con el término de *Jurisprudencia*. Los romanos también, dentro de aquella clásica definición que Ulpiano tomó de Celso y que consideraba elegante, expresaban que el Derecho era un arte.

La Historia del Pensamiento Jurídico o la *Historia del Derecho*, no solamente puede referirse a las normas que a través del tiempo han regido a un pueblo, sino a la relación que ha existido o que debió existir entre las normas y las facultades a las que aquéllas se aplican. Pero, además, las normas jurídicas son informadas por la doctrina, que en muchos casos las crea y en otros las interpreta o corrige; por lo tanto, comprende también el estudio de las ciencias del Derecho dentro de la doctrina expresada por los autores de más valía y de reconocida capacidad. Por último, es el Derecho no una ciencia teórica sino eminentemente práctica, o, en otros términos, es una técnica, vale decir, un arte.

Ni por el nombre ni por el espíritu, este libro es capaz de abarcar la Historia Universal del Derecho, sino que, concretamente, se refiere al Derecho o pensamiento jurídico en México y a sus antecedentes, ya que al desvincular al Derecho mexicano de sus antecedentes carecería

de un elemento básico que explique la razón de ser de nuestras instituciones y de nuestras normas; de esta manera, en más de una ocasión habrá que abordar temas que salen de la esfera mexicana, para buscar los antecedentes en sus lugares de origen.

Pero es de origen mexicano, todo aquello que habiéndose realizado en este territorio, dentro del ámbito jurídico, se tiene que tomar como antecedente de nuestro sistema jurídico actual, y nuestra Historia, si pudiéramos estudiarla en sentido inverso al cronológico, nos hace encontrar una bifurcación en nuestros antecedentes, cuyos rumbos uno se remonta dentro de los antecedentes hispánicos y el otro dentro de los americanos prehispánicos, por lo que habrá que abordar uno y otro aspectos de tales antecedentes.

Por lo que hace a los antecedentes hispánicos, y yendo siempre en el sentido contrario al cronológico, atravesamos diversas épocas, períodos y eras, cuyo punto de partida tiene que ser el primitivo grupo social de los *celtíberos*, y arrancando de ahí en orden cronológico descender a través de las colonias fenicias, griegas, cartaginesas para estudiar, con más detenimiento, la España romana en su aspecto pagano primero, y luego cristiano. Desaparecido el Imperio Romano, se atravesará por el período de los godos hasta la invasión sarracena; y de ahí, a lo largo de siete centurias de lucha, período usualmente llamado como la *Reconquista*, se encontrará el Derecho plenamente elaborado que España aportó a América.

En este continente existía también Derecho, y la lucha de los dos pueblos, el europeo y el americano, ofrece características de gran interés para poder determinar qué elementos hispánicos perduran, y qué elementos aborígenes sobreviven al encuentro de las dos culturas. Convendrá recordar, sobre este particular, un hecho sagazmente dilucidado por el maestro don Toribio Esquivel Obregón, que es el relativo a la manera y causas como el indio deformó su propio Derecho ante el contacto del hispánico, y cómo el español en América deforma también su Derecho tradicional, ante usos y costumbres del medio indígena.

Durante un período de tres siglos, se elabora un sistema jurídico que, siendo predominantemente hispánico, no carece de elementos indígenas, y aparecen instituciones de raigambre tal, que las normas posteriores no han logrado desvincular, cuando en otros casos han sido plenamente aceptados por los sistemas del México independiente. Este último período, desde la iniciación de la Independencia hasta nuestros días, tiene seguramente un mayor interés práctico para quien desempeña la profesión de la abogacía, pero para llegar a él es necesario examinar las épocas anteriores que explican y dan la razón de ser de multitud de nuestras instituciones actuales, y en otras ocasiones explican el por qué de dificultades y trastornos de orden jurídico y político, debido a una interrupción caprichosa en la tradición que las normas han pretendido cortar, siendo que subsisten en el espíritu, en las costumbres y en el alma misma de la nación.

Antes de terminar esta breve introducción, y volviendo al tema de la Historia, conviene también recordar que esta disciplina científica ha sido considerada de diversos aspectos por los autores o, si se quiere, vista de distintos ángulos. En efecto, la narración de la vida de la humanidad ha pasado a través de diversas etapas. Originariamente la Historia era fundamentalmente narrativa; más tarde, y ya apuntando algunos autores o historiadores griegos y latinos, comienza a descollar el aspecto didáctico o pragmático; y finalmente, surge un tercer aspecto llamado evolutivo o genético.

Estos diversos aspectos no son de desdeñarse, especialmente cuando se recurre a las fuentes de conocimiento histórico, como tendremos ocasión de hacerlo; pero debe tenerse en cuenta, además, que en los últimos tiempos se han formado tendencias o escuelas diversas, según el punto de vista con que el historiador aborda sus temas, o la preferencia que da a las causas que los determinan, y nos encontramos frente a historiadores en quienes el elemento dominante es el medio ambiente, para otros la fuerza del espíritu, y para otros lo económico. Baste citar los nombres de algunos de los más famosos de la Edad Media a nuestros días: San Agustín, Osorio, San Isidoro, Bossuet, Voltaire, Turgot, Comte, Condorcet, Marx, Burckhardt, Hegel, etc. En la actualidad, el materialismo histórico parece dominar entre ciertos ambientes, y la exposición que los autores de una y otra escuela nos suministren, deberá tenerse en cuenta dentro de las investigaciones más o menos especializadas. Teniendo en cuenta los conceptos esenciales de Historia y de Derecho,

parece conveniente dejar apuntadas otras dos cuestiones previas, antes de entrar propiamente en materia. Dichas cuestiones son:

- La importancia de los estudios histórico-jurídicos; y
- Las fuentes para esos estudios.

II

Pudiera pensarse que esta clase de investigaciones sólo aporta un complemento a la cultura jurídica, sin más finalidad que adornar con un barniz de erudición a quienes se dedican a la abogacía: barniz que se sobrepone a los conocimientos del jurista, pero sin conveniencia práctica alguna. Parece necesario aclarar esta duda, y al efecto analizar la conveniencia y utilidad de los estudios histórico-jurídicos.

La Historia proporciona conocimientos de los hechos pretéritos, y mediante ellos la comprensión y razón de ser de los actuales; pudiera decirse que es la Historia una especie de examen de conciencia, que no sólo nos da a conocer lo que fue, sino que explica lo que es. En el terreno de lo jurídico, las Leyes e instituciones vigentes en un momento dado no podrían, en muchos casos, tener explicación si no se conocen sus antecedentes. Fundamentalmente en las normas y organismos de orden constitucional de cada pueblo, la Historia suministra su razón de ser, aclara y revela su ineficacia cuando, en este caso, en vez de ajustarse a las necesidades del medio, se crean,

como a menudo acontece, a virtud de conveniencias circunstanciales de carácter económico, político y de partidismos interesados, desvinculando al pueblo de su pasado, desconociendo su tradición que constituye una especie de mayorazgo espiritual.

Pudieran citarse numerosos ejemplos para comprobar estos asertos. La Constitución Política que nos rige podría suministrar no pocos. Por una parte, nuestro sistema constitucional se aclara notablemente mediante sus antecedentes históricos, y por la otra se descubren sus deficiencias cuando se consideran todas aquellas cuestiones o aspectos en que ese sistema nos desvincula del pasado. En menor escala, no faltarían tampoco ejemplos de esto en la rama del Derecho Privado.

En esta virtud ¿qué mejor elemento interpretativo de las Leyes, que el conocimiento de su Historia? Y sin duda alguna que una de las primeras, más importantes y más prácticas funciones del jurista, es la interpretativa, ya que es un elemento esencial de la técnica jurídica, es decir la aplicación exacta de la Ley estableciendo su alcance y fuerza frente al hecho concreto al cual debe regir. Es, por lo tanto, la Historia no sólo elemento de erudición, sino disciplina práctica que facilita la formación del criterio jurídico de manera eficaz.

Es pertinente hacer notar el auge alcanzado por los estudios de Derecho Comparado; y se comprende, pues este aspecto de la ciencia jurídica no es simplemente

especulativa sino pragmática, es decir, tiene una importantísima utilidad práctica, ya que no es un simple cotejo de legislaciones sino una valoración de ellas con miras, en unos casos, a su unificación, y en otros se busca la armonización de las diversas normas o de situaciones que caen bajo el imperio de diversos preceptos; o bien, se busca la adaptación por una legislación de normas de la otra. Este estudio se hace entre legislaciones de dos pueblos distintos pero contemporáneos. Pues bien, la comparación puede hacerse entre sistemas de un mismo pueblo pero de épocas distintas. La primera es la forma de especulación y estudio científico que se conoce como Derecho Comparado; la segunda no es sino la Historia del Derecho, y seguramente que ésta es por resultados más eficaz e importante que aquélla. En efecto, mediante la Historia del Derecho se investigan los antecedentes de un sistema jurídico que no sólo conducen al mejoramiento del vigente, sino que lo explican y descubren sus errores, debido a que existen relaciones de causalidad entre los extremos que se comparan, lo que no sucede usualmente en el llamado Derecho Comparado.

En el Derecho Comparado se tiene como primordial razón la finalidad, en tanto que en la Historia del Derecho, sin descartar su fin, existen además razones de causalidad. Pudieran compararse estos dos aspectos de los estudios jurídicos, con los que se hagan respecto de las personas individualmente consideradas: ¿cuánto más importante es el conocimiento de sí mismo, que el conocimiento del prójimo? La Historia del Derecho, estudio

comparativo del Derecho a través del tiempo; mientras que el del Derecho Comparado se realiza a través del espacio.

Es verdad que, a menudo, resulta más atractivo seguir o adaptar las normas de otra legislación contemporánea, en lugar de readaptar las propias; pero ésto obedece, en primer lugar, a la ignorancia que un pueblo tiene de sí mismo, y que es más fácil prohijar lo que otro ha elaborado que investigar el propio pasado; es seguir la Ley del menor esfuerzo disfrazada con aparente erudición de lo ajeno, la ignorancia de lo propio; en segundo lugar, es condición humana el atractivo de las novedades y el menosprecio de lo que se considera envejecido, como acontece entre los individuos, que siendo por lo general más fuerte el ejemplo del padre o el del hermano frente al de un extraño, se sigue a éste con pretexto de amoldarse mejor a los tiempos en que se vive, desdeñando la experiencia y desinterés del padre por satisfacer mejor otra clase de instintos y apetitos.

En resumen, la Historia del Derecho es de importancia:

- Para conocer y apreciar la razón de ser de las instituciones jurídicas de un momento dado;
- Como medio eficaz de interpretación de la Ley;

- Como disciplina intelectual para la formación del criterio jurídico; y
- Como medio para conocer y valorizar la Historia General o Nacional.

En relación con este último punto, no cabe duda, como decía Ortolán, que todo historiador debe ser jurista y todo jurista debe ser historiador.

III

Al hablar de Fuentes del Derecho, dos clases de ellas se pueden tomar en consideración, a saber: fuentes formales y fuentes de conocimiento. Aquéllas constituidas por el conjunto de elementos de diversa índole, que crean o hacen surgir al Derecho, como son los documentos, informes y datos que nos hacen conocerlo. En el caso, sólo éstos nos interesan.

Hemos recordado que la palabra Derecho tiene diversas connotaciones: la de norma, la de facultad, la de ciencia y la de arte, y a cada una de éstas corresponde una serie de fuentes de conocimiento especiales. El Derecho como norma, nos es conocido por la Ley en sus diversos aspectos o denominaciones; éstas pueden ser las de la Ley propiamente dicha: constitución, decreto reglamento, pragmática, ordenanzas, etc., etc. Pero debe tenerse en cuenta que, además, existe la Ley no fijada por escrito sino de carácter consuetudinario, y en esta virtud, habrá

que considerar como fuente de conocimiento todo aquello que constituya la costumbre dentro del terreno jurídico.

El Derecho como facultad, encuentra sus fuentes de conocimiento en todo el conjunto de elementos que constituyen la vida de un pueblo o de una sociedad; es decir, en la Historia misma de su aspecto general. En cuanto al Derecho como ciencia, tiene como fuente el conjunto de obras de doctrina de los juristas a través de todos los tiempos. Por último, el Derecho en cuanto arte o técnica, se conoce en virtud de la aplicación práctica que de las normas hacen los jueces y tribunales, o en otros términos, por los funcionarios encargados de decir el Derecho, que es lo que constituye la Jurisprudencia con el significado usual actualmente.

De lo anterior, es fácil deducir la multiplicidad de fuentes para el estudio de la Historia del Derecho, de las cuales unas son fuentes jurídicas, en tanto que otras no tienen este carácter, sino que están constituidas por un conjunto de elementos históricos o auxiliares de la Historia que, como otras tantas ciencias, la informan.

CAPÍTULO I

DIVISIÓN DE LOS DIVERSOS PERÍODOS DE LA HISTORIA

Ya sea la Historia Universal, ya se trate la de una nación u otra de carácter especial, se hacen divisiones por eras, períodos, épocas o edades, análogamente a lo que acontece con los estudios científicos de cualquier índole que sean, en los que el conjunto de las materias o temas a tratar se agrupan por partes separadas. Tal costumbre no obedece a la existencia de una solución de continuidad entre los diversos períodos históricos o en las partes de una ciencia, sino que, por el contrario, la continuidad es, especialmente en tratándose de la vida humana, elemento esencial de historicidad como lo hace notar, entre otros autores, Burckhardt. El procedimiento de la división no obedece a razones objetivas, es decir, al tema, sino a deficiencias subjetivas, ya que la inteligencia humana no es capaz de abarcar la integridad de todo lo que se propone conocer, sino por partes, fraccionando la materia a la manera que se hace con los alimentos que, requiriéndolos en cierto volumen para la subsistencia, necesitamos, por razones de incapacidad física, despedazarlos.

Tal manera de proceder resulta ser, a menudo, arbitrario, y ya que es muy difícil, cuando no imposible, marcar

los linderos de las épocas, y fácil es darse cuenta de esto examinando no las subdivisiones, si no las más usuales y admitidas entre las divisiones de la Historia: Antigua, Media, Moderna y Contemporánea.

Estas observaciones, tienen por objeto hacer notar que la vida de la humanidad, o determinado aspecto de ella como el jurídico, que es el que nos interesa, no ofrece interrupciones que desconecten un momento de otro que le sucede, sino que, por el contrario, hay una relación íntima entre todos ellos, sin lo cual el aspecto científico, o sea la historicidad, desaparece. Con miras, por lo tanto, a simplificar el estudio, hacemos divisiones que, por otra parte, son usuales, pero sin perder de vista la continuidad.

Como ya se ha hecho notar, antes que se realizara el encuentro de las culturas europeas y aborígenes de América, nuestra materia se bifurca, y habrá que estudiar por separado:

- El Derecho hispánico; y
- El Derecho indígena, especialmente el de la cultura imperante al momento del encuentro de ambas, o sea el Derecho Azteca.

El segundo no admite razonable división como veremos en su oportunidad; en cuanto al primero es usual dividirlo, y seguiremos este método en las siguientes partes:

- Derecho en España durante la época pre-romana (orígenes al año 219 a. de J.C.);
- Romanización de España y Derecho Romano provincial (219 a. de J.C. al 419 d. de J.C.);
- Derecho Bárbaro y Visigótico en España, con sus antecedentes y sus repercusiones a épocas subsecuentes (419 a 711 de la Era Cristiana); y
- Derecho durante el período usualmente llamado de la *Reconquista* (711 a 1492).

Abordemos por su orden el primero de ellos.

Derecho pre-romano en España

Desde luego surge el problema para encontrar las fuentes, ya que no se cuenta con información directa de los primeros habitantes de la península ibérica acerca de cuál haya sido su vida y su Derecho. Sin escritura, y probablemente con escasos conocimientos de ellos mismos, habrá que recurrir a fuentes extrañas, completándolas con los datos que las investigaciones arqueológicas y etnográficas puedan suministrarlos.

Sir Henry Maine, en su clásica obra *The Ancient Law*, nos dice:

“Los rudimentos del estado social (en pueblos primitivos) en cuanto nos son conocidos, los son a través de tres clases de testimonios: relatos de observadores contemporáneos de civilizaciones menos avanzadas a las que ellos pertenecen; informes que algunas razas han conservado de su primitiva Historia; y las Leyes antiguas”.¹

Al primer grupo pertenecen los relatos de los romanos respecto de las civilizaciones menos avanzadas, como eran las de los habitantes de la península ibérica; pero estos relatos deberán siempre tomarse con cautela, debido a que el relator suministra sus datos de acuerdo con su propio estado de cultura, desfigurando no poco la realidad, como habrá ocasión de ver más tarde al tratar a los cronistas españoles como informantes de los hechos propios de los aborígenes de América. Los informes que se conservan de épocas primitivas son menos inseguros, cuando se manifiestan mediante una tradición ininterrumpida. En cuanto a las Leyes primitivas, salvo algún elemento consuetudinario, es difícil encontrar otro, pues en la mayoría de los casos esas Leyes no han quedado fijadas por escrito.

Los autores al tratar del Derecho entre los primeros habitantes de la península ibérica, comienzan por hacer una exposición de los orígenes raciales, pero este tema de carácter etnográfico nos apartaría del nuestro, de manera que resumiendo las teorías más generalizadas, baste

1 Maine, Sir Henry. *The Ancient Law*. Pág. 71.

decir que los primeros habitantes formaron parte de una raza mediterránea, constituyendo un imperio *ibérico-líbio* de igual origen que los *ligures*, y que en lo que después fue España se conocieron con el nombre de *iberos*. Otra raza, probablemente de origen ario que después de varias migraciones llegaron procedentes del norte al occidente de Europa, son los *celtas*, que radicados preferentemente en los extremos suroeste y noroeste de la península, y semi-fusionados con los habitantes que ahí se encontraban, constituyeron la población usualmente conocida por *celtíberos*.

En cuanto a la organización social, se constituyeron en tribus autónomas, ocupando cada tribu determinada localidad, dentro de la cual se formaban las aldeas provistas de fortificaciones y torres para la defensa de otras tribus. Las diversas tribus no tenían un poder superior común, pero solían confederarse impulsadas por necesidades de guerra o de comercio. Digna es de notarse esta peculiaridad, que quizás explique la tendencia individualista y aún separatista, característica en España en épocas posteriores. Existió en España, como en Grecia y en Roma, el vínculo de hospitalidad entre los miembros de la tribu y de los forasteros.

Al frente de cada tribu, había un jefe que en unas ocasiones era elegido y en otras heredaba; y en algunos casos la autoridad se ejercía por dos personas, una con carácter civil y la otra militar. Parecen haber existido asambleas que los autores romanos llamaban con término y signifi-

cado latino, *Senatus* y *Concilium*. Además, existían grupos o clases, probablemente de origen familiar, que los romanos, siguiendo sus costumbres, llamaban *gentes*, cuyos miembros se unían entre sí mediante un culto común y enterramientos especiales o propios de cada *gens*. El clan o *gens* debía responder por las obligaciones de sus miembros, ya fuera cubriendo multas o sanciones, ya vengando las ofensas a uno de ellos.

Existían clases sociales: unos eran libres y otros esclavos, y entre los primeros había una aristocracia de donde salían los magistrados o jefes. Se encontraban lazos de clientela análoga a la romana, en virtud de los cuales los clientes o *soldurios* se obligaban a servir a sus amos o patronos hasta la muerte, ya que un *soldurio* no debía sobrevivir a su jefe. Un arraigado sistema religioso dominaba a todos los habitantes de la península, cosa por cierto no exclusiva de los celtíberos sino de todos los pueblos indo-europeos, como lo ha demostrado plenamente Fustel de Coulanges en su obra "*La Cité Antique*".

Según Troyo Pompeyo, los celtíberos tenían como rasgos especiales de su carácter una dura y austera sobriedad (*dura omnibus et adstricta parsimonia*), además de una gran resistencia a la fatiga y un vehemente temperamento (*corporum humanorum duritia, vehementia cordis*). Plinio confirma estos datos que, sin duda, son característicos del español de toda época.

Estrabón nos suministra algunos informes más propios del Derecho Privado del pueblo que nos ocupa, según los

cuales aparece que la familia era monogámica por lo común; el matrimonio se celebraba con solemnes ceremonias religiosas; en algunas tribus, especialmente las de los cántabros, el marido debía dotar a la mujer, sin duda como reminiscencia de la compra de la mujer por aquél. Según Séneca, al matrimonio precedían los esponsales con himnos y ritos en honor de *Ceres*.

Solían hacerse repartos de tierras en ciertas regiones, para ser trabajadas individualmente, pero las cosechas se distribuían en la comunidad, caso digno de notarse por la persistencia que tuvo este uso más tarde. En cuanto al Derecho Penal, debe mencionarse que las penas eran aplicadas por los jefes, y usaban a menudo la de muerte. A veces, las cuestiones se resolvían por medio de desafío o combate individual.

Entre este primer período y el de la romanización, otros acontecimientos tuvieron lugar que pusieron a la península ibérica y a sus habitantes en relación con otros pueblos de la cuenca del Mediterráneo, y recibieron de ellos ciertas influencias que deberán tomarse en cuenta. Tales acontecimientos son el establecimiento de las colonias fenicias, griegas y cartaginesas. Las dos primeras se redujeron a algunos puntos de las costas, en tanto que la tercera penetró en buena parte del territorio ibero.

Colonias fenicias

Los fenicios eran un pueblo de raza semita que procedía del Asia Menor, donde habitaban una faja de tierra

comprendida entre el monte Líbano y el mar Mediterráneo. De acuerdo con las características de la raza a la cual pertenecían, se destacaban por sus actividades mercantiles que realizaban mediante audaces expediciones marítimas, convirtiéndose pronto en los grandes comisionistas de la antigüedad, en su tráfico entre Oriente y Occidente.

Sus centros principales eran *Aranus*, *Byblos* y *Sidón*, habiendo suplantado a ésta *Tiro*. Desde estos lugares enviaban a sus emisarios para establecer depósitos de mercancías y factorías mercantiles. Estas colonias mercantiles eran establecidas unas por cuenta del estado, en tanto que las otras procedían de la iniciativa privada.

A manera de lo que acontecía en *Tiro*, el gobierno de las colonias se depositaba en dos funcionarios llamados *suffetes*, que gozaban de atribuciones administrativas y judiciales; y además, existían en ellas un magistrado encargado de la hacienda, a quien se denominaba *sofer*.

Entre los objetos del comercio de dichas colonias, hay que mencionar los metales preciosos, la pesca y el gusano de seda. Las principales colonias establecidas en la península ibérica, fueron las de *Gadir* (Cádiz), *Malaca* (Málaga) y *Abdera* (Adra); pero debe tenerse en cuenta que los fenicios que constituían estas colonias no se fusionaron con los iberos; ellos fueron propiamente lo que se denomina colonos, pero no por eso dejaron de aportar a España dos elementos de gran importancia: el alfabeto y la moneda.

Colonias griegas

El comercio entre griegos y españoles se inició desde el siglo VII a. de J.C., y lo comenzaron los mercaderes de Rodas, y más tarde se unieron los *focenses* de Marsella y otros grupos más; se extendieron hasta las costas de Galicia en el noroeste de la península ibérica, y ocuparon con sus colonos diversos puntos de las costas del Mediterráneo, así como de las Islas Baleares.

El fin de esta colonización griega fue también el comercio, como lo había sido el de los fenicios. Nada se sabe de cierto -dice el maestro Esquivel Obregón- acerca de las instituciones jurídicas y políticas de las colonias griegas, y sólo puede conjeturarse el género de relaciones que tenían con los iberos por el hecho de que *Ampurias*, la más floreciente, estaba dividida en dos por una muralla que separaba la población griega de la nativa; la primera, del lado del mar, dejaba a los griegos en libertad de salir en sus barcos a comerciar.

La extensión del comercio griego en la cuenca del Mediterráneo, explica cómo desde la antigüedad se tomaban en cuenta las reglas del Derecho Mercantil adoptado por dichas colonias griegas como costumbre universal, hasta llegar a ser la *Ley Rodia* parte del Derecho Mercantil del mismo sistema jurídico romano.

Colonias cartaginesas

Los cartagineses, como los pueblos que los precedieron en el establecimiento de colonias en la península ibérica,

mantuvieron, en general, su independencia racial, pero la penetración fue mucho más amplia que las anteriores de fenicios y griegos, pues penetraron prácticamente hasta orillas del Ebro, y establecieron intercambio de tropas cartaginesas e ibéricas, de manera que aquéllas constituyeron las guarniciones en España, y éstas formaron gran parte del ejército cartaginés en África.

Además de los motivos comerciales y la competencia con los comerciantes del Mediterráneo, la ocupación de España por los cartagineses se debió a fines militares, en vista de las luchas emprendidas por Cartago contra Roma, que en la Historia se conocen como las *Guerras Púnicas*. Esta guerra ocasionó el establecimiento de colonias militares y que la lucha entre las dos rivales, Roma y Cartago, se realizara en gran parte en el territorio ibero.

Entre los principales centros que los cartagineses establecieron en España fue *Cartago Nova* (Cartagena), y su organización civil se sabe que fue a imitación de la metrópoli, una especie de timocracia, como lo expresa el maestro Esquivel Obregón. Según Tito Livio, en Cartagena había un Senado al que gobernaban gran número de comerciantes, que fueron declarados esclavos como consecuencia del triunfo de *Escipión*. Esta lucha entre Roma y Cartago, ocasionó la cuarta y definitiva colonización de España realizada por Roma.

CAPÍTULO II

ROMANIZACIÓN DE ESPAÑA

En la lucha entablada entre romanos y cartagineses, aquéllos desembarcaron en España, cuyo territorio fue el campo de las batallas entre ambos contendientes; y al finalizar las *Guerras Púnicas*, Roma se encontró dueña de las colonias en España. La fuerza expansiva de Roma hizo que se extendiera su dominio a través de toda la península, lo que no se logró repentinamente, sino que fue una labor de dos siglos, ya que no fue sino hasta que Augusto imperaba en Roma, cuando se logró por ésta reducir a los últimos opositores que se habían hecho fuertes en los montes Cantábricos.

Los más grandes generales de Roma intervinieron en esa labor de conquista; Catón el Censor, Escipión, Tiberio Sempronio Graco, Servio Sulpicio y otros más, tuvieron que mostrar sus habilidades en el territorio ibérico, siendo además campo de las luchas entre César y Pompeyo.

De varios medios, además de las armas, se valieron los romanos para realizar su obra, y entre ellos deben mencionarse la habilidad y afán de construcción (*infinita cupiditas aedificandi*), con lo que lograron llenar a España de edificios y, especialmente, cruzarla con carreteras en todas direcciones, lo que facilitó el movimiento

de las armas y las relaciones comerciales. La región sur, o sea la *Bética*, fue la región primeramente incorporada al estado romano, y a éstas siguieron más tarde la *Terraconese* y la *Lusitana*.

No siguió Roma en la organización de sus provincias procedimientos iguales en todos los casos, ya que en unas ocasiones otorgaba franquicias a las poblaciones a quienes sometía, en tanto que otras veces les desconocía prácticamente todo derecho. En los primeros casos, lo usual fue otorgar especie de constituciones locales, mediante las llamadas *fórmulas provincias*, que daban a cada región su organización, y a los directores de ellas las facultades administrativas y judiciales se hacían constar en dichas fórmulas. Son ejemplos de estos procedimientos, las Leyes que otorgaron a Salpensa y a Málaga con las denominaciones que se conocen en la Historia como *Lejes Fluviae Salpensana et Malacitana*; siendo además otros ejemplos la *Lex coloniae Genetivae Juliae*, que organizó la colonia romana de *Urso* (Osuna). Estas Leyes emanaban generalmente del Senado, y encerraban todas las normas esenciales relativas a la organización del territorio y las funciones de sus gobernantes.

La cultura romana penetró desde luego en la región sur, y cundió al grado de que en el siglo I de nuestra era, surgieron en España personajes que pueden contarse entre los más notables en las letras y en la política romanas. Bastará citar, entre los primeros, a los Sénecas, padre e hijo, a Quintiliano, a Marcial y a Lucano; y entre

los segundos, que llegaron hasta los primeros puestos de las magistraturas romanas, a emperadores como Trajano, Teodosio y Adriano.

Ante esta completa romanización, fácil es comprender que el Derecho de Roma penetró en España y fue la Ley propia de esa provincia, aún cuando sin que sus habitantes gozaran desde luego de la plenitud de los derechos de ciudadanos, salvo en aquellos casos en que, según la costumbre romana, sólo se otorgaran a determinados núcleos de población o a los colonos romanos, quienes por derecho propio ya gozaban de esa prerrogativa.

Conviene recordar que el derecho de ciudadanía comprendía atribuciones y facultades de dos órdenes, a saber: de orden público, como eran el *jus suffragii* y el *jus honorum*; y de orden privado el *conubium*, el *jus commercii* y la *factio testamenti*. El conjunto de estos derechos constituían los de ciudadanía, y Roma no concedió la plenitud de ellos a todos aquéllos a quienes iba incorporando en el estado. En el siglo I, bajo el emperador Vespasiano, se concedió a todos los habitantes de España el derecho de ciudadanía, más de un siglo antes de que se otorgaran los mismos derechos a todos los habitantes del Imperio, en virtud del *Edicto Antoniniano* expedido por Caracalla.

Los presidentes de provincia, dentro de las funciones propias de todo magistrado romano, gozaban del *jus edicendi*, o sea la facultad de expedir edictos, que no eran sino la forma de reconocer, declarar o a veces corregir el

Derecho, dentro de las funciones de gobierno que les eran propias; y en esta virtud, de las provincias hispánicas surgieron no pocos edictos que habían de engrosar la labor realizada por los magistrados romanos, y que a principios del siglo II fueron compilados por orden de Adrián y labor de Salvio Juliano, en el llamado *Edicto Perpetuo*, *Edicto Salviano* o *jus honorarium*, síntesis de la labor de los magistrados durante más de cuatro siglos, entre los cuales el *Pretor* se distinguió por sus funciones de aplicar, suplir o corregir el Derecho Civil primitivo (*adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civili*).

A partir del siglo I antes de nuestra era, y hasta que se iniciaron las invasiones bárbaras del año 409 d. de J.C., con la penetración de los *suavos*, *vándalos* y *alanos*, España se desarrolló y vivió como parte integrante de Roma en pleno estado de romanización, tanto por lo que se refiere a la cultura general, cuanto por la aplicación de su Derecho y aceptación del idioma latino. Esta romanización de España, interesante para nuestro objeto, por lo que hace al aspecto jurídico, amerita que se haga una breve síntesis de lo que fue, en esencia, el Derecho de Roma, para apreciar, al menos en su parte externa, el Derecho que rigió a los españoles durante el citado período.

CAPÍTULO III

DERECHO ROMANO

(Primera Parte)

Tres veces ha dictado Roma Leyes al mundo, dice Ihering iniciando su obra clásica *El Espíritu del Derecho Romano*; tres veces ha servido como lazo de unión entre los pueblos; por la unidad del estado primero, cuando el pueblo romano estaba aún en la plenitud de su poder; por la unidad de la Iglesia enseguida, después de la caída del Imperio Romano; y la tercera vez, por la unidad del Derecho cuando habiendo éste renacido a fines de la Edad Media, se realizó el fenómeno que los historiadores alemanes llaman la recepción de los Derechos extranjeros, y en virtud del cual se aceptó el Derecho de Roma como Derecho propio de las diversas naciones de Europa.

Esto sin duda se debe a la especial aptitud que tuvo Roma para crear una técnica jurídica insuperable antes de ella, y posiblemente insuperable también en épocas posteriores. Cuando un pueblo empieza a salir del estado de barbarie, en el que sólo instituciones rudimentarias proveen a sus necesidades esenciales la existencia análoga en todos los grupos sociales primitivos, va apareciendo con características técnicas, cierta inclinación que revela disposiciones especiales. La individualidad de cada uno de esos pueblos comienza a manifestarse, y descubre una

misión y una vocación especiales. El conjunto de las concepciones de que es capaz la humanidad, y los provechos que de ellas obtiene, son demasiado numerosas para que puedan pertenecer a sólo un pueblo o grupo social, y acontece, y la Historia lo comprueba, que unos pueblos se destacan por sus inclinaciones y sus habilidades en determinado sentido, pero unos y otros se completan y la colaboración de todos es lo que constituye la civilización universal.

La colaboración de cada pueblo en la civilización, no es de igual intensidad en cada uno de ellos ni de la misma importancia, pues varía según el poder intelectual y el valor físico y moral, en algunas ocasiones de muy escasa importancia, pero en otras desbordante, y no se concreta a una época sino que tiene un alcance a través del tiempo; a veces, la influencia de un pueblo se deja sentir fuertemente sobre el resto de la humanidad y perdura por siglos, de manera que millones de seres de muchas generaciones son tributarios de un sólo pueblo, por determinado aspecto de su labor civilizadora.

A Roma tocó, desde sus principios, la misión de la guerra y la vocación del Derecho. Desarrolló en la antigüedad, al grado más alto, la ciencia militar, pero no la utilizó sino sometiendo todos sus aspectos a la disciplina, conformándola a una regla; y la regla, cuando se trata de relaciones entre individuos y la colectividad a la que pertenecen, es precisamente el Derecho.

La importancia del Derecho Romano para el mundo moderno, no consiste únicamente en haber sido, en un

momento dado, la fuente del Derecho, éste es pasajero; su importancia y su autoridad residen en la profunda revolución interna, en la transformación concreta de nuestro pensamiento jurídico, ya que el Derecho Romano es, después del Cristianismo, el elemento civilizador mas grande.

No sería posible trazar la Historia del Derecho, sea la Universal o la especial propia de un estado o pueblo, sin vincularla a sus antecedentes o relaciones con el Derecho Romano. En esta virtud, y dando por conocidos los elementos esenciales del Derecho de Roma entre los estudiosos, habrá que hacer breve mención de lo que fue en su esencia este Derecho, y de la trascendencia que ha tenido dentro de la civilización y la cultura hasta nuestros días. Resumir la vida del Derecho de Roma que, como norma de vida se aplicó durante catorce siglos, es cosa muy ardua, de manera que sólo se hará en la forma más breve posible.

Conviene recordar las divisiones que los autores hacen de la vida del Derecho Romano. Unos se basan en los cambios políticos, otros en las transformaciones jurídicas y otros en un sistema mixto que es el usualmente seguido. Éste considera cuatro períodos en la vida del Derecho de Roma, a saber: el primero, parte de la fundación de Roma en el año legendario de 753 antes de nuestra era, y termina con la expedición de la Ley de las *Doce Tablas* el año 301 de la fundación de Roma, o 453 antes de nuestra era; el segundo desde esta fecha, hasta el advenimiento

del Imperio bajo Augusto; el tercero de Augusto a la muerte de Alejandro Severo; y el último, desde este acontecimiento hasta la muerte de Justiniano, en el año de 565 de nuestra era.

Por razón de origen, el Derecho, durante el primer período, fue esencialmente consuetudinario, pues aún cuando se mencionan las *leges regiae* por una parte, y por la otra se atribuyen funciones legislativas a los *comicios* por *curias*, históricamente no puede comprobarse la función legislativa de los reyes sino al sancionar costumbres inveteradas, ni tampoco existen datos acerca de la expedición de Leyes por los citados *comicios*. Si es verdad que la función propia del rey debe haber comprendido la de expedir Leyes, parece ser que éstas, al menos las que se les atribuyen, tienen más el carácter de rituales religiosos que el de fuentes de Derecho. La compilación llamada *Jus Papinianum* que debió encerrar Leyes regias, no es de la época primitiva de Roma, sino de fines de la República o principios del Imperio. Por lo que hace a las características internas del Derecho primitivo, se señalan como esenciales las de haber sido exclusivo de los ciudadanos, rigurosamente estricto en su aplicación, formulista en su expresión, y en su desarrollo y evolución marcadamente conservador.

La mayor parte de ese primer período, en cuanto al Derecho Público se refiere, se caracteriza por el sistema monárquico desempeñado, sucesivamente, por una serie de siete reyes, a quienes la tradición reconoce con los nombres de Rómulo, Numa Pompilio, Tulo Hostilio, Anco

Marcio, Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio, y a quienes asigna características especiales individuales, siendo las más importantes al primero como fundador y organizador del estado; al segundo como religioso, ya que reglamentó el culto bajo inspiración de la *Ninfa Egeria*; Tarquino, el primer rey etrusco después de los cuatro primeros latinos; y Servio Tulio el transformador de la organización social y comicial.

Al lado de los reyes, se encuentra el Senado constituido por los *patres* o *seniores* en número de cien, encargado de asesorar al rey y refrendar sus resoluciones; y las asambleas populares o *comicios* al principio por *curias*, y desde Servio Tulio por *centurias*, a las que la tradición legendaria atribuye funciones legislativas, históricamente no confirmadas respecto de los primeros.

El segundo período, se caracteriza por la promulgación de la Ley de las *Doce Tablas*, punto de partida de la legislación escrita. Aparecen en él las diversas magistraturas del sistema republicano: cónsules, pretores, ediles, cuestores, etc., y mediante los edictos que expiden, especialmente los de los pretores, comienza la fusión del primitivo Derecho Civil o Derecho *Quiritario*, con el Derecho de Gentes común de los pueblos a los que Roma iba incorporando dentro de sus fronteras. La equidad, propia del *Jus Gentium*, suaviza la rigidez del Derecho Civil. Aparecen en este segundo período los juristas cuyas respuestas, dictámenes y enseñanzas contribuyeron a la evolución del Derecho. El Senado llega a ser importantísimo en su

función legislativa al final de esa época, y es el orientador y guía de toda la política tanto exterior como interior de Roma.

En el tercer período el Derecho Romano alcanza su apogeo; la fusión del Derecho Civil y del Derecho de Gentes se consuma en una síntesis de técnica jurídica como puede apreciarse por la doctrina de los más famosos jurisconsultos de ese período que en buena parte ha llegado hasta nosotros: Gayo, Ulpiano, Modestino, Paulo, Papiniano, por citar los más famosos. En la función legislativa, se encuentra notablemente armonizada la expresión social o popular con la estatal.

El cuarto y último período es el de decadencia. La voluntad imperial es la única que se hace sentir en la confección de la Ley, ya que las demás fuentes han desaparecido. La técnica jurídica no se perfecciona más; los magistrados han sido absorbidos por la personalidad del emperador; los juristas han perdido su antigua pericia en la formación del Derecho, y sólo se reducen a compilarlo, cosa de mucho menor mérito que ha tenido para nosotros la ventaja de hacérselo conocer, y ésta fue la labor de Triboniano y sus ayudantes Cratino, Juan, Mena, y otros de las escuelas de *Berito* y *Constantinopla*.

Supuestos estos antecedentes generales, conviene examinar someramente las fuentes formales del Derecho Romano. En primer lugar la costumbre, y después de ésta la Ley, los plebiscitos, los senado-consultos, los edic-

tos de los magistrados, las respuestas de los prudentes y las constituciones imperiales.

La Ley, como fuente formal del Derecho Romano, la definen las *Institutas* de Justiniano como lo que el pueblo romano establece a propuesta de un magistrado senatorial como un cónsul (*lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti, consule, constituebat*). De esta exacta definición se desprende, como es verdad en los hechos, que la Ley se expide en virtud de una especie de acuerdo o contrato entre el pueblo y el estado, representado éste por el magistrado proponente, y así la obligatoriedad de la Ley nace de ese recíproco acuerdo; es decir, de la voluntad del pueblo en someterse a la Ley que se le propone, y no de la coacción de la autoridad que se impone dictatorialmente.

Plebiscito es lo que la plebe dispone, a propuesta de un magistrado plebeyo, como el tribuno; definición paralela a la de la Ley, pero en lugar de provenir de la disposición del pueblo romano procede de la plebe, desde el momento en que le fue concedida esta facultad, pero las normas emanadas de la plebe sólo obligaban a ella hasta que en épocas posteriores se decretó por tres veces, siendo la última la *Ley Hortensia*, que lo que la plebe ordenara sería acatado por el pueblo. Estas atribuciones de la plebe fueron las primeras conquistas que obtuvo en la lucha entablada con el pueblo romano, quien defendió durante siglos su situación privilegiada frente al grupo de población desprovisto de derechos que constituía la plebe.

Los edictos de los magistrados eran las normas, reglamentos u órdenes que éstos expedían dentro de las atribuciones que les eran propias, en los puestos que desempeñaban. Entre los magistrados, fue el *Pretor* quien más eficazmente contribuyó a amoldar el Derecho a las necesidades del momento, y especialmente las fórmulas o edictos que él expedía fueron el procedimiento más eficaz, para que el Derecho Civil primitivo se fusionara paulatinamente con el Derecho Común o de Gentes de todos los pueblos. Conviene recordar que en Roma existieron dos *Pretores*, uno que conocía de las contiendas entre ciudadanos, y otro que se avocaba al conocimiento de los casos a discusión entre ciudadanos y no ciudadanos; este segundo *Pretor*, llamado *Peregrino*, fue el que más eficazmente fusionó en una admirable síntesis el Derecho Civil o *Quiritario* con el Derecho de Gentes.

Los dictámenes o respuestas de los jurisconsultos provienen de las opiniones, informes e instrucciones que los que se dedicaban al estudio de la ciencia del Derecho daban a quienes les consultaban, o a los alumnos a quienes enseñaban. Su prestigio obedeció no únicamente a su capacidad en el conocimiento del Derecho, sino a su extraordinaria honorabilidad, de manera que sus opiniones eran respetadas por legisladores y magistrados, constituyendo así una fuente formal del Derecho. Al iniciarse el Imperio, Augusto otorgó a estos funcionarios la facultad de dictaminar a nombre del mismo emperador o príncipe, y desde ese momento, además del prestigio moral de que gozaban, sus opiniones tenían la fuerza de dictamen estatal.

Los senado-consultos fueron los dictámenes que el Senado expedía a consulta de magistrados o autoridades; pero al final del período de la República, y más concretamente al iniciarse el Imperio, el Senado formulaba sus dictámenes *motu proprio*, es decir sin ser consultado previamente, y ante el prestigio de que gozaba este cuerpo colegiado sus dictámenes, así expedidos, se consideraron como normas, y por lo tanto como fuentes del Derecho. Conviene recordar que el Senado, establecido desde los orígenes de Roma, fue el cuerpo colegiado que trazó la política del estado tanto en sus relaciones exteriores como en su vida interior.

Las constituciones imperiales, sexta y última de las fuentes formales del Derecho, se inician en el tercer período, o sea en el Imperio. El primer mandatario o príncipe, más tarde conocido como emperador, en sus funciones magisteriales, expedía edictos que se consideraron como Leyes, y además de estos edictos dictaba sentencias, daba instrucciones a sus subordinados, contestaba consultas, se dirigía al Senado proponiéndole o sugiriéndole la expedición de algún *senado-consulta*, y en cada una de estas formas en que el emperador expresaba su voluntad fue reconocida la obligatoriedad de acatar esa voluntad como Ley; de ahí los distintos nombres con que se designan a las instrucciones imperiales de edictos, decretos, mandatos, epístolas, suscripciones, pragmáticas y oraciones. Las constituciones imperiales fueron la última fuente del Derecho, y a partir del Bajo Imperio la única fuente que existió, ya que las demás fueron paulatinamente desapareciendo.

De esta somera exposición de las fuentes del Derecho de Roma, puede apreciarse como la función legislativa se inicia en el pueblo y termina en el estado, pasando a través de un sistema mixto que a fines de la República y a principios del Imperio realiza la extraordinaria labor técnica que aún admiramos en el Derecho de Roma.

CAPÍTULO IV

DERECHO ROMANO (Segunda Parte)

Si de la Historia externa del Derecho Romano a través de sus fuentes formales pasamos a examinar el contenido o aspecto interno del mismo, la presente exposición resultaría aún más ardua, pues en primer lugar habría que examinar todas las instituciones que en él se encierran y cómo cada una de ellas pasó por diversas etapas, por lo que habría que hacer la Historia de cada institución. Por fortuna, en nuestro caso, no se trata más que de un bosquejo recordatorio. En esta virtud, la síntesis que emprenderemos se concretará con apuntar las características esenciales.

No deberá perderse de vista que los romanos se distinguieron como prácticos y no se dedicaron a la especulación, por lo que pocos conceptos puramente doctrinales se encuentran en sus textos jurídicos, debido a que todos tienen por mira el fin que requería para el engrandecimiento de Roma, la más eficaz convivencia entre los hombres. En algunos textos de época tardía se encuentran definiciones o conceptos básicos inspirados en la filosofía estoica, única escuela filosófica que cundió en Roma, y las primeras frases del *Digesto* y de las *Institutas* son ejemplo de ello.

La definición del Derecho de Celso, citada por Ulpiano *ut eleganter celsus definit jus est ars boni et aequi*; los preceptos del Derecho *juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*; la clásica y universalmente aceptada definición de la Justicia como *constans et perpetua voluntas jus summi quique tribuere*; y la jurisprudencia que se expresa como *divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniustiscentia*; por más que estas dos últimas no acusan al antecedente estoico de las primeras frases citadas. Dentro de los principios generales, se encuentran también las divisiones del Derecho: *jus civile, jus naturale, jus gentium; jus publicum, jus privatum; scriptum, non scriptum*, y las definiciones de ellos que la doctrina moderna no ha mejorado.

Dividían todo el Derecho en tres partes: personas, cosas y acciones. No es necesario explicar esta tripartita división, ni hacer comparaciones con las del Derecho actual. En cuanto al Derecho de Personas se refiere, las síntesis en las *Institutas* de Gayo o en las de Justiniano nos muestran los principios y normas relativos a las diversas categorías de personas: libertos y esclavos, ciudadanos y no ciudadanos, y dentro de la organización de la familia, los *sui juris* y los *alieni juris*. Entre los esclavos no existían subdivisiones, todos eran más que sujetos, objetos de Derecho, como acontecía entre todos los pueblos, ya que la esclavitud era propia del Derecho de Gentes. Numerosas reglas se encuentran acerca de los motivos y medios de caer en la esclavitud, que partiendo

de los más generales, el cautiverio en la guerra y el nacimiento, desarrollaban los motivos que el Derecho Civil estableció y fue ampliando primero, y restringiendo después: el censo, el descubrimiento de robo flagrante, el desertor, el deudor insolvente, todos estos casos de acuerdo con las *Doce Tablas*; el manumitido desagradecido a su antiguo amo, la mujer que tenía comercio ilícito con esclavo, el que se vendía como esclavo, el que sufría una condenación en las galeras o en las minas, se añadieron a través de los años. Suprimidas al final del Imperio muchas de estas causas, quedaron sólo dos o tres de ellas.

La condición de los ciudadanos y de los que no lo eran, fue materia muy reglamentada en el Derecho, así como los medios de adquirir y de perder la ciudadanía. La confesión de la ciudadanía se hizo siempre con cautela; baste recordar que los ciudadanos patricios, por muchos años, conservaron para sí esa denominación y las atribuciones que traía aparejadas, hasta que la *Ley Canuleia*, posterior a las *Doce Tablas*, derogó la prohibición que ésta había establecido para el matrimonio de patricios y plebeyos; más tarde, no se fue concediendo sino paulatinamente la ciudadanía a los pueblos de la península itálica, hasta reconocerles tal prerrogativa que identificaron al *jus italicum* con el *jus civile*; a España se otorgó la ciudadanía por Vespasiano, y sólo hasta Caracalla se otorgó a todos los habitantes del Imperio; y esto, más por razones fiscales que de otra índole.

La tercera división de las personas: *sui juris* y *alieni juris*, atañe preferentemente a la organización de la fami-

lia, respecto de la cual hay que recordar los dos aspectos que sucesivamente tuvo: el primero, en que sus miembros se vinculaban por lazos de potestad exclusivamente; y la segunda, después de siglos, en que se reconoció el parentesco por consanguinidad que a la postre substituyó a aquél; uno y otro conocidos respectivamente por *agnatio* y *cognatio*.

Los *sui juris* o *pater familias* ejercían la *patria potestas* sobre los hijos, y la situación que éstos tenían en relación con aquéllos, fue de una sujeción casi absoluta, tanto por lo que se refería a la persona cuanto a los bienes. Pero el tiempo fue modificando ese rigorismo paulatinamente, hasta aceptarse que la *patria potestas* debía consistir en guarda, cuidado y protección al hijo, y no verla como una especie de instrumento de trabajo en beneficio del *pater* (*patria potestas in pietate non in atrocitate consistere debet*). Se otorgaron al hijo facultades sobre ciertos bienes, apareciendo así los *peculios castrense*, *quasi-castrense*, *profectio* y *adventitio*.

El matrimonio seguramente es bien conocido en sus antecedentes romanos, por lo que baste recordar que requería para contraerse de ciertos requisitos de fondo, como eran la pubertad, el consentimiento y el *conubium*, pero ninguno de forma, salvo que se celebrara *cum manus* en que se exigía la ceremonia de la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*. Era monogámico pero no indisoluble. La situación de la mujer *in manus* era la de hija de familia.

La adopción exigía formalidades en extremo solemnes, si se trataba de una *adrogatio*, caso en que el adoptado era *sui juris*, ya que debía realizarse ante los *comicios* por *curias*; la adopción de un *alieni juris* se hacía mediante tres ventas consecutivas. La legitimación se realizaba por subsecuente matrimonio, o por oblación a la *curia* o por *rescripto* imperial. Respecto de los *sui juris* que por razón de edad o de estado mental no podían bastarse a sí mismos, hay que recordar las instituciones de la tutela y la curatela, en muchos de cuyos aspectos la técnica jurídica de Roma puede apreciarse. La tutela tenía dos modos de desempeñarse: mediante la *auctoritas* o la *negotiarum gestio*.

Por lo que hace al Derecho relativo a las Cosas (*de rebus*), los romanos hacían de ellas diversas clasificaciones que han subsistido hasta nuestros días, con excepción de las *res Mancipi* y *nec Mancipi*, y por lo tanto no hay para que detallar este punto. Los derechos sobre las cosas fueron elaborados por Roma en forma detalladísima, y conviene someramente mencionar los conceptos romanos relativos a propiedad y servidumbres, así como la posesión. No definieron los juristas romanos a la propiedad, la definición que corre entre los autores es posterior (*jus utendi, fruendi et abutendi quatenus juris ratio patitur*); se consideraba como derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, pero lo absoluto no fue al extremo que algunos autores modernos atribuyen a los romanos. La doctrina acerca de la posesión y la protección que la Ley otorgaba al poseedor fueron, sin duda, de las cosas más elaboradas

dentro del Derecho de las Cosas, y sabido es lo mucho que sobre esta institución se ha escrito. La servidumbre en sus dos aspectos: reales y personales, ha llegado hasta nuestros códigos modernos, sin alteraciones substanciales.

Las formas de adquirir y transmitir el dominio deben mencionarse en sus dos fuentes: las de Derecho Natural y de Gentes y las de Derecho Civil. Las primeras son la ocupación, la tradición y la accesión. Las de Derecho Civil son: la *mancipatio*, la *in jure ce-asio*, la *usucapio*, la *adjudicatio* y la *lex*. Las citadas formas de adquirir, todas ellas a título singular, tienen gran interés como antecedentes de nuestras instituciones similares, pero, sobre todas ellas, la *traditio* y la *usucapio* requerirían especial atención, por la minuciosidad con que los romanos elaboraron su doctrina y principios fundamentales.

La tradición tiene especial interés para las legislaciones posteriores a la romana, como en su oportunidad tendremos ocasión de ver en el doble aspecto de *traditio longa manu* y *traditio brevi manu*. Además, encierra la doctrina elaborada por los romanos a este respecto, curiosas teorías acerca de la justa causa de la tradición, según la cual, cuando no hay acuerdo respecto de la causa entre el *tradens* y el *accipiens*, no por eso deja de surtir efecto la tradición, operando la transmisión del dominio.

La *usucapión* existe desde las *Doce Tablas*, y los principios consignados en dicha Ley fueron los que con algu-

nas modificaciones, como las relativas al término posesorio, crearon la prescripción que rige en nuestra legislación moderna sobre las bases de los principios romanos. Las otras formas de adquirir subsisten en el Derecho moderno, sobre las mismas bases que los romanos las dejaron establecidas.

Si de la transmisión de los bienes a título singular, pasamos a la de ellos a título universal, se encuentra un elaboradísimo sistema en la materia de sucesiones, cuyas bases esenciales quedaron consignadas en las *Doce Tablas*, tanto por lo que hace a la sucesión testamentaria, por la que los romanos tuvieron especial preferencia, cuanto por la sucesión legítima. El testamento, y sus diversas formas, fue materia muy elaborada también, ya que éstas, partiendo del testamento ante los *comicios*, evolucionó a través del testamento militar, el testamento *per aes et libram*, el testamento *nuncupativo* y el testamento tripartito.

En relación con esta materia sucesoria, surgió la doctrina de la desheredación, y al lado de ella una serie de principios relativos a la nulidad de testamentos por falta de forma, por falta de capacidad, por heredero sobreviniente y por inoficiosidad, cuya doctrina en cada uno de estos casos ha servido para la elaboración de los sistemas jurídicos posteriores al romano. La sucesión legítima o *ab intestato* sufrió en Roma la transformación necesaria, como consecuencia de la sufrida por la organización familiar que, de la primitiva familiar agnática, se pasó a la familia cognática.

En materia de Obligaciones, sin duda alguna que el Derecho Romano mostró una técnica que no ha sido superada posteriormente, sea que se considere las obligaciones como nacidas de contrato, *quasi* contrato, delito o *quasi* delito, los principios básicos del Derecho Romano aún perduran; en esta virtud, dada la brevedad con que esta exposición tiene que hacerse, parece inútil recordar principios del Derecho Romano que las legislaciones modernas han reproducido, si no íntegramente, por lo menos en su esencia.

Las acciones, o sea el sistema procesal, no subsiste en el Derecho posterior al Romano con las mismas características que en aquél; sin embargo, a través del Derecho Canónico no pocos aspectos de esta rama del Derecho perduraron, llegando muchos de ellos hasta nuestros días.

Todo este sistema jurídico fue objeto de compilaciones, a través de las cuales nos es conocido. Pero antes de la compilación de Justiniano, la más completa de todas, conviene mencionar algunas obras de diversos jurisconsultos y compilaciones de las Constituciones Imperiales.

Entre las obras de los jurisconsultos, la que más ampliamente se conoce, ya que ha llegado hasta nosotros en su integridad, son las *Institutas* de Gayo; y al lado de esta obra debe recordarse que Ulpiano nos dejó sus *Reglas*, Paulo sus *Sentencias* y Papiniano no pocas obras que fragmentariamente aún pueden consultarse.

Las compilaciones anteriores a Justiniano, son los *Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano*, los dos primeros sin carácter oficial, en tanto que el último fue mandado hacer oficialmente por el emperador Teodosio, y todos ellos encierran únicamente Constituciones Imperiales.

Justiniano, al ascender al trono el año de 527 de nuestra era, ordenó la publicación de un nuevo Código que debía encerrar las *Constituciones* vigentes hasta su época. Después de una segunda edición del Código, ordenó la compilación del *jus*, o sea de toda la doctrina jurídica elaborada en Roma; y Triboniano, asistido por cerca de veinte juristas de las escuelas de Berito y Constantinopla, emprendieron la magna labor de compilar el Derecho, que quedó formulado en el *Digesto* o *Pandectas*. Por orden también de Justiniano, se formuló y expidió además con el carácter de Ley la pequeña síntesis que, inspirada en la obra de Gayo, se conoce como las *Institutas de Justiniano*. Como después de esto siguieron expidiéndose nuevas Constituciones, fue necesario hacer otra compilación que se conoce con el nombre de *Novelas*, y estas cuatro obras de Justiniano constituyen el *Corpus Juris Civili*, obra inmortal que vincula el pasado con el futuro, y que nos hace conocer con detalle la técnica jurídica de Roma.

No debe olvidarse que poco antes de que Justiniano realizara esta labor, el Imperio Romano de Occidente había desaparecido ante las invasiones bárbaras, y que

estos pueblos procedentes de la Germania que deshicieron el Imperio llevaron a cabo compilaciones de Derecho Romano que, aunque menos completas, preceden a las de Justiniano.

CAPÍTULO V

EL CRISTIANISMO Y LA INVASIÓN DE LOS BÁRBAROS

Dos acontecimientos de índole muy diversa afectan de manera trascendental al Derecho Romano: la aparición y propagación del Cristianismo, y la invasión de los bárbaros. Debe hacerse notar, sin embargo, que ni uno ni otro de estos dos acontecimientos suprimieron al Derecho Romano. El Cristianismo lo adopta para humanizarlo, los bárbaros para civilizarse; el primero lo amolda a sus fines, sin alterar su técnica; los bárbaros se amoldan a él para poder gobernar a los pueblos que sojuzgan. El Cristianismo lo absorbe, los bárbaros son absorbidos por él.

Aunque íntimamente ligados, ambos acontecimientos deben tratarse separadamente en relación con las influencias que respectivamente ejercieron sobre el Derecho Romano, así como respecto a las consecuencias que de ellos se siguieron.

La influencia del Cristianismo en el Derecho ha sido únicamente tratado por los autores en forma superficial, y aún cuando existen algunas obras que especialmente se ocupan de él, ninguna de ellas pasa de ser un esbozo incompleto; sus autores parece que están más animados

por sus buenas intenciones que por sus investigaciones; baste citar, entre las principales obras, las siguientes: F. Ozanam, *La civilization au Ve. siecle*; De Broglie, *L'Eglise et l'Empire Romain au IVe. siecle*; Chénon, *Le Christianisme et la Société Romaine*; Carusi, *Diritto Romano e Patristica*; Ricobono, *Cristianesimo e Diritto Privado*; Baviera, *Concetto e Limiti dell' influenza del Cristianesimo sul Diritto Romano*; Troplong, *L'Influence du Christianisme Sur le Droit Civil des Romains*; y Boucaud, *La Premiere Ebauche d'un Droit Crétien dans le Droit Romain*. Algún otro, quizás, pudiera citarse, pero a pesar de lo que tales autores nos han suministrado sobre la materia, puede afirmarse que un estudio amplio, profundo y completo de ella está aún por hacerse.

Quizá uno de los defectos que nos ha impedido tener un tratado sobre la materia, es que, en general, al estudiar el Cristianismo y el Derecho Romano, unos autores se extienden en el tema relativo al Cristianismo sin conocer con la profundidad debida el relativo al Derecho, en tanto que otros, por el contrario, abordan el tema jurídico con escasos antecedentes del Cristianismo. Sería primordial en esta materia exponer la esencia del Cristianismo, y frente a ella la del Derecho, para poder determinar, en el mismo plano, las influencias de aquél sobre éste.

El Cristianismo es una doctrina que basada en una creencia y en el amor, conduce al hombre a la posesión de una vida trascendental y ultraterrena; el Derecho no pide más que la convivencia del hombre en el mundo; de ahí

que existen dos planos distintos, entre los cuales la relación no aparece a primera, pero si se tiene en cuenta que el logro de la vida que el Cristianismo ofrece como fin último requiere determinado comportamiento en la vida de la tierra, las normas que imponen este comportamiento tienen aspecto jurídico, aun cuando no sean más que un medio y no un fin inmediato como es el del Derecho.

El principio básico del Cristianismo es la fe en un Dios único, personal, creador, infinito, trascendente y el amor que a ese Ser debe unir al hombre. Tal principio fundamental consignado ya en el *Decálogo*, fue confirmado por el fundador del Cristianismo; pero a esta primera norma añadió, o mejor dicho, aclaró y precisó una segunda análoga: el amor de los hombres entre sí, sin excluir a los enemigos.

Tales principios no sólo eran conocidos por el Derecho Romano, sino que éste seguía normas opuestas a ellos; en lugar del reconocimiento al Dios único, existía para los romanos una pluralidad de divinidades, y frente al precepto de amor entre los hombres, existió la diferencia entre el romano y el no romano, para el que aquél no estaba obligado a tener consideración alguna. Al *Panteón* romano se añadió, en el período imperial, la divinidad del mismo César, y ante la obligación de rendirle culto se opuso la nueva doctrina del Cristianismo, ocasionando de esta manera las primeras persecuciones que los emperadores de Roma desencadenaron contra los cristianos. El concepto cristiano de la persona cambió los rumbos de la

humanidad, ya que la persona no fue simplemente un individuo que como rueda de una máquina formaba parte de un todo, sino que fue en sí mismo un todo, cuya vida, ideas, creencias, debían ser respetadas.

El Cristianismo, –dice el maestro Esquivel Obregón–, modificó el Derecho Romano, considerando al mundo como un orden divino o *macrocosmos*, y a cada uno de los hombres, sean reyes o esclavos, como manifestaciones en pequeño de ese mismo orden, *microcosmos*. Cada hombre desempeña una función en el mundo, como cada órgano la desempeña en un organismo, y ningún hombre puede sufrir sin que el organismo sufra en una sabia interdependencia de los seres. Y como todos concurren a la realización del plan único de Dios, el mundo es concebido como un *universo*, es decir, deriva de la naturaleza superior del hombre como la nueva doctrina del Cristianismo lo reconocía. El concepto del estado dentro del criterio romano, era el de un fin, en tanto que para el Cristianismo no es más que un medio que no sólo no puede oponerse, sino que ha de coadyuvar a la realización de los fines terrenos y, sobre todo, ultraterrenos del hombre.

Por una parte, la decadencia moral, política y económica del Imperio Romano, acentuada notablemente desde el siglo III en adelante; y por la otra, el incremento de la población de los habitantes de la Germania, y la imperiosa necesidad de éstos de encontrar un asilo seguro a salvo de las hordas asiáticas que constantemente los hostilizaban y arrojaban hacia el poniente y el mediodía, fueron

las causas determinantes de la invasión de los bárbaros o, empleando el término de los autores alemanes, la migración de los pueblos (*volkerwanderung*).

Quiénes eran los bárbaros habitantes de la Germania y qué usos y costumbres tenían, nos lo enseñan algunos escritores de la antigüedad. Entre los griegos, Herodoto, y entre los romanos baste citar a César y a Tácito. Éste se expresa así:

“Los germanos eligen sus reyes por la nobleza, pero sus capitanes por el honor. El poder de los reyes no es absoluto ni perpetuo. Y los capitanes, si se muestran más prontos y atrevidos y son los primeros que pelean delante del enemigo, gobiernan más por el ejemplo que dan de su valor y admiración de esto, que por la autoridad del cargo.

Al entrar en batalla tienen cerca sus prendas más queridas para poder oír los alaridos de las mujeres y los gritos de los niños. Ellas, en medio de la batalla, les llevan refresco y les van animando. De manera que algunas veces, según ellos cuentan, han restaurado las mujeres algunas batallas ya casi perdidas, haciendo volver los escuadrones que huían, por la constancia de sus ruegos.

Los príncipes resuelven las cosas de menor importancia, y las de mayor se tratan en junta

general de todos. Juntanse a tratar de los negocios públicos en ciertos días, como en los de luna llena o nueva. No cuentan por días como nosotros, sino por noches.

Puede cualquiera acusar en la junta a otro, aunque sea de crimen de muerte. Las penas se dan conforme a los delitos. A los traidores y a los que se pasan al enemigo, los ahorcan de un árbol. Por delitos menores suelen condenar a los convencidos de ellos en cierto número de caballos y ovejas.

Eligen también en la misma junta los príncipes, que son los que administran Justicia en las villas y aldeas. Asisten en cada uno de ellos cien hombres escogidos de la plebe, que le sirven de autoridad y de consejo.

Cuando están largo tiempo en paz y en ociosidad, muchos de los mancebos nobles de ellas se van a otras naciones donde saben que hay guerras, porque esta gente aborrece el reposo.

Cuando no tienen guerra se ocupan mucho de la caza; pero más bien pasan entonces la vida en la ociosidad y en comer y dormir, a que son muy dados. Ningún hombre belicoso y fuerte se inclina al trabajo, sino que dejan al cuidado de la casa, hacienda y campos a las mujeres y viejos y a los más flacos de la familia.

Ninguno de los pueblos de Alemania habita en ciudades cercanas, y sufren que sus casas estén arrimadas unas a otras. Viven divididos y apartados entre sí, donde más les agrada; en el bosque, en la fuente o en el prado.

Se guardan entre ellos estrechamente las Leyes del matrimonio, que es lo que sobre todo se debe alabar en sus costumbres. Porque entre los bárbaros casi todos ellos se contentan con una sola mujer, si no son algunos de los príncipes, y eso no por apetito desordenado, sino que, por su mucha nobleza, desean todos por los casamientos emparentar con ellos. La mujer no trae dote, el marido se la da; y no es en cosas buscadas para los deleites y regalos femeniles, ni con que se componga y atavie la novia, sino dos bueyes, un caballo enfrenado y un escudo con una flama y una espada.

Todas las cosas en el principio de su casamiento están avisando a la mujer que no piense que ha de ser libre, sino que entra por compañera en los trabajos y peligros del marido. Esto significan los dos bueyes con un yugo, el caballo enjaezado y las armas que le dan.

A las mujeres su propia castidad las guarda. Hay pocos adulterios, aunque es tanta la gente. El castigo se da luego si está cometido al marido,

el cual, después de haberle cortado los cabellos en presencia de los parientes, la echa desnuda de casa y la va azotando por todo el lugar. Tampoco se perdona a las que proceden mal, aunque no sean casadas: que no hallará marido, puesto que sea hermosa, moza y rica.

Los hombres llegan tarde a las mujeres, y por eso conservan más largo tiempo la flor de la juventud. Tampoco se dan prisa en casar las hijas.

No hay entre ellos testamentos. A falta de hijos suceden primero los hermanos, y luego el tío por parte de padre o madre.

Tienen por cosa inhumana negar su casa a cualquiera persona. Recíbelos cada uno con los manjares que mejor pueda aparejar, según su estado y hacienda. Y cuando no tienen más qué darles, los llevan a casa del vecino, donde los acogen con la misma humanidad.

No tienen oro ni plata.

No saben qué cosa es dar y tomar a interés, ni acrecentar el caudal con usura”.

El pueblo de los germanos no aparece en su pasado prehistórico como una gran federación de estados nacio-

nales, sino fraccionado en un número considerable de pequeños núcleos de población, cada uno de los cuales tiene una existencia política independiente. Los dos grupos fundamentales son los germanos del oeste o *alemanes*, y los germanos del este, formados de grupos de población *gótico-vandálicos* y de las tribus *escandinavas*. No obstante la desmembración política, existe una conciencia de homogeneidad, según se desprende de los escritores romanos. Las luchas continuas y encarnizadas que mantenían con motivo de la conquista y conservación de los territorios colonizados en Europa, formaron en los germanos una raza vigorosa que amolda su religión, su Derecho y su organización a un espíritu esencialmente bélico.

Desde el siglo III, los acontecimientos históricos compelen a la nación germánica desmembrada a formar uniones más amplias. Pueblos afines y vecinos, o también pueblos sin parentesco pero próximos con ciertas alianzas, se muestran al exterior con un nombre común. En el curso del tiempo, nace de la unión una especie de confederación de Derecho Público, y con ella la unidad política.

En tiempos de César no existía derecho sobre los inmuebles, ni propiedad privada ni disfrute separado. La tierra se asignaba anualmente para su utilización en común, a las asociaciones formadas por lazos de parentesco. En tiempos de Tácito, se encuentran los primeros rasgos de la propiedad particular o privada.

La condición jurídica y social de los germanos radica en su *sippe*. La palabra *sippe*, designa el círculo total de los parientes de sangre de una determinada persona. Edificada sobre la base jurídico-paterna, comprendía las personas descendientes en línea masculina de un tronco paterno común. Su estructura descansa en la igualdad de derechos de sus miembros. La *sippe* constituyó la asociación de paz más antigua, pues excluía toda hostilidad y enemistad entre sus individuos, asegurándoles venganza y protección. Si se daba muerte a un miembro de la *sippe*, los demás se consideraban obligados a vengar la afrenta o a reclamar el *wergeld* o *manngeld* (entre los francos: *leudi*; y los anglosajones: *wer*), que se distribuía entre ellos según determinada proporción, correspondiendo mayor cantidad a los parientes más próximos al muerto. Podían cancelarse los deberes de un miembro de la *sippe* para con ella, mediante un acto público que determinaba su abandono voluntario, y la *sippe*, a su vez, podía excluir al miembro que considerara indigno de seguir perteneciendo a ella.

Por lo que hace a la condición de las personas, éstas eran libres, *lites* y siervos. Estos últimos, carecían de derechos y eran equiparados a los animales domésticos. Los *lites*, ocupaban un grado medio entre los libres y los siervos; estado de semilibertad originado por la sumisión voluntaria al vencedor, mientras que el aprisionamiento en guerra y la subyugación por la fuerza explican el origen de la servidumbre. Las diferencias de condición se manifiestan claramente en virtud de la fijación de la cuantía del *wergeld*, o sea de la suma que para reconciliación por homicidio se pagaba a los parientes de la víc-

tima. El siervo carece de *wergeld*, y el del *lite* importa sólo la mitad del que corresponda al libre.

El Derecho era considerado como el ordenamiento de la paz general, no era escrito sino consuetudinario, íntimamente fundido con la religión y los usos sociales. Por lo que hace a la organización política, su centro de gravedad son las asambleas del país, especie de *concilium civitatis*. Se reunían en épocas determinadas, habitualmente en el novilunio o en el plenilunio, abriéndose y clausurándose con actos religiosos. En estas asambleas se decidían asuntos de guerra y de paz, y otras cuestiones de capital importancia para la agrupación. En ciertos casos, tenían carácter electoral para la designación de rey o jefes de la agrupación, así como para la designación de los jefes o príncipes de los distritos y la del duque o jefe militar. Actuaban también esas asambleas como tribunales, conociendo especialmente de delitos políticos y militares. Los escritores de la antigüedad distinguen entre los jefes germánicos a los *reges* y los *príncipes*. El *rex* dominaba sobre toda la comunidad, en tanto que el príncipe era el soberano de pequeños grupos, unidos entre sí.

El Derecho Penal germánico descansa en la idea de que quien rompa la paz, se sitúa él mismo fuera de ella. El malhechor pierde la protección de la comunidad, y queda expuesto a la enemistad y a la venganza de su contrario y ofendido, si éste no prefiere exigir el *wergeld* o multa. En los delitos graves, el delincuente incurría en la prescripción o pérdida de la paz. El delincuente no sólo quedaba excluido de la comunidad, sino que podía ser muerto por

cualquiera, sin sanción alguna. El delito presupone un resultado dañoso; y la responsabilidad penal es, por consiguiente, responsabilidad por el resultado y no responsabilidad por culpa. Por lo tanto, el concepto de la tentativa fue ajeno al antiguo Derecho Penal germánico.

Por lo que puede deducirse de las fuentes de Derecho en épocas posteriores, el procedimiento de los primitivos germanos, en materia judicial, era público y oral, y su fundamento era la acusación, de manera que no podía iniciarse ningún juicio ni proceso si no existía previamente la delación. Las sentencias podían ser impugnadas, interponiendo una querrela contra el juzgador. Subsidiariamente, se aplicaban como medios de prueba las *ordalías*, que subsistieron a través de la Edad Media, conocidas por *juicios de Dios*.

Al procedimiento jurídico del período germánico fue ajena la ejecución forzosa por vía judicial. Prometido en forma jurídica por el sentenciado el cumplimiento de la sentencia, quedaba facultado el demandante para proceder, observando ciertas formalidades, a ejecutar por sí mismo el fallo, y en caso de oposición del reo se le expulsaba de la *sippe* o de la comunidad, según el caso.

Tales eran, a grandes rasgos, los principios jurídicos propios de los pueblos germánicos que habían de fusionarse con los habitantes del Imperio Romano, para hacer surgir las nuevas nacionalidades que, con ligeras modificaciones, subsisten hasta hoy. El estudio de las invasiones bárbaras es, en esta virtud, como el prefacio necesario a la

Historia de la Edad Media y de los tiempos modernos. Como dice Ferdinand Lot, es imposible comprender cualquier cosa en los grandes asuntos políticos de nuestros tiempos, si se ignora cómo se formaron los estados modernos, cómo se poblaron y cómo quedaron constituidos después de las convulsiones producidas por la invasión que puso fin al mundo antiguo e inició una nueva era.

No sería posible sin salir del terreno que nos ocupa, hacer una detallada descripción de los diversos grupos de bárbaros que, más que nacionalidades, constituían tribus que paulatinamente fueron pasando al territorio del Imperio Romano. Tampoco sería posible estudiar el origen de cada uno de dichos grupos, cosa que aún hoy es materia de discusiones por parte de los especialistas. Baste citar, como principales grupos, los siguientes: los godos, subdivididos en *ostrogodos* y *visigodos*, o godos orientales y godos occidentales; los primeros ocuparon Italia, instalándose en la parte septentrional de esa península bajo la hegemonía de Teodorico, quien derrotó a Odoacro, jefe de los *hérulos*, y quienes a su vez habían puesto fin al Imperio del Occidente destronando al último emperador Rómulo Augustulo. Los segundos, o sea los visigodos, ocuparon toda la península ibérica y parte de la Francia actual, del río Loira hacia el sur. Éstos arrojaron a los bárbaros que los precedieron en la invasión de *Iberia*, haciendo que los *suavos* se refugiaran en Galicia, los *alanos* en *Lusitania* y los *vándalos* en la *Bética*, hoy Andalucía, y más tarde en África.

Los *francos* ocuparon lo que hoy es el reino de Bélgica, y las provincias del noreste de Francia actual. Los *bur-*

gundios o borgoñones ocuparon la cuenca del Ródano, en la parte central de Francia. Los *sajones*, los *anglos* y los *jutas*, invadieron la Gran Bretaña. Los *eslavos*, al entrar en Europa, ocuparon diversas porciones de territorio en la península Balcánica. Los *magiares*, se establecieron en lo que hoy constituye Hungría.

Aparte de estos diversos grupos, entraron en Europa los *hunos*, raza tártara que después de haber invadido China volvieron hacia el occidente, y a través de la Germania pretendieron entrar en las Galias, pero unidos los habitantes y los diversos grupos que ocupaban este territorio, bajo el mando de *Aecio*, detuvieron el avance de *Atila*, jefe de los hunos, derrotándolo en los campos Catalaúnicos en el otoño del año 451, librando así a Occidente de la invasión asiática, capitaneada por aquél a quien se llamaba *el azote de Dios*. Después de la batalla de los campos Catalaúnicos, *Atila* intentó una incursión a Italia, desencadenando un pánico terrible entre todos sus habitantes, pero fue detenido por el Papa San León Magno, y poco después la peste diezmó las hordas de los hunos, y su jefe murió en el año 453.

Los diversos grupos étnicos de que se ha hecho mención, y que habían ocupado diversas regiones del Imperio Romano, se encontraban unos dentro de dicho territorio en calidad de federados (*foederati*) o protectores de las tierras que se les confiaban contra las nuevas incursiones bárbaras, y otros en calidad de asilados (*hospiti*) que servían al ejército romano o se dedicaban al cultivo de la tierra. Fueron múltiples y diversas pero poco numerosas

cada una de las hordas que iban entrando en territorio del Imperio; las más numerosas no llegaban a cien mil almas, incluyendo mujeres y niños.

La invasión es el hecho inicial de la Edad Media. Ningún otro acontecimiento de igual amplitud y consecuencia se encuentra en la Historia posterior. Pero por invasión, debe entenderse la compenetración de elementos hasta entonces separados; el civilizado griego o latino, helenizado o latinizado, y el bárbaro recién llegado al suelo imperial. No se trata, por lo tanto, en la mayoría de los casos, de una guerra de conquista, pues los bárbaros al cruzar la frontera del orbe romano, lo hicieron, en su mayor parte, solicitando o pidiendo asilo a cambio de servicios. La invasión condujo a una mezcla o amalgama, y a una instalación de razas nuevas en medio de razas que ya habitaban los territorios invadidos.

En ciertas ocasiones sí emplearon la fuerza los invasores, ya fuera en el momento de entrar en el territorio romano, o estando establecidos pacíficamente dentro de él se revelaron en contra de las autoridades. Ejemplo de este caso fue el de los visigodos, que instalados en 376 por el emperador *Valente*, mataron a éste en *Andrinópolis*, y capitaneados por su jefe *Alarico*, después de asolar el *Peloponeso*, se volvieron sobre Roma, ocupada y saqueada el año de 410. El emperador *Honorio* logró alejar a *Ataulfo*, sucesor de *Alarico*, ofreciéndole, según autorizadas opiniones, que se estableciera en *Iberia*, lo que así aconteció, reinando desde entonces los visigodos.

Todos los pueblos invasores abrazaron el Cristianismo, pero siguiendo la herejía arriana; en tanto que los galo-romanos, como los demás primitivos habitantes del Imperio Romano, eran en su mayoría católicos ortodoxos. La aceptación por *Clodoveo*, o Clovis, rey de los Francos, de la religión católica y su bautismo, fue el acontecimiento de mayor trascendencia para el origen del Reino de los Francos, que pronto dominaron todo el territorio de Galia, y establecieron la dinastía de los *Merovingios* a fines del siglo V. Un siglo más tarde, en España, tenía lugar un fenómeno análogo, mediante la conversión, en el Tercer Concilio de Toledo, de Recaredo.

El aspecto más sobresaliente e importante de las legislaciones de la época que nos ocupa, fue el tolerante sistema político observado por los invasores para con los pueblos naturales. Este sistema originó la vida común de vencedores y vencidos, dentro de un mismo territorio bajo un sólo poder supremo, pero con independencia absoluta de religión, costumbres, tribunales y Leyes; esto constituye el sistema denominado de *castas* o *doble legislación*, en la que cada hombre se encuentra sometido a la Ley del pueblo a que pertenece, y no se impone a todos los habitantes de un territorio la misma Ley.

En las Galias, actualmente Francia, los bárbaros dejaron a los galo-romanos el Derecho que usaban antes de la invasión, pero como este Derecho se hallaba en compilaciones demasiado extensas y complicadas para los nuevos gobernantes, procedieron a expedir compilaciones o códigos oficiales de Derecho Romano para el uso y aplicación

de los habitantes galo-romanos. Fenómeno análogo aconteció en los territorios ocupados por los visigodos, ostrogodos, lombardos, etc.

Los ostrogodos, en Italia, expidieron el *Edicto de Teodorico*, para uso de los romanos que se encontraban dentro del territorio ocupado al norte de Italia, regidos por Teodorico. En Francia, se expidió la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviario de Alarico*, y la aplicación de esta Ley se extendió a todo el territorio de la península ibérica ocupado por los visigodos, así como la *Lex Romana Burgundionum* llamada también *Papiana*.

La *Lex Romana Visigothorum*, fue formulada por orden de Alarico II, hijo y sucesor de Eurico; y mediante ella quedó abrogado y reemplazado todo el Derecho escrito de la legislación romana anterior. Su promulgación tuvo lugar en Tolosa, Francia, por los años de 505 o 506, y fue aplicada en todo el territorio ocupado por los visigodos, o sea España y parte del sur de Francia, en donde siguió rigiendo después que Clodoveo venció a los visigodos en Vouillé en el año de 507; sus disposiciones constituyeron el Derecho escrito del mediodía de Francia.

Dicha Ley comprende: 1.- Un resumen considerable del *Código Teodosiano*; 2.- *Varias Novelas* o *Constituciones* de diversos emperadores; 3.- Un resumen bajo el nombre de *liber gaili*, de las *Institutas* de Gayo; 4.- Las *Sentencias* de Paulo; 5.- Trece libros del *Código Gregoriano*; 6.- Dos *Constituciones* del *Código Hermogeniano*; y, 7.- Un extracto del Libro Primero de las *Respuestas* de

Papiniano. El *Breviario* de Alarico va precedido de un preámbulo, bajo el nombre de *commonitorium*, dirigido a los condes encargados de asegurar la ejecución de la Ley.

La *Lex Romana Burgondionum* fue expedida por el rey *Gondebaldo*, y es una especie de exposición sumaria de las Leyes romanas destinadas a los jueces. Contiene cuarenta y siete títulos, y encierra disposiciones extractadas de las *Institutas* de Gayo, de las *Sentencias* de Paulo, de los *Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano*, y de las *Novelas* que siguieron y complementaron a este último Código. Esta compilación fue hecha sin orden y sin método, siguiendo su modelo la *Ley Gombeta*, de la que más adelante se hablará. Con el tiempo, la *Lex Romana Burgondionum* fue substituida por el *Breviario* de Alarico.

Al lado de estas codificaciones de las Leyes romanas, los germanos, siguiendo el ejemplo romano, formularon por escrito sus usos y costumbres. La redacción de estas compilaciones bárbaras fue hecha en latín popular y bárbaro. La primera y más importante de las Leyes bárbaras fue la *Ley Sállica*, de la que no poseemos la primera redacción, pero que se supone compuesta de noventa y nueve títulos. La primera parte (título 1 a 74), fue posiblemente formulada en el reinado de *Clodoveo* antes de su conversión, y los restantes títulos se atribuyen a los reyes inmediatos posteriores a aquél. La *Ley Sállica* encierra los asuntos más diversos, y como la sociedad a la que se debía aplicar era bárbara, el Derecho Civil ocupa

una parte muy pequeña. La mayor parte de sus artículos están consagrados a la fijación del *wergeld*, o cantidad que debía pagarse en caso de asesinato a la familia de la víctima. Uno de sus títulos de *alodis* (título 59) es célebre, y es el que se conoce en la Historia bajo el nombre de *Ley Sállica*, que se ocupa del derecho de sucesión, y ha servido de base posteriormente para la aplicación en caso de transmisión de la corona.

La Ley de los *Franco Ribuarios* o *Rupuarios* es una copia de la *Ley Sállica*, y en ella la influencia romana y la de la Iglesia se manifiesta más sensiblemente. Los procedimientos penales se encuentran más desarrollados que en la *Ley Sállica*. Los borgoñones o burgundios tuvieron también su Ley bárbara, que es la conocida con el nombre de *Ley Gombeta*, o Ley del rey *Gondebaldo* o *Gundobado*, inspirada en gran parte en la legislación romana, aún cuando conservando muchos de los principios característicos de los usos y costumbres jurídicos de carácter bárbaro. Esta Ley estuvo en vigor cerca de 600 años. La *Ley Bárbara de los visigodos* parece haber sido formulada en tiempo de Eurico, y los autores españoles le dan también el título de *Código de Tolosa*, pero su existencia se pone en duda por algunos autores.

Por los datos con que contamos, parece más cierto que la legislación personal de los visigodos se constituyó paulatinamente. Posiblemente, Eurico redactó ciertos preceptos legales de carácter bárbaro, y fueron éstos el fundamento que en virtud de adiciones ulteriores constitu-

yeron propiamente la *Ley de los visigodos*. Dichas adiciones o modificaciones fueron hechas principalmente por *Leovigildo*, y por *Recaredo*. Este último fue, como se ha dicho, quien habiéndose convertido del arrianismo al catolicismo, atrajo a esta religión a los pueblos todos de la península ibérica. *Chindasvindo* y más tarde *Resesvindo*, introdujeron nuevas modificaciones a la Ley. A este último, se debe la unificación de la legislación que rigió en España, en virtud de la expedición de un Código, en que se recopilaron las Leyes de sus predecesores, añadido más tarde por *Wamba* y *Egica*.

El *Código de Resesvindo*, del que se ha hecho mención, fue redactado en latín en el siglo VII; y en el siglo XIII fue traducido al español, y es conocido con los nombres de *Forum Judicum*, *Fuero Juzgo* o *Fuero de Córdoba*. Se divide en doce libros y tiene cierta analogía con el Código de Justiniano. Sus elementos constituyen, además de las costumbres bárbaras, un buen número de disposiciones romanas sacadas principalmente del *Breviario* de Alarico, y, además, se hallan en él varios cánones de los Concilios españoles.

La redacción más antigua del Derecho popular de los alamanos, es el llamado *pactus*, del que sólo han llegado a nosotros cinco fragmentos. Un Derecho estatuido, más extenso y mejor ordenado de los alamanos, es la *Lex Alamannorum*, de la que sólo se conoce una redacción hecha a principios del siglo VIII. El Derecho popular bávaro, la *Lex Baiuvariorum*, fue redactado aceptando

muchas de las Leyes visigóticas de *Eurico*, con otros preceptos tomados de la *Lex Alamannorum*.

Para el tronco de los sajones, se expidieron numerosas constituciones de Derecho en tiempos de Carlomagno, tales como la *Capitulatio de Partibus Saxoniae* y más tarde la *Lex Saxonum*. Los anglos establecidos en Turingia, tenían la *Lex Thuringorum*, o *Lex Angliorum et werinorum, hoc est thuringorum*, basada principalmente en la Ley de los francos ribuarios, con algunos pasajes tomados de la *Lex Saxonum*. La llamada *Lex Frisionum* no constituye propiamente un cuerpo de Derecho, sino que parece ser más bien un conjunto de materiales de diversos caracteres, parte jurídico y parte religioso.

Además de las Leyes anteriormente citadas, y refiriéndose principalmente a la monarquía merovingia, deben tenerse como fuentes de Derecho las ordenanzas de los reyes conocidas con los nombres de *pacta, decretionem, edicta y constitutiones*. Al iniciarse la nueva rama de la monarquía franca, bajo los carolingios, aparecen las *capitulares* o *capitula*. *Capitulum*, quiere decir una sección del documento donde se estatuye el Derecho, y el conjunto de los capítulos es a lo que se denomina capitulares o capitula.

Como los capitulares trataban unos de asuntos jurídico-elesiásticos, y otros de asuntos civiles, y existieron dos clases a saber: *capitula ecclesiastica* y *capitula mundana*. Dada la íntima unión de los asuntos religiosos y

civiles, la mayor parte eran mixtos. Atendiendo a la forma y fines con que se expedían los *Capitulares*, se distinguían las cuatro clases siguientes: 1.- *Capitularia per se schibenda*, formulada por el rey para un tiempo indeterminado, que generalmente era el de la duración de su reinado, pero que podían ser adoptados por su sucesor; 2.- *Capitularia pro lege tenenda*, votados por las asambleas generales de los francos, llamadas *placita*; 3.- *Capitulari legibus addenda*, destinados a completar o adicionar las *Leyes Sálidas y Ribuaría*; 4.- Los *Capitularia hissorum*, instrucciones dadas a los delegados, enviados *missi dominici*, para el desempeño de los cargos que se les confiaban. Durante la monarquía franca no se hizo nunca una recopilación oficial de estos Capitulares. Estas compilaciones son muy posteriores a la época en que fueron expedidas.

Además de las *leges* y de los Capitulares, existen como fuentes de Derecho los *documentos de la práctica*, que no eran sino formularios para la redacción de contratos o documentos en general. De estos formularios y documentos se hicieron varias compilaciones, de las cuales las principales son las *formulae andecavenses*, las *formulae marculfi* y otras de autores desconocidos que se designan con el nombre de la región o provincia dentro de la cual se usaban, tales como Avernia, Tours, Anjou y otras. También deben tenerse como fuentes los *cartularios* de los conventos, o registros donde se escribían los títulos de propiedad de los bienes, así como los libros censales, en donde se escribían tanto los bienes como los habitantes de determinada región.

Paralelamente a estas fuentes de Derecho, hay que hacer mención, a reserva de tratar de ellas ampliamente más adelante, de las Leyes canónicas o eclesiásticas, que influyeron en forma decisiva en toda la legislación civil medioeval, y que a su vez recibieron también ciertos principios de la legislación civil, de manera que, especialmente durante toda la época que comprende la Edad Media, no es factible separar radicalmente la legislación civil de la eclesiástica.

La mezcla de romanos y germanos, influenciados en forma decisiva por el Cristianismo, sentaron las bases de la propiedad individual, con ciertas modalidades propias y características de la Edad Media. La familia se constituyó teniendo en cuenta, casi exclusivamente, los lazos de la sangre, cayendo en desuso el parentesco agnático. En cuanto a la condición de las personas, además de los libres y de los esclavos, se conservó la categoría intermedia propia de los germanos, de aquéllos que sin ser absolutamente libres no podían considerarse como esclavos, sino que se hallaban sometidos a los más poderosos por relaciones de protección que les daban los de arriba, a cambio de subsidios que cubrían los miembros de esta clase intermedia.

CAPÍTULO VI

DERECHO VISIGÓTICO SUS FUENTES Y CONTENIDO

Se ha hecho alusión a la doble legislación que imperó en España al ser invadida por los visigodos, característica no exclusiva de ese grupo de invasores, sino de todos los que al penetrar en el estado romano constituyeron, con sus desmembradas fracciones, nuevos estados. Se ha visto también como los visigodos no sólo dejaron subsistente al Derecho Romano para que con sus normas se rigieran los hispano-romanos sojuzgados, sino que, precediendo a las compilaciones justinianas, se compiló el Derecho Romano en la *Lex Romana Visigothorum*, y cómo el Derecho bárbaro fue también objeto de una compilación, a la que se cita con el nombre de *Código de Tolosa*, de la que solamente en fragmentos contenidos en un palimpsesto conservado en la Abadía de San Germán de los Prados, en París, ha llegado hasta nosotros.

Pero esa legislación de castas o personal, a medida que el poder visigodo se afianzaba, tendió a desaparecer, uniéndose el Derecho y convirtiéndose paulatinamente en territorial, al que una triple fuente informaba, a saber: la romana, la bárbara y la eclesiástica o canónica, constituyendo una unidad que usualmente se designa como Derecho Hispano-Godo. La fuente romana ya cristianiza-

da fue, sin duda, la dominante, pero como se tendrá ocasión de comprobarlo, en el período posterior al visigótico, o sea el de los siete siglos de la Reconquista, reaparecen en forma consuetudinaria no pocos elementos germánicos.

Antes de examinar en su aspecto íntimo, y por lo mismo en sus elementos esenciales, el contenido del Derecho Hispano-Godo, en el período de dos siglos que media entre la entrada de los visigodos en España a principios del siglo VI y la invasión sarracena a principios del VIII, deberá hacerse una reseña de sus fuentes formales, que son para nosotros, además, fuentes de profundo e interesante conocimiento. De diversas Leyes se tiene conocimiento antes de la unificación de ellas, en el *Liber Iudiciorum*, dado por Recesvinto. Las principales Leyes son las siguientes:

- *Lex Romana Visigothorum*, de contenido exclusivamente romano;
- El *Código de Eurico*, que aunque predominantemente bárbaro, contiene no pocos elementos romanos, prueba de la romanización de los visigodos desde antes de su penetración en España. No quedan de esta Ley, como se ha dicho, sino pequeños fragmentos en San Germán de los Prados, y cuyo contenido no da muchas luces. San Isidoro de Sevilla hace mención de esta

obra de *Eurico*, de la que sólo se sacan algunas normas acerca de la división de las tierras entre godos e hispano-romanos;

- La *Ley de Teudis* (año de 546), cuya finalidad fue evitar los abusos que se cometían en la administración de Justicia, en relación con las costas judiciales. Se conservan fragmentos en la Catedral de León, y de ellos se deduce que fue aplicada tanto a godos como a hispano-romanos;
- El *Codex Revisus* de *Leovigildo*, del que hace alusión San Isidoro, como obra que revisa o corrige el *Código de Eurico*, que aunque propio de los visigodos denota una tendencia a la unificación, ya que permite el matrimonio entre godos e hispanos. No se conoce fragmento de esta Ley, sino los citados en el *Liber Iudiciorum*, bajo el encabezado de *Antigua* o *Antique Emendata*; y
- El *Liber Iudiciorum*, conocido como *Fuero Juzgo*. Éste es, sin duda, el más importante, más completo y mejor elaborado de cuantos aparecieron en esa época en España o fuera de España.

No son estas compilaciones las únicas fuentes del Derecho de la época que nos ocupa, pues deberán añadir-

se a ellas los documentos de la práctica, los diplomas y la jurisprudencia; pero tal estudio sólo se justificaría dentro de un estudio especializado de esa época del Derecho español. No puede omitirse, sin embargo, la mención de otras fuentes también de gran importancia, como son las que surgen de la doctrina de los primeros teólogos juristas, que bajo el gobierno de los visigodos tuvieron su primer florecimiento y que, aun cuando desaparecen en la época inmediata posterior, resurgen con nuevos bríos en una pléyade de teólogos y juristas de la época del Renacimiento.

Deberá citarse por lo tanto, entre los que más influyeron en el Derecho que nos ocupa, a San Isidoro de Sevilla, que se ha calificado como figura gigantesca no sólo en España, sino en el mundo de su época. Aparte de sus *Etimologías* y de la *Historia de los Godos* y alguna obra más, se tiene conocimiento que es autor de una colección de Leyes, si nos atenemos al dicho de San Braulio, quien dice que compuso muchos instrumentos de Derecho Canónico y Civil, y seguramente que no pocos del *Fuero Juzgo*. El Concilio de Sevilla del año de 619, presidido por San Isidoro, da abundantes pruebas de los conocimientos que como jurista tuvo respecto del Derecho Romano, y que cita repetidamente instituciones teodocianas o justineanas. Otros autores en el terreno de la doctrina que merecen citarse son Tajón y San Julián de Toledo.

A pesar de la tendencia unificadora del Derecho, la realización de tal unificación no tuvo lugar sino mediante la

expedición del *Fuero Juzgo*, y para esta labor legislativa no fueron escasas las resoluciones dictadas en los diversos Concilios de Toledo, especialmente a partir del tercero en el que Recaredo, abjurando de la herejía arriana, abrazó con toda su corte el Catolicismo, siguiendo su ejemplo todo el grupo dominante de los visigodos que habían permanecido en la citada herejía.

Recesvinto se propuso reunir, en un solo cuerpo de Leyes, todo el Derecho contenido en las cuatro primeras que anteriormente se mencionan y otras más que andan dispersas, y seguramente no dejó de desempeñar papel de importancia en esto el obispo de Zaragoza San Braulio, si hemos de atender a una correspondencia que la tradición quiere que haya existido entre el rey y el obispo. La nueva compilación legal que ha llegado hasta nosotros, es la citada en quinto lugar, o sea el libro que usualmente se conoce como *Fuero Juzgo*.

No se conoce exactamente la fecha de su publicación, pero es aceptado generalmente el año de 654 y, casi con certeza, puede afirmarse que la promulgación de ese cuerpo de Leyes fue hecha previa aprobación que le dio el VIII Concilio de Toledo. En la promulgación de esta obra intervinieron los miembros de la *Aula Regia*, especie de consejo real asesor del soberano; en cuanto a su estructura, el *Fuero Juzgo* se halla dividido en doce libros, cuyos títulos son los siguientes:

Libro I.- *Del facedor de la Ley et las Leyes;*

Libro II.- *De los juicios y causas;*

Libro III.- *De los casamientos é de las nascencias;*

Libro IV.- *Del linage natural;*

Libro V.- *De las avenencias é de las compras;*

Libro VI.- *De los malfechos é de las penas é de los tormentos;*

Libro VII.- *De los furtos é de los engaños;*

Libro VIII.- *De las fuerzas é de los daños é de los quebrantamientos;*

Libro IX.- *De los siervos foidos é de los que se tornan;*

Libro X.- *De las participaciones é de los tiempos é de los annos é de las lindes;*

Libro XI.- *De los físicos é de los mercadores de Ultramar é de los marineros; y*

Libro XII.- *De devedar los tuertos é derraigar las sextas é sus dichos.*

Los libros están divididos en títulos, cada uno de los cuales lleva su epígrafe especial, y los títulos, finalmente,

se dividen en Leyes numeradas dentro de cada uno de éstos.

El profesor de la Universidad de Salamanca, don Manuel Torres, en sus lecciones de *Historia del Derecho Español*, resume de esta manera los elementos de donde procede el contenido del *Fuero Juzgo*.

“El libro I, dividido en dos títulos, contiene, al tratar del legislador y de las Leyes, más que normas legales, principios retóricos procedentes en gran parte de San Isidoro. El verdadero cuerpo legal comienza en el título I del libro II, al frente de cuya Ley 1ª incluso, aparecen las palabras: in nomine domini.

La Ley Visigothorum Recesvindiana (Fuero Juzgo), tuvo carácter territorial ... disponiéndose en ellas que fuese el código único del estado visigótico, cuyas disposiciones sólo podían ser completadas por el rey”.²

Ciertas características de la Ley que examinamos, deben ser tomadas en consideración, a saber: la diversidad de temas o ramas de Derecho que encierra, predominando el Derecho Privado al Público; no se trata de una Ley de carácter constitucional que organice al estado, distribuya o limite competencias entre los funcionarios públicos, sino de un conjunto de normas que ha de regir,

2 Torres, Manuel. *Historia del Derecho Español*. T. II. Pág. 115.

predominantemente, las relaciones entre particulares, y las que existen entre éstos y el estado; la redacción de cada Ley, en que va expresa una especie de exposición de motivos, constituye a la interpretación auténtica de la misma, a diferencia de las normas de los códigos modernos que si aventajan en concisión, no hacen ver el espíritu como se desprende de los textos que componen la Ley que se comenta.

Del contenido del *Fuero Juzgo*, de la doctrina de los teólogos juristas de la época y de los documentos de la práctica que han llegado hasta nosotros, pudiera hacerse una breve síntesis del Derecho Hispano-Gótico en los siguientes términos:

Clases Sociales

Diversas eran las clases sociales, en las que hay que distinguir, en primer lugar, los libres y los esclavos, estos últimos muy reducidos en número, respecto de los que existían bajo el régimen romano, y sin que se les reconociera el carácter de sujetos de derechos para varios actos de la vida de sus relaciones jurídicas. Entre los libres había que distinguir a los nobles, *infanzones* e *hijos hidalgos* por una parte, y a los *pecheros* por la otra. Entre los esclavos, existían los esclavos de personas y los siervos de la gleba. Los *infanzones* eran la clase más elevada entre los godos, y bajo ellos se encontraban los *bucelarios*, que eran hombres libres colocados bajo el patrocinio de otros más elevados o influyentes.

División de la Tierra

Según la tradición no plenamente confirmada por los textos jurídicos, la tierra se dividió en tres partes, correspondiendo dos de ellas a los visigodos y una a los hispano-romanos. Los primeros dos tercios correspondían unos al rey, otros a los nobles, y otras porciones constituyeron el patrimonio de las comunidades religiosas, estableciéndose así el origen de las tierras que había de perdurar en siglos posteriores en tierras de realengo, de solariego y de abadengo. De las primeras, o sea de las de realengo, había que distinguir aquéllas cultivadas en beneficio del rey o las que, sin cultivo, eran adjudicadas por él entre sus súbditos, constituyendo lo que más tarde había de conocerse como *terrenos baldíos*.

Derecho de Personas, Familia y Sucesiones

En cuanto al Derecho de Personas, se siguió la legislación romana para la fijación de la edad en que se consideraba al hombre capaz para otorgar testamento y para contratar, siendo ésta la de catorce años. En relación con los esponsales y matrimonios, se siguieron las normas propias del Derecho Canónico, que perduraron en toda la legislación española en sus elementos esenciales. En cuanto al ejercicio de la patria potestad, a influencia germánica, la familia descansaba en vínculos de consanguinidad, en lugar de seguir la tradición romana de la familia agnática, cuyos miembros se hallaban vinculados por la potestad del *pater familias*.

Por lo que hace a la propiedad privada, fue sujeta a ciertas limitaciones desconocidas en el Derecho Romano, especialmente por lo que hace a la facultad de apacentar al ganado que, salvo en coto cerrado, podía llevarse a cabo, incluso en propiedades ajenas, originándose así la famosa institución que más tarde se desarrolló, conocida con el nombre de *la Mesta* o *Cabaña Real*.

En materia de sucesiones, se sientan las bases de un sistema que paulatinamente se desarrolló en épocas posteriores, y que será objeto de estudio especial. En cuanto a la contratación, dominan los principios del Derecho Romano.

CAPÍTULO VII

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Usos y costumbres

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 *Ibidem.* Págs. 145-152.

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

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

Fueros y Cartas Pueblas

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

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

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

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

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

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

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

Leyes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencia y Fazañas

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

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

CAPÍTULO VIII

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

Derecho Público

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

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

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

- Organización o Constitución Política; y
- Constitución Social.

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

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

- Hermandades.

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

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

Monarquía

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Oficios Palatinos y Consejo Real

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

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

5 *Partidas*. 2^a, 9, 12 y ss.

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

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

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

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

Concilios y Cortes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jurisdicciones Territoriales

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

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

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

Consejos u organización municipal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Behetrías

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

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

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

Hermandades

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

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

CAPÍTULO IX

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

Derecho Público (II)

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

Clases Sociales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Nobleza

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

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

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

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

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

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

La Iglesia

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

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

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

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

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

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

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

Hombres libres

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

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

Los siervos

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

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

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

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

Las Corporaciones de Oficios

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

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

CAPÍTULO X

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

Derecho Privado (I)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 *Estilo*, Ley 70.

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

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

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

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

14 *Ibidem* 5, 1, 9.

15 *Fuero Juzgo*. 11, 32.

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

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

16 *Ibidem.* 12, 2 y 3.

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

Matrimonio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esponsales

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

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

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

Barraganía

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

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

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

Régimen de bienes en el matrimonio

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

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

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

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

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

²² *Partidas*. 4^a, 11. 1.

Patria Potestad

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

Tutela y Curatela

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

CAPÍTULO XI

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

Derecho Privado (II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25 *Partidas*. 3ª, 30, I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

27 Código 11, 6, 3.

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

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

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

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

²⁹ *Partidas*. 2^a 1, 2.

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

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

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

30 *Partidas*. 3ª, 31, 1.

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

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

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

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

CAPÍTULO XII

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

Derecho Privado (III)

Ante las divergencias entre el Derecho Romano y el Germánico que en materia de sucesiones se manifiestan en la legislación española, brevemente deberán examinarse ambas fuentes para explicar el Derecho Español.

Antecedentes romanos

Bien sabido es que para la transmisión de bienes a título universal, o sea por vía de sucesión, existen dos medios, el testamentario y el de intestado o sucesión legítima. Y se sabe también, a ciencia cierta, la predilección que los romanos tuvieron para el testamento ante el peligro degradante para ellos de morir sin heredero, de allí que desde las *Doce Tablas* hayan quedado consignados los principios básicos de la sucesión testamentaria, facultando al testador para disponer libremente de sus bienes y acerca de la tutela de sus hijos: *uti legassit super pecunia tutelare suae rei, ita jus esto*.³¹ No omite la citada Ley

31 *Tabla V, 3.*

fijar las bases de la sucesión legítima, pero la preferencia por la testamentaria fue siempre manifiesta.

Las diversas formas de testamento que a través del tiempo van apareciendo, son: el *testamentum calatis comitiis*, *testamentum in procincu* (militar), *per aes et libram*, éste mismo modificado más tarde, el *nuncupativo*; y, por último, el *tripartito*, que era una mezcla de los anteriores. De estas diversas formas de testamento, sólo los dos últimos trascendieron al Derecho Español.

Era elemento esencial en el testamento la institución de heredero, uno o varios, a quienes se transmitían los bienes sin que pudieran disponer sólo de parte de ellos: *nemo pro parte testato pro parte intestato descendere potest*. Y una vez instituido el heredero, no podía ponérsele condiciones o modalidades que le hicieran perder este carácter: *semel heres, semper heres*. Entre las modalidades solamente la condición suspensiva era válida, no así la resolutoria, como tampoco la de término.

Como precaución para no morir sin heredero a pesar de haber hecho testamento, se establecieron las tres formas de substituciones: vulgar, pupilar y *quasi* pupilar; la primera de las cuales se combinó más tarde con el fideicomiso, apareciendo así lo que se ha llamado substitución fideicomisaria, expresamente prohibida en nuestro Derecho.

Muy minuciosamente reglamentaron las Leyes romanas la capacidad de testar y la de ser instituido heredero,

o sea, la *factio testamenti* activa y pasiva. Después de la libertad absoluta que las *Doce Tablas* otorgaban al *pater familias* para disponer de sus bienes, aparecieron limitaciones tales como la doctrina de la desheredación, y más tarde la del testamento inoficioso, intentado por medio de querrela de ese nombre, que procedía siempre que no se hubiera dejado a aquéllos que, sin testamento, hubieran tenido el carácter de herederos legítimos más próximos, una parte de los bienes que fue fijada en la cuarta, llamándose por eso *cuarta legítima*. Muy detalladamente también consignaban las Leyes romanas las causas de ineficacia de los testamentos, que se distinguían en cuatro clases, a saber: testamento *injustum*, por falta de forma o de capacidad; *ruptum*, cuando siendo válido en un principio, se anulaba por testamento posterior o por nacimiento de un póstumo; *irritum*, cuando el testador capaz de otorgarlo, se hacía incapaz; y, *destitutum*, cuando los herederos no podían o no querían aceptar la herencia.

Respecto a la adquisición de la herencia, se distinguían en Roma tres categorías de herederos: herederos necesarios, que no podían negarse a recibir la herencia; los suyos y necesarios, aquéllos que sometidos a la patria potestad del testador, se convertían en *sui juris* al morir éste; y, los extraños o voluntarios, que podían aceptar o rechazar la herencia según su voluntad.

Además de la institución de heredero, el testamento podía contener disposiciones a favor de legatarios, especie de donación hecha por el difunto a cargo del heredero:

donatio quaedam a deffunto relictā et ab heredes prestanda. Cuatro fueron las primitivas formas de establecer los legados, que seguramente son conocidas y no ameritan describirse. Para evitar que el caudal hereditario fuera distribuido íntegramente en legados, se tomaron, sucesivamente, varias medidas, de las cuales sólo la última fue eficaz, y no es otra que la *cuarta falcidia*, por la que el heredero tenía el derecho de recibir, por lo menos, una cuarta parte del caudal, pudiendo ser distribuidos los restantes tres cuartos en calidad de legados.

Bajo Augusto aparecieron los fideicomisos y los *codicilos*; consistiendo los primeros en el acto por el cual una persona encomienda a otra que transmita, total o parcialmente, la herencia. En cuanto a los *codicilos*, eran actos de última voluntad, carentes de formalidades, y más usualmente empleados con el fin de modificar un testamento ya hecho, aún cuando podía existir sin testamento. Volviendo a los fideicomisos de herencia, conviene recordar que estas instituciones, después de su primitiva forma, sufrieron ciertas modificaciones, en virtud de los Senado-consultos *Trevellano*, *Pegasiano* y más tarde en la legislación justineana.

Si de la forma testamentaria pasamos a la intestada o legítima, se encuentra también que las *XII Tablas* consignan las bases para la transmisión de bienes por causa de muerte cuando no hay testamento, y establece una gradación de herederos en tres grupos, a saber: herederos suyos, agnados a falta de aquéllos, y gentiles a falta de

unos y otros. Debe hacerse notar la denominación de *heres sui*, que ocupa el primer lugar, ya que significa *herederos de sí mismos*, lo que denota el aspecto familiar del patrimonio hereditario, que aunque sometido a la exclusiva administración del *pater familias*, era en realidad una especie *sui generis* de propiedad comunal familiar.

El primitivo sistema de las *XII Tablas* sufrió modificaciones, imprimiéndole un sistema marcadamente individualista, propio de todo el Derecho Romano; siendo las principales transformaciones, en primer lugar, las introducidas por los edictos de los magistrados, más concretamente, pretorianos, estableciendo la *bonorum possessio*, que por no haber pasado a la legislación española, no tiene especial interés en este resumen. Más importancia tuvo el cambio introducido por los pretores, para dar entrada y admitir como herederos legítimos a los cognados o parientes por consanguinidad. En segundo lugar, los Senado-consultos *Tertuliano* y *Orficiano*, otorgaron derechos sucesorios a la madre respecto de los bienes de los hijos, y éstos, a su vez, se hacían herederos de su madre.

En tercer y último lugar las modificaciones de Justiniano, introducidas en sus famosas *Novelas* 118 y 127, que dejaron establecidas las bases comúnmente aceptadas por todas las legislaciones posteriores, entre ellas la española, consignando nueva gradación entre los herederos legítimos que son: 1.- Los descendientes; 2.- Los

ascendientes y los hermanos carnales del mismo padre y de la misma madre; 3.- Los hermanos y hermanas consanguíneos (del mismo padre) o uterinos (de la misma madre); y, 4.- Los colaterales.

Antecedentes germánicos

A diferencia de los romanos, los germanos no conocían el sistema testamentario. Los herederos eran natos, no elegidos –dice Brunner en su *Historia del Derecho Germánico*–, y asienta además que el Derecho Hereditario germánico era un derecho de familia. Los bienes pasaban del difunto a los miembros más próximos de su familia, dándose preferencia a los hombres sobre las mujeres, pero sin excluirlas; a los hombres se transmitían los bienes propios de su sexo, tales como armas, caballos, etc. (*pars gladii*), y a las mujeres pasaban aquéllos adecuados a sus actividades, como la rueca, el hueso, etc. (*pars fusus*). En la partición hereditaria se aplicaba el principio de que *el mayor divide, el menor escoge*, aún cuando no fue extraña la indivisión en algunos casos. Apartándose de los principios germanos que exigían la toma de posesión o investidura formal en todo caso de transmisión o adjudicación de bienes, tratándose de la sucesión no era necesario este requisito, pues se aplicaba un aforismo concebido en estos términos: *El muerto hace herederos a los vivos* (*mortus aperit oculos viventis*), o como lo expresaba el Derecho Francés: *le mort saisit le vif*; estableciendo así la ficción de que el muerto, como tal, realiza un acto jurídico.

De la distribución o aplicación de los bienes entre herederos, fue tradición de época muy remota apartar un conjunto de determinados objetos de uso personal, tales como el caballo, el ropaje y ciertas armas que se enterraban con el difunto, para que éste pudiera valerse de ellas en la vida de ultratumba, dándose el caso de que cuando estos bienes no se consideraban suficientes, se echaba mano para este fin de bienes ajenos. Estos bienes constituyen, seguramente, el antecedente de lo que se designó como *parte del muerto* (*totenteil*). Cuando el Cristianismo dejó sentir la influencia de sus doctrinas en el Derecho, esta parte del muerto no desapareció, sino que se convirtió de equipo del cuerpo, en equipo del alma, aplicándose cierta parte de los bienes hereditarios en sufragios por el alma, ya fuera mediante actos de culto o en distribuciones o limosnas a los pobres (*mortuarium*). Si más tarde apareció entre los diversos núcleos germanos la facultad de disponer de sus bienes por testamento a influencia romana, siguió subsistiendo la parte del muerto (*pars mortui*), que ha de pasar a la legislación española en las usuales disposiciones testamentarias *pro anima*.

Otra característica del Derecho Germánico, fue la división de los bienes por razón de procedencia, es decir, que aquéllos que procedían de la rama paterna recaían en los descendientes de esa rama, y los de la materna a los de ésta, constituyendo así un vínculo de abolengo.

Derecho Español

En el Derecho Español se siguieron los dos sistemas de sucesiones, la testamentaria y la legítima. La primera,

sin la amplitud que el Derecho primitivo romano había establecido en las *Doce Tablas*, sino tendiente más bien a las normas romanas de épocas posteriores, o sea otorgando a los parientes próximos derechos de que no podían ser privados por el testador, en los términos que más adelante veremos.

Respecto de las reformas a los testamentos, ya el *Fuero Juzgo*³² había establecido que el testamento era válido si era escrito por su autor ante testigos o, no sabiendo aquél firmar, lo hiciera alguien por él; también se consideró válido el testamento hecho verbalmente ante testigos, pero en este caso debía ser confirmado o probado ante el obispo en el plazo de seis meses, jurando los testigos que el testador les rogó que concurrieran a dar testimonio de su última voluntad, y en este último caso cuál fue el contenido del testamento. Posteriormente el *Fuero Real* declaró válido el testamento hecho ante notario o ante testigos.³³

Más adelante, las *Siete Partidas* establecieron como requisito para la validez del testamento *nuncupativo* que se hiciera ante siete testigos, aún cuando no fueran rogados; pero según comentarios de Gregorio López, los testigos debían ser siempre rogados. También establecieron las *Siete Partidas* que el testamento podía ser escrito ante igual número de testigos rogados, quienes debían poner su firma y sello pendiente del pliego o documento

32 *Fuero Juzgo*. 2, 5, 11.

33 *Fuero Real*. 3, 5, 1.

en que se otorgaba el testamento, debiendo también firmar el testador.³⁴

El *Ordenamiento de Alcalá* simplificó estas formalidades, estableciendo que el testamento debía hacerse ante un notario y tres testigos, o sin notario ante cinco testigos, modificando los antecedentes romanos al establecer que no era requisito el nombramiento de heredero para que el testamento tuviera validez.³⁵ El testamento cerrado aparece por primera vez en la legislación de *Partidas*. El pliego que lo contiene debía doblarse, dejando siete cuerdas con que se cerraba, y cada una para el sello de otros tantos testigos, ante los cuales el testador declaraba que aquel pliego contiene su última voluntad. Todo testamento, según los precedentes romanos, debería redactarse en un sólo acto sin interrupción. La Ley 3 de *Toro* exige la concurrencia de siete testigos y el escribano, y no reconocía validez al testamento ológrafo, derogando en esto a las *Partidas*.

Una modalidad especial apareció en la legislación española, y fue la relativa al testamento por apoderado. Esta modalidad surgió primero en diversos Fueros locales, y así lo confirma más tarde el *Fuero Real*;³⁶ pero las *Partidas*, a fin de evitar abusos que esta forma podía ocasionar, no consintieron la procuración para el caso de testamento sin que en ella se hiciera la designación de here-

34 *Partidas*. 6^a, 1, 1.

35 *Ordenamiento de Alcalá*. Título XIX, Ley única.

36 *Fuero Real*. 3, 5, 6.

dero por el propio testador; y la Ley 31 de *Toro* declaraba que el apoderado no podía ni debía nombrar heredero, ni mejorar en tercio y quinto, ni desheredar a hijos o descendientes del autor de la herencia, ni hacer substituciones de ninguna clase, a menos que en el poder que se le otorgara fueran consignadas estas facultades; esta disposición fue reglamentada cuidadosamente por las *Leyes de Toro* estableciendo, entre otras cosas, que el otorgamiento de los poderes debía ser hecho ante escribano y testigos. En el caso de que el poder fuera general, o sea, cuando el poderdante se limitaba a decir que daba poder para hacer testamento, las facultades del comisario o apoderado se reducían a pagar las deudas y cumplir las obligaciones personales del difunto, a aplicar en beneficio de su alma la quinta parte de los bienes, y a entregar el resto de ellos a los parientes a quienes correspondiera heredar como herederos legítimos; debiendo, si no hubiera parientes, disponer de toda la herencia para obras pías y en beneficio del alma del causante. Para que el comisario o apoderado pudiera instituir heredero, era necesario que en el poder se designara a la persona instituida.

Respecto de la facultad para otorgar testamento, el *Fuero Viejo* estableció la facultad a los mayores de siete años que se vieren en trance de muerte, para disponer a favor de su alma de la quinta parte de sus bienes. Si eran mayores de doce años, podían dar la mitad de cuanto hubiere con fines a sufragios del alma y después de los dieciséis años podían disponer de la totalidad de los bienes con toda libertad. Las *Partidas* establecían la edad de

catorce años para los varones, y la de doce en las mujeres para poder hacer testamento. A la manera romana, las *Siete Partidas* mantuvieron la facultad de otorgar *codicilos*, para los que eran necesarios cinco testigos; y las *Leyes de Toro*, determinaron que se deberían llenar los mismos requisitos para otorgar *codicilo*, que para el testamento.

Como restricción a la facultad de testar, se estableció, siguiendo los antecedentes romanos de la época clásica y posterior, la *legítima*, que era la porción de bienes de que el testador no podía disponer por reservarla la Ley a determinados herederos, llamados por estos herederos forzosos. El *Fuero Real* concede derechos de la legítima a los descendientes legítimos, pero no a los ascendientes ni a los colaterales, y concuerdan con estas normas las contenidas en diversos Fueros Municipales. Las *Partidas*, en cambio, conceden derecho de legítima, a falta de descendientes, a los ascendientes. Desde el *Fuero Juzgo*, seguido más tarde por el *Fuero Real*, se dispuso que los que tuvieran descendientes legítimos, sólo podían disponer a su muerte de la quinta parte de sus bienes, de suerte que la legítima consistía en los cuatro quintos de la herencia,³⁷ y era aplicable esta norma a las donaciones *intervivos*, que no podían exceder del quinto, cuando había herederos legítimos.

Las *Siete Partidas* siguieron la legislación de Justiniano, señalando como legítima de los hijos, si no pasan

37 *Fuero Juzgo*. 3, 5, 10.

de cuatro, la tercera parte de la herencia, y si pasan de cuatro, la mitad;³⁸ pero dado que la legislación de *Partidas* se consideró como Ley supletoria, en España siguió rigiendo hasta la expedición de los Códigos Civiles el principio consignado en el *Fuero Real*, que establecía la legítima en los cuatro quintos del caudal hereditario.

Se estableció también lo que en la legislación de la época se denominó como *mejora*, que consistió en una parte de la legítima de la que el padre o la madre podían disponer para alguno o algunos de sus hijos o descendientes, quienes, de esta manera, podían percibir mayor porción que los otros. Algunos Fueros locales desconocieron el derecho a la mejora, con excepción del primogénito que podía ser mejorado (*Fuero de Cuenca*, de *Zorita* y de *Brihuega*), y el *Fuero Viejo*, así lo consignó también.³⁹ Diversos Fueros locales comenzaron a conceder los beneficios de la mejora a partir del siglo XIII, y el *Fuero Real* estableció que tal mejora podía ser de un tercio. Por último, las *Leyes de Toro* permitieron acumular el tercio de mejora y el quinto de cuota disponibles.

Para la ejecución y aplicación de la voluntad del testador, se establecieron en el Derecho español lo que el *Fuero Real* designó *cabecaleros*, que no son sino lo que en nuestro Derecho moderno se conoce como albaceas, que las *Partidas* ya mencionan con este nombre.

38 *Partidas*. 6^a, 1, 17.

39 *Fuero Viejo*. 5, 2, 4.

Fue institución muy característica del período que nos ocupa, la disposición de ciertos bienes destinados a sufragios, tomando como antecedente la legislación germánica en cuanto se refiere a la parte del muerto o *totenteil*, y se llegó a establecer esa finalidad; de universal aceptación en el Derecho Español, transmitida a América, fue la disposición de una parte de los bienes con fines a sufragios del alma, hasta que nuestros Códigos modernos, especialmente el que nos rige, dispuso en su artículo 1330, en relación con las Leyes de Beneficencia, que semejante disposición se entiende hecha en beneficio de ésta.

Por lo que hace a la sucesión *ab intestato* o legítima, en la época de la Reconquista las Leyes, tanto generales como locales, reconocían a los descendientes legítimos derechos preferentes a la herencia intestada; y a falta de descendientes, el *Fuero Real* llamaba a los ascendientes, en primer lugar a los padres, y si no hay más que uno, éste recibía toda la herencia; y en el caso de falta de padres, heredaban los abuelos.⁴⁰ Las *Siete Partidas*, siguiendo la legislación contenida en la *Novela* 118 de Justiniano, llamaron a ascendientes y colaterales conjuntamente, es decir, que los hermanos concurrían con los padres, y si no existían éstos con los abuelos.⁴¹ Los parientes colaterales, sólo heredaban cuando no había descendientes ni ascendientes, excluyendo los más próximos a los más remotos.

40 *Fuero Real*. 3, 6, 12.

41 *Partidas*. 6^a, 13, 4.

Quedó establecido el derecho de representación en línea descendente, y en esta virtud los descendientes de primer grado heredan por cabeza, en tanto que los de ulterior grado heredan por estirpes, en representación de su padre o madre premuertos. Estas normas las establecen tanto el *Fuero Real* como las *Partidas*. Respecto de este derecho de representación, puede decirse que en sustancia no modifica lo dispuesto por las normas justinianas, que en realidad han subsistido hasta nuestros días.

Se confieren también por el *Fuero Real*, derechos hereditarios a los hijos naturales, siempre que estén reconocidos y a falta de descendientes legítimos; pero si fueren legitimados por subsecuente matrimonio o por disposición del rey, heredarán en las mismas proporciones y con la misma amplitud de derechos que los legítimos. Subsistió el derecho llamado de troncalidad, aplicable a los ascendientes y a los colaterales, que consiste en que los bienes hereditarios se apliquen a parientes que lo sean por la misma línea, sea paterna o materna, de donde los bienes proceden.

Fue usual en la legislación española y en su aplicación práctica, la institución del *mayorazgo* que, por otra parte, no requería necesariamente de testamento para constituirse o establecerse. Consistió esta institución en la vinculación de ciertos bienes para que fueran transmitidos de padres a hijos, sin que aquéllos a quienes pasaran tuvieran facultad de enajenar, sino que, forzosamente, se debían transmitir a sus descendientes en la línea que el

mayorazgo establecía al ser constituido. Como esta institución se estableció preferentemente con la mira de mantener el nombre y casa del fundador en situación económica que contribuyera a su prestigio y dignidad, el *mayorazgo* se estableció a favor del hijo mayor y usualmente mediante la asignación del tercio y quinto de libre disposición. Como esta institución tuvo arraigo en la vida jurídica de la Nueva España, en su oportunidad se hará especial alusión de esta materia.

CAPÍTULO XIII

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

Derecho Privado (IV)

De las Obligaciones

De las diversas partes del Derecho Civil, es sin duda la relativa a Obligaciones la que más marcada huella dejó el Derecho Romano; más aún, puede afirmarse que el Derecho de Obligaciones, y dentro de él fundamentalmente los contratos, pasaron de Roma a España, con escasísimas alteraciones. De esta manera, estudiar los contratos en el Derecho Español sería poco menos que repetir las doctrinas y normas de la legislación romana. Simplemente se hará alguna alusión en aspectos especiales en que difieren uno y otro sistema jurídico, y que tengan interés como antecedente histórico en nuestra legislación moderna.

Sabido es el concepto que los romanos tenían de obligación como vínculo de Derecho, que nos obliga necesariamente a dar a otro lo que le corresponde de acuerdo con las normas establecidas (*vinculum juris quo necessitate adstringimur ali quius solvendae rei, secundum nos-*

trae civitatis jura). También es conocida la *cuatripartita* división de las fuentes de las obligaciones: contratos, *quasi* contratos, delitos y *quasi* delitos. Estos principios generales son aceptados por la legislación española en su aplicación, por más que no exponen en detalle la doctrina. Por otra parte, son comunes también a ambas legislaciones romana y española las formas, hasta la fecha aceptadas, respecto de la extinción de las obligaciones, tales como el pago, la remisión parcial o total de la deuda, la novación, etc.

Por lo que hace al pago, el *Fuero Real* es el primero de los Códigos españoles que lo reglamentan, conteniendo, entre esta reglamentación, algunas normas que merecen citarse, como es la de que en caso de concurso de acreedores, deben ser pagados por orden de fecha de los vencimientos; pero en caso de que el deudor se fugara, el acreedor que lo aprehendiese era preferente en el pago. También establecía dicho ordenamiento, que en caso de varias deudas a favor del mismo acreedor, el pago que hiciera el deudor se aplicaría a la deuda que el mismo deudor designara, y a la falta de designación, a la que el acreedor aplicara el pago. También se estableció que había pago cuando se entregaba cosa distinta a la debida, si el acreedor consentía en ello.

Por su parte, las *Siete Partidas* distinguían entre pago propiamente dicho y remisión de deuda. Esta última compilación estableció que podía hacerse el pago por terceros aún ignorándolo el deudor, y que en caso de que el

acreedor rehusara recibir dicho pago, se haría entrega ante testigos (poniendo la cosa en guarda de *algunt home bueno* o en la Sacristía de alguna iglesia). El pago indebido crea una obligación por *quasi* contrato del que lo recibió, debiendo devolver lo indebidamente pagado.

En relación con los diversos contratos, examinaremos también los puntos esenciales de ellos.

Compraventa

El origen de este contrato en el Derecho Romano requería de la entrega de la cosa, pero se convertía en contrato consensual, ya que de acuerdo con Gayo se entendía concertada la compraventa, cuando había acuerdo entre las partes respecto a cosa y precio, aun cuando éste no se hubiere aún entregado.

Según los antecedentes germánicos, este contrato requería formalidades y simbolismos más o menos complicados, algunos de los cuales se conservaron en diversos Fueros locales; pero en general, las compilaciones generales de Derecho siguieron los principios romanos. El *Fuero Viejo* exigía la tradición de la cosa vendida, para que la venta se tuviera como irrevocable; y si sólo se habían entregado arras, podía deshacerse la operación perdiendo dichas arras el comprador o pagando doble el vendedor, según que la responsabilidad recayera en uno u otro.⁴² El *Fuero Real* exigía la entrega del precio;⁴³ en

42 *Fuero Viejo* 4, 1, 6.

43 *Fuero Real*. 3, 10, 12.

tanto que en las *Partidas* el contrato era puramente consensual, a menos que las partes hubieran estipulado como requisito para su validez el otorgamiento de una escritura. En el *Fuero Real*, el vendedor debía responder de la evicción que sufriera el comprador;⁴⁴ y las *Siete Partidas*, con más detalle aún, reglamentaron este aspecto inherente a la compraventa.

También aparece reglamentada en la legislación española la rescisión por lesión, que el *Fuero de Alcalá* extendía a otros contratos en que se operaba la entrega de una cosa debida.

Arrendamiento

Con antecedentes en el *Fuero de Soria*, el *Fuero Real* establece algunas normas dignas de tomarse en cuenta a saber: tratándose del arrendamiento de casas, el dueño puede darlo por terminado antes de la expiración del plazo si el inquilino causare algún daño, o cuando hubiese necesidad de hacer reconstrucciones. Para el desahucio por falta de pago de rentas, se fijó un plazo de dos años de incumplimiento de dichos pagos. Los objetos del inquilino que se encuentren en la casa, responden del pago de la renta; vencido el plazo fijado, se entendía renovado por un año más, por consentimiento tácito.

Las *Partidas* siguen los principios y normas romanas;⁴⁵ pero merece citarse el siguiente texto relativo a

44 *Ibidem.* 3, 10, 7.

45 *Partidas.* 5^a, Título 8°.

arrendamientos de fincas rústicas, cuando los frutos de la finca arrendada se perdiesen por causa no común “*así como por avenida de ríos, por muchas lluvias, por granizo, por fuego, por huestes de los enemigos, por asonada de otros omes que los destruyesen, por sol, por viento, por aves, por langostas u otros gusanos, o por alguna otra ocasión que tollese todos los frutos*”, al arrendatario se le libera de pagar la renta. La misma Ley da la razón de este precepto diciendo: “*la guisada cosa es que como él pierde las simientes, e su trabajo, que pierda el señor la renta que debe haber*”. Si sólo se pierde parte de los frutos, el arrendatario puede elegir entre dar al dueño toda la renta o entregarle los frutos que queden descontados los gastos.

La aparcería fue de uso muy común, y varios Fueros locales la reglamentaban teniendo en cuenta las condiciones de la región, encontrándose casos frecuentes en que dueño y arrendatario constituían una especie de sociedad con fines a la explotación de la tierra (entre otros Fueros, el de *Teruel* establecía normas al respecto).

Donación

En un principio, se siguió en España la regla usual entre germanos, de que para que hubiera donación era requisito que el donatario diera alguna compensación al donante, o en otros términos no podía haber transmisión gratuita, pero tal regla fue desapareciendo, dejando solamente una que otra huella en las legislaciones forales.

Tanto el *Fuero Real* como las *Partidas* dan normas de revocación de donaciones, por ingratitud del donatario. Podían hacerse donaciones *mortis causa e intervivos*, pero se hacía clara distinción entre las primeras y los legados. Se reglamentaron también, con detalle, las donaciones entre cónyuges, autorizándolas el *Fuero Real* siempre que hubiera transcurrido un año desde la celebración del matrimonio y no hubiera hijos.

Préstamo y usura

Es sin duda el préstamo uno de los contratos más usuales en todas épocas y en todo lugar, y ha dado origen en todas las legislaciones a una meticulosa reglamentación, e incluso ha trascendido esta operación económico-jurídica a situaciones políticas.

Dos clases de préstamo existen, fundamentalmente, que desde el Derecho Romano, fueron clara y definitivamente distinguidas, a saber: el préstamo de uso y el de consumo. Originariamente confundidos, los que celebraban una operación de préstamo se vinculaban por medio de un *nexum*, que vinculaba al prestatario al devolver la cosa que recibía en préstamo, garantizando incluso con su propia persona y con la de aquéllos que de él dependían el cumplimiento de dicha obligación, en los términos de las palabras que sacramentalmente debían expresarse, de allí el texto que las *Doce Tablas* daban a las palabras con que se establecía el *nexum*, en carácter de Ley (*cum nexum faciet mancipiumve uti quisque lingua mun-*

cupacit ita ius esto); pero lo que más ha influido en épocas posteriores a Roma, en la doctrina y en las normas mismas, ha sido el obtener del préstamo y a favor del prestamista un rédito o interés que, en la Edad Media, se designó con el nombre genérico de usura; y diversas Leyes, a influencia del Cristianismo, se dictaron en protección de los deudores, una vez prohibiendo la usura en lo absoluto y otras limitándola.

Las doctrinas contra el préstamo a interés, tenían como fundamento la consideración de que las cosas estériles, entre las cuales se contaba el dinero, no podían usarse sin consumirse y, por consiguiente, en ellas el uso de la cosa es inseparable de la cosa misma, y por lo tanto es ilícito cobrar por dos conceptos, es decir, la cosa misma y otra prestación más por el uso de ella.

“Se admitió, sin embargo –dice Minguijón– que podían concurrir títulos extrínsecos que justificasen la percepción de un interés, y éstos eran el daño emergente (perjuicio experimentado por el prestamista a causa del préstamo), el lucro cesante (privación de ganancias que podían haberse obtenido con el dinero prestado), periculum sortis (riesgo de perder el capital), titulus legis (disposición de la Ley civil) y, mora o retardo en la devolución del dinero”.

Originalmente, el préstamo no se obtenía para emplearlo en negocios lucrativos, sino para remediar necesidades, y cargar intereses semejantes al préstamo era, sin duda, la ruina del prestatario; pero cuando comenzó a

desarrollarse el comercio y la industria, el dinero se solicitaba en préstamo con fines lucrativos, y en este caso se justificaba la percepción de un interés o usura, debido a aquellos casos o títulos extrínsecos a que anteriormente se ha hecho alusión. En la Edad Media, se consideraba que si aquél que pone su trabajo se arruinaba, no parecía equitativo que el capitalista conservara íntegramente su derecho para reclamar el capital prestado; de aquí que se orientaron esta clase de transacciones a la constitución de especies de sociedades, en las que el trabajo y el capital siguieran la misma suerte en lugar de celebrar el contrato de préstamo a interés; no se podía aceptar que el prestamista conservara las ventajas de la propiedad del dinero, habiéndose librado de sus cargas y responsabilidades. Santo Tomás de Aquino justifica el lucro percibido por quien entrega dinero a un mercader o a un artífice por modo de sociedad, diciendo que en este caso no se transfiere el dominio del capital, y por lo tanto el negociante o artífice negocia o trabaja a riesgo del que le entregó el dinero, quien corre el peligro de perderlo, lo que no acontece en el mutuo o préstamo de consumo.

Siguiendo estas doctrinas, y con fundamento en normas de carácter religioso que llegaban a imponer sanciones severas, como la de negar la sepultura en sagrado a los usureros, la consecuencia fue que para aquéllos que no se ajustaban a estas normas de carácter cristiano como los judíos, principalmente quienes ejercían la función de prestamistas en perjuicio del resto de la población; repetidas Leyes restringían la usura por préstamos hechos por los judíos, o bien, se les limitaba la facultad de adqui-

rir bienes raíces, a cambio de permitirles cobrar intereses, como aconteció en normas dictadas por Sancho IV.

El *Ordenamiento de Alcalá* prohibió a los judíos la usura, pero en compensación les concedió la facultad de poseer tierras hasta cierta cuantía, a lo que se opusieron las Cortes de Valladolid de 1351, que solicitaron del entonces rey don Pedro que consintiera que los judíos die- ran a usura, pero que mandase que en adelante no pudie- ran comprar heredades. Sin embargo, posteriormente se volvió a las normas del *Ordenamiento de Alcalá*. Juan II permitió a los judíos dar dinero a interés, siempre que éste no excediese del 25% del préstamo, y varias Cortes celebradas en España concedieron más de una vez remi- sión parcial de los créditos que grababan a los cristianos a favor de los judíos.

Las *Siete Partidas* prohibieron toda clase de usura; pero los comentarios o glosa a dicha Ley, la interpreta que no debe entenderse esta prohibición cuando se trata de inte- reses moratorios, que deben ser fijados por el Juez. Tales son, en sus lineamientos generales, los principios domi- nantes en materia de préstamo, especialmente el de prés- tamo de consumo o mutuo, en tanto que el préstamo de uso o comodato, ha seguido siendo por esencia gratuito.

Prenda

La prenda, que con el nombre de *peños* aparece en la legislación española, ha sido tratada brevemente al hacer alusión el tema anterior sobre derechos reales, y como no difiere en sustancia de lo establecido en la legislación

romana que se trasmite a las Leyes actuales, no amerita especial alusión, salvo lo ya indicado anteriormente, acerca del pacto comisorio y de alguna que otra prohibición que se encuentra en el *Fuero Real*, especialmente la que impide dar en prenda los animales y objetos de labranza. No fueron desconocidas, aún cuando no desarrolladas, las instituciones que más tarde habían de adquirir tanto auge dentro del Derecho Mercantil, como son las sociedades de seguros.

Derecho Mercantil

El Derecho Mercantil que en la Edad Media dio muestras de cierta autonomía, no aparece aún desvinculado de la legislación común en la época que nos ocupa. El *Fuero Real* encierra algunas Leyes relativas al comercio marítimo, con reminiscencia romana, que inicia esta materia a influencia de las colonias griegas que dejaron establecida la *Ley Rodia*.

Por su parte, las *Partidas* hacen alusión a ferias, mercados y mercaderes, además de algunas otras disposiciones relativas al Derecho Marítimo, como la que determina que en caso de peligro pueden arrojarse al mar las mercancías que lleve un barco, obligando a los que fueren a bordo a sufragar la pérdida por la parte que les corresponda. Existía, además, el Privilegio de 1281, que prohibía, con algunas limitaciones, el embargo de mercancías, y permitía la libre exportación hasta un valor igual al de los géneros importados.

Al contrato de cambio de moneda de un lugar a otro —dice el maestro Esquivel Obregón— se debe en parte la revisión que los canonistas hicieron de las doctrinas de la usura; pues ese contrato dejó ver que en la diferencia del precio pagado por monedas de otros países entraba el costo del transporte, el conocimiento especial del valor de la moneda extranjera, los riesgos del transporte, las eventualidades de las legislaciones locales, el flete y aún el desgaste de la moneda, de modo que las fluctuaciones del cambio de ésta no caían bajo la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, que eran los que conocían de los casos de usura.

Las ferias y mercados de Francia y de Flandes, hicieron que los castellanos enviaran mercancías que, muchas veces transportadas por mar, debían sujetarse a las Leyes especiales del comercio marítimo. Las *Siete Partidas*⁴⁶ expresan que:

“en los puertos, e en los otros lugares, que son rivera de la mar, suelen ser puestos juzgadores, ante quien vienen los de los navíos en pleyto sobre el precio dellos, e sobre las cosas que echan en la mar, e sobre otra cosa qualquiera”.

Aparece así el antecedente de los tribunales del comercio, que más tarde habrían de tener auge junto con la autonomía de que gozaron tanto en Europa como en América, de la que más adelante se hablará.

46 *Partidas*. 5^a, 9, 14.

CAPÍTULO XIV

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

Derecho Penal y Procesal

Derecho Penal

Bien sabido es que en esta importantísima rama del Derecho, las normas que actualmente la integran y las doctrinas que la informan difieren en muchos aspectos, aún algunos de carácter esencial, de las que fueron las Leyes penales en la antigüedad, sean romanas o germánicas, pero sin duda que no son extrañas al sistema que hoy impera muchos conceptos que surgen y se desarrollan en la Edad Media, a la luz del Cristianismo.

Es y ha sido concepto común de todo tiempo, que delito es un hecho ilícito, una infracción castigada por la Ley, al que los romanos consideraban como fuente de obligación civil; sin embargo, hacían una distinción que se remonta a los primeros siglos de Roma entre *delicta privata* y *delicta publica*. Los primeros, eran hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona particular o individual, pero sin alterar directamente el orden público; y tales hechos originariamente daban lugar para

que el ofendido o dañado ejercitara por sí mismo la venganza. Ante los abusos de tal procedimiento, las Leyes intervinieron limitando la acción del vengador, y comenzó a establecerse en varios casos la imposición de una pena pecuniaria en substitución de la venganza, procurando proporcionar la pena al daño causado, e introduciendo, como elemento necesario para la existencia del delito, la intención dolosa y criminal. Los delitos públicos eran aquéllos que directa o indirectamente atacaban al orden público, la organización política o la seguridad del estado, y abrían una acción pública persecutoria, es decir, que podía ser intentada por todo ciudadano, y las Leyes establecían las penas aplicables.

Pasando al Derecho Germánico, los autores están acordes en reconocer que el Derecho Penal descansa en la idea de que quien rompe la paz, se sitúa, él mismo, fuera de ella; de manera que quien ejecuta un acto contrario a la paz pública o a la paz de la familia (*sippe*) se hace, según el caso, enemigo de la comunidad o enemigo de la familia, y la Ley lo priva de toda protección e *ipso jure* queda expuesto a la enemistad y a la venganza del ofendido o de su familia, si éstos no optan por la composición o *wergeld* que, a manera de multa, debe cubrir el ofensor.

Otro concepto esencial entre los germanos, era que el hecho delictuoso se apreciaba exclusivamente en función del daño, es decir, que no se tomaba en cuenta el elemento intencional; de manera que el delito existía al producirse el daño, hubiera o no intención criminal; y por otra

parte, la simple intención acompañada de hecho frustrado, no se consideraba como delito. En otros términos, el delito se caracterizaba por el hecho extremo material.

Los precedentes romanos se impusieron durante la monarquía visigótica, pero un fenómeno muy digno de notarse ocurrió en el período de la Reconquista, del que Hinojosa se ha ocupado en detalle, y fue el resurgimiento de los antecedentes germánicos, especialmente el de la venganza privada, marcándose así un retroceso dentro del sistema del Derecho Penal, no sólo en la mayoría de los Fueros locales, sino aún en las compilaciones generales como el *Fuero Real*,⁴⁷ al establecer que cuando el rey o los alcaldes declaraban enemigo a un delincuente y lo entregaban como tal al ofendido, éste podía matarlo, pero si lo hacía sin la previa entrega, tenía que pagar quinientos sueldos, y quedaba a su vez como enemigo de los parientes del que así preciaba de la vida.

Este estado de *inimicitia* o enemistad con la parte ofendida por el delito, permitió que subsistiera la venganza privada, que facultaba a la parte ofendida a aplicar la pena, incluso la de muerte, o bien llegar a una especie de arreglo mediante la composición, mediante pago que hiciera el delincuente como medio de reparación del daño. Esta composición tenía lugar aún en casos de homicidio, para lo cual existía una valoración o especie de tarifa, teniendo en cuenta la posición social o categoría del muerto; y así, se había fijado en 500 sueldos la canti-

47 *Fuero Real*. Lib. IV, Tít. 17, Ley 4.

dad que había de pagarse por un noble, y en 300 sueldos por un villano; la mujer en el período de la concepción, valía más que aquélla que no estuviera en estado, etc. En esto se manifiesta también el aspecto externo como característica del delito, dándole muy poca o ninguna consideración al elemento intencional.

Contra estas tendencias que no fueron, por cierto, exclusivas de España sino de toda Europa medioeval, luchó la Iglesia con extraordinaria tenacidad, lo que fue dando sus frutos basándose en los principios morales, más concretamente en la teología moral que determina la naturaleza del pecado, y toma como factor esencial de él, además de la materia, el pleno discernimiento y la libre y deliberada voluntad de cometerlo, y aplicó, mediante constantes enseñanzas, tales principios a los delitos; luchó denodadamente contra la venganza privada, estableciendo las llamadas *treguas de Dios*, para evitar que se ejerciera este procedimiento punitivo, al menos durante cierto período de tiempo, que fue ampliándose más y más hasta acabar con el procedimiento de Justicia hecha por propia mano ofendida.

Sería larga la simple enumeración de los Concilios, entre los cuales, algunos generales o ecuménicos, se ocuparon de esta materia, decretando sanciones rigurosas tales como excomuniones, prohibición de entierro en sagrado, entredichos y otras, contra quienes no respetaran la tregua o *paz de Dios*. Éstas se fijaban por cierto tiempo, ante la imposibilidad de suprimir radicalmente

las venganzas. Unos Concilios la establecieron sólo los domingos, como el de Elna (1027); otros la establecían durante toda la Cuaresma y el Adviento, como los de Maguncia y Clermont; el ecuménico de Letrán (1179) mandó la observancia de la tregua todas las semanas, desde el miércoles después de puesto el sol, hasta el lunes a su salida, por ser los días consagrados a la Pasión y Resurrección del Señor, como lo sugirió Odilón de Cluny, y varios obispos del mediodía de Francia desde el Adviento hasta la octava de la Epifanía, y desde la Septuagésima hasta la octava de Pascua.

La paz de Dios penetró en España, y en el Concilio de Oviedo (1115) juraron los que a él asistieron conservar la paz, así como tomar las medidas necesarias para ello, bajo pena de anatema y otras más. Estas normas se extendieron por Asturias, Castilla y León, jurando todos sus habitantes su observancia. El Concilio de Compostela (1124) estableció normas análogas.

Ante tales medidas, el concepto del delito y la aplicación de las penas se orientaron hacia la asimilación del primero con el pecado, y a la supresión del sistema de venganza. No es de extrañar que en algunas Leyes se empleen las palabras delito y pecado indistintamente, con escándalo de algunos penalistas de nuestros tiempos; pero esto no porque se hubieren considerado como sinónimos absolutos esos dos términos, ya que el delito no dejó de considerarse como una transgresión contraria a la armonía y bien comunes, lo que en sí se considera como

pecado, y nadie ignoraba que éste tiene una mayor amplitud, como es bien sabido, a actos, dichos o pensamientos que no traen consigo mal social propiamente dicho.

Dentro de estos cambios subsistió la doctrina romana, relativa a las dos clases de delitos, a saber: privados y públicos, que se han citado, y dentro de estos últimos se estimó que aquellos actos contrarios a la unidad nacional, como era la propaganda de doctrinas o prácticas religiosas diversas de las que la comunidad profesaba y seguía, debían considerarse como actos delictuosos dentro de determinadas circunstancias, y por lo tanto sujetos a represión y castigo, no como simples actos pecaminosos dentro de las doctrinas de la teología moral imperante, sino como actos opuestos a la integridad nacional y a la paz pública.

Supuestos estos someros antecedentes, examinemos, por vía ejemplificativa, algunos delitos consignados en las Leyes de la época que nos ocupa.

Entre los delitos contra el honor, no existía legislación unificada, pues, por ejemplo, tratándose del forzamiento de mujer, en unos Fueros se castiga con la muerte, y en otros con el pago de una compensación pecuniaria. El *Fuero Viejo* impone la pena de muerte, y lo mismo determinan las *Siete Partidas* respecto del forzador de mujer honesta, cualquiera que fuere su estado, y además todos los bienes del delincuente se aplicarán a la mujer ofendida.

Tanto en el *Fuero Real*⁴⁸ como en varios Fueros locales, (*Sepúlveda*, *Cuenca*, *Zorita* y otros), se declara libre de responsabilidad al marido que, sorprendiendo a su mujer en adulterio, mata a los adúlteros. El *Fuero de Soria*, establecía que el marido podía perdonar a los culpables, pero no a uno solo.

El delito de injuria –dice Minguijón– no se encuentra en los Fueros antiguos, pero sí en los más modernos y extensos, como el de *Cuenca* que impone la pena de pago de dos *maravadís*, y la obligación de jurar el denostador que no supo la deshonra que atribuía al denostado. Otras injurias eran castigadas también en las Leyes españolas, como era la de coger a una mujer por los cabellos, poner las manos en rienda de caballero o bajarlo por fuerza del caballo, cortar las barbas a alguno (lo que se castigaba con 200 *maravadís*), etc. En el *Fuero Viejo*, las palabras ofensivas se castigaban también con la obligación de cubrir cierta suma de dinero, que es más alta si se trata de un fijosdalgo que de un labrador. Las *Siete Partidas* reglamentan con detalle las penas correspondientes a las injurias.

Especialmente graves, eran las penas que se imponían contra delitos de falsedad. El *Fuero de León* establecía que el testigo que hubiere declarado falsamente, debía pagar al rey 60 sueldos, y aquél a quien perjudicó con su testimonio, debía pagarle los daños que con esa falsedad hubiera causado. Además, la casa del falso testigo debía

48 *Ibidem*. IV, 17, 1.

ser totalmente destruida, y en lo sucesivo no sería admitido a dar testimonio. Algunos Fueros locales, como el de Cáceres y el de *Usagre*, imponen como pena al que jurare o firmare mentira, que se le trasquile la mitad de la cabeza y que saliera del concejo.

En forma muy desigual en las diversas legislaciones, se castigan los delitos contra la propiedad, pues en tanto que en algunos se señalan penas severas, hasta llegar a la de muerte como en el *Fuero de Ayala*, en otros, como en el de *Cuenca*, se impone la pena al que comete este delito de pagar el valor de lo hurtado, hasta nueve veces. Tanto el *Fuero Real* como las *Partidas* establecen diversas categorías de penas, por razón de hurto, según las circunstancias en que se comete, aplicándose penas más o menos severas, según la persona víctima de tal delito.

Por lo que hace a las penas, las *Siete Partidas* enumeran cuatro para los yerros mayores y tres para los menores. La primera, es muerte o pérdida de miembro; la segunda, trabajo perpetuo en los metales o labores del rey; la tercera, destierro perpetuo con ocupación de todos los bienes; la cuarta, hierros o cárcel perpetua; la quinta, destierro perpetuo sin tomar los bienes del delincuente; la sexta, infamia, privación de oficio o suspensión temporal; y la séptima, azotes o heridas públicos, o deshonra en la picota.⁴⁹

Ciertas clases de penas estaban absolutamente prohibidas, tales como dar muerte a pedradas, la crucifixión y

49 *Partidas*. 7^a, 4, 31.

el despeñamiento. También se prohibía la de marcar a alguno en la cara, quemándolo con fuego u otras que lo desfiguraran. Algunas de las penas parecerían hoy en extremo rigurosas, pero deberá tenerse en cuenta la rudeza de los tiempos y, como dice Minguijón, organizaciones y temperamentos fisiológicamente menos delicados, de menor desgaste nervioso y, en consecuencia, de una sensibilidad moral menor, aún cuando en ciertos aspectos más idealistas que la de nuestros tiempos.

Organización judicial y procedimientos

La suprema autoridad jurisdiccional era el rey; y en un tiempo se consideró como una misión fundamental de la realza la de juzgar. Esta función, como tendremos ocasión de verlo en diversas etapas de nuestra exposición histórico-jurídica, tiene una preponderancia muy característica sobre las demás funciones gubernamentales, al grado que no pocas de las normas de Derecho, más bien que proceder de autoridad legislativa, surgen de las sentencias encomendadas a los funcionarios jurisdiccionales, a cuya cabeza se encontraba el rey. La *Curia Regia*, como cuerpo consultivo que acompañaba y asistía al monarca, intervenía en las resoluciones judiciales.

Alfonso X, en las Cortes de Zamora, instituyó los Alcaldes de Corte en número de nueve de Castilla, ocho de León y seis de Extremadura; y debían juzgar en primera instancia de los delitos llamados *casos de Corte*. Siempre que el rey se trasladaba de un lugar a otro,

había de ir acompañado de cierto número de Alcaldes, correspondientes a cada uno de los reinos de Castilla y de León.

En el reino de León, existía un tribunal que juzgaba de acuerdo con las normas del *Fuero Juzgo*, constituido por cuatro Jueces llamados *Jueces de Libro*, de los cuales uno era nombrado por el rey, otro por el Cabildo eclesiástico, otro por los nobles y otro por la ciudad de León, y tenía jurisdicción de Tribunal Supremo, pues conocía de las apelaciones de los casos sometidos a jueces inferiores en León y Galicia, y aún en ciertos casos del mismo tribunal del rey.

Los gobernadores que con el título de condes se hallaban distribuidos dentro del territorio del reino, tuvieron atribuciones judiciales, generalmente asesorados de un número variable de peritos en Derecho, y las sentencias que dictaban eran apelables ante el rey.

El mismo Alfonso X expidió Leyes para los *Adelantados Mayores*, a quienes se encomendaba el cuidado del orden público, abarcando jurisdicciones generalmente muy extensas y con funciones de juzgadores de menor jerarquía; los *merinos* conocían de los casos que se les sometían dentro de su respectiva merindad, y que podían ser apelados ante las autoridades superiores. Los llamados *Alcaldes de Casa y Corte*, tenían jurisdicción dentro de cinco leguas del lugar de residencia de la Corte, y entendían en asuntos criminales y civiles, siendo apelables sus sentencias en materia civil.

Bajo Enrique II, se constituyó la *Audiencia*, en virtud de resolución tomada en las Cortes de *Toro* del año de 1371, y estaba constituida por siete *oidores*, de los cuales tres eran prelados y cuatro juristas. Este tribunal conocía, en única instancia, ciertos casos, y en última instancia de otros, no pudiéndose admitir apelaciones contra sus resoluciones. La *Audiencia Real* sufrió modificaciones en su composición en épocas posteriores, y se denominó a este tribunal *Chanfillería*, teniendo el carácter de itinerante y no de residencia fija, hasta que se le señaló para este objeto la ciudad de Segovia, de donde fue trasladada más tarde por los Reyes Católicos a la de Valladolid. Los mismos Reyes Católicos crearon otro tribunal en Ciudad Real, que más tarde se trasladó a Granada.

En materia procesal dominó, a través del período de la Reconquista, la influencia germánica. De acuerdo con el *Fuero Real*, después de la comparecencia de las partes ante el tribunal, el Alcalde recibía las pruebas y después de este trámite, las partes podían contradecir el valor de las pruebas de la contraria, hecho lo cual se dictaba sentencia.

Las *Partidas*, muy minuciosamente, detallan las normas de procedimiento que sería largo describir en esta breve exposición, debiéndose tener presente que los juicios, en lo general hasta el final de la Edad Media, eran orales; y cuando al final de ese período se usó la forma escrita, los procesos se alargaron considerablemente. Es de tenerse en cuenta los procedimientos que en materia criminal se seguían, y que usualmente se conocen con el

nombre de *procedimientos inquisitivos*, por más que no se desconoció el *acusatorio*. El *procedimiento acusatorio* comenzaba a instancia de la parte ofendida, y tenía el carácter de público y oral.

Planteada la demanda y contestada ésta, se procedía a la rendición de pruebas, entre las cuales debe citarse como una de las de más fuerza, el juramento. Además de éstos, no faltaron en España, como en otros países, las llamadas *ordalías* o *juicios de Dios*, en que se manifestaban muy a menudo tendencias supersticiosas, contra las cuales la Iglesia luchó con extraordinario tesón. En el siglo XII la Santa Sede dictó varias medidas en contra de tales pruebas, y Honorio III las prescribió sin distinción. En España, los Concilios de León de 1288 y de Valladolid en 1322, castigaban el uso de esas pruebas con excomunión.

El *procedimiento inquisitivo* de los delitos se caracteriza por ser seguido de oficio aún cuando no haya acusación, y en él el juez no asume una situación puramente pasiva, sino que considerando el delito como un ataque al Derecho que afecta a la sociedad, el Juez, personalmente o por medio de funcionarios dependientes de él, realiza las investigaciones que juzga necesarias para el esclarecimiento de los hechos. El *Fuero Real* establece con detalle las normas relativas a este procedimiento. Como medios de prueba, fue usado el tormento como medida de investigación en todos los tribunales de la Edad Media, y acerca de él también emplearemos los datos al tratar en la Nueva España, del *procedimiento inquisitivo* empleado por el Santo Oficio.

CAPÍTULO XV

DERECHO AZTECA (Primera Parte)

Introducción

El año mismo que terminó la Reconquista en España, fue descubierto el Nuevo Mundo, abriéndose un nuevo campo para el Derecho. En virtud de este extraordinario acontecimiento, se produjo el fenómeno del choque de dos culturas, por una parte la europea representada por España, y por la otra la americana. El resultado de este choque tuvo, como era natural, repercusiones hondas en la vida jurídica de uno y otro continentes; pero no sería posible abarcar lo acontecido en toda América, sino que nuestro estudio debe concretarse a los acontecimientos que tuvieron lugar en el territorio que más tarde había de ser México.

Este territorio, bien sabido es que no constituía en aquel momento una unidad política o estatal, sino una multiplicidad de grupos de población que se encontraban en él conviviendo, a veces más o menos armónicamente, y en otras en pugna y lucha constante. No todos estos grupos de población tienen igual importancia como antecedentes en nuestra vida jurídica, y sólo fijamos, por lo tanto, la atención en aquéllos que preponderantemente

dejaron alguna huella. De éstos, teniendo en cuenta el momento histórico en que se inicia la labor de España en América, es, sin duda, con mucho el más importante el grupo Azteca, que por su fuerza y su cultura dominaba toda la región central de nuestro territorio, y se extendía de uno a otro lado, desde las playas del Golfo por una parte, y del Océano Pacífico por la otra. Es por lo tanto entre los Aztecas, donde buscaremos sus principios, normas y usos de carácter jurídicos, dentro de la exposición histórica de nuestros antecedentes.

Pudiera preguntarse si realmente existió un Derecho más o menos ampliamente elaborado entre los Aztecas, a lo que, sin duda, debe contestarse apriorísticamente, sin perjuicio de confirmarlo plenamente más tarde, que el Derecho sí existió en ese pueblo, como tiene que existir desde el momento en que hay convivencia entre los hombres. Si nos atenemos, además, a lo que se ha llamado la cultura Azteca, atendiendo al desarrollo que en muchos aspectos ha podido ser comprobado, se llega también a la conclusión de que el Derecho no solamente existía, sino que las normas que lo constituían llegaron a adquirir una fuerza y arraigo tales, que forzosamente tenían que trascender a épocas posteriores. De aquí la importancia del estudio del Derecho entre los Aztecas, pues aún cuando la civilización europea con su técnica jurídica en un grado de elaboración muy avanzada habría de dominar a las instituciones aztecas, no era posible borrarlas del todo, y menos aún si se tiene en cuenta que la política seguida a este respecto por la Corona española fue mantener las

instituciones aborígenes, en todo aquello que no se opusieran a las normas fundamentales del Cristianismo y de las instituciones políticas españolas.

Por otra parte, conviene hacer notar, como lo hizo el maestro Esquivel Obregón, el fenómeno en virtud del cual el Derecho Indígena fue desvirtuado por la acción misma de los indios, como el Derecho Español fue también alterado en América por acciones de los mismos españoles. El indio encontró en muchos casos más beneficio en el Derecho Español, y fue el primero en desconocer sus propias instituciones; y por su parte el español, ante las facilidades que encontraba en el indio para satisfacer sus necesidades, cuando no su codicia, desvirtuaba el propio Derecho Español, surgiendo de todo esto un nuevo sistema jurídico que si bien es cierto fue preponderantemente hispánico, no dejó de resentir la influencia del indio.

Seguramente que al través de los años, transcurridos desde la fecha del encuentro de las dos culturas hasta nuestros días, en más de una ocasión se ha dejado sentir en nuestro medio jurídico actual la influencia indígena, y en muchos casos sin percatarnos de su antecedente u origen. Dice el maestro Esquivel Obregón que:

“el sentido jurídico del indio es factor importantísimo en la Historia del Derecho en México; él ha obrado activa y poderosamente en toda nuestra vida; pero en la oscuridad, sin él mismo

darse cuenta a veces, porque las fuerzas vienen de los senos inaccesibles de un alma cuyo misterio no nos hemos ya cuidado de penetrar, ni menos de exponer en nuestras Leyes, por temor de que se diga que somos enemigos del principio de igualdad y que tratamos de volver a la odiosa distinción de razas”.

En esta virtud, es sin duda de gran importancia el estudio e investigación de los antecedentes indígenas en la vida jurídica, lo que nos permitirá apreciar, en no pocos casos, la razón de ser de instituciones actuales o de los trastornos sufridos en las mismas. No es, por lo tanto, este estudio una simple curiosidad histórica o una simple narración de curiosidades, sino complemento necesario dentro de los antecedentes del pensamiento jurídico en México.

Como las Leyes escritas o aún las consuetudinarias de los Aztecas no han sido consignadas en obras o cuerpos accesibles, habrá que buscar el Derecho Azteca entresacándolo de las obras que en forma jeroglífica nos han sido transmitidas, y que se conocen con el nombre de *Códices*, en los relatos de los mismos indios después de iniciada la labor de España en este continente, o en las crónicas e informes de los mismos españoles.

Fuentes

De diversa índole son las fuentes de origen azteca con que contamos, para conocer el Derecho con que ese pueblo se gobernaba, pero entre ellas las menos abundantes

son las Leyes mismas, ya que sólo algunas quedaron consignadas por escrito, como son las que aparecen en el llamado *Libro de Oro*, que fueron tomadas de jeroglíficos indios y traducidos al español en el siglo XVI por Fray Andrés Alcoviz.⁵⁰

Para el conocimiento y estudio del Derecho Azteca, deberá recurrirse a los relatos generales o especiales que han llegado hasta nosotros en forma jeroglífica, generalmente traducidos y que se conocen como *Códices*, algunos anteriores a la venida de los españoles, y otros posteriores a ese acontecimiento. Además de los *Códices*, existen obras históricas escritas por los indios, tanto en náhuatl como en español. Los monumentos, restos de la civilización Azteca, proporcionan también algunos datos que los estudios arqueológicos ponen de manifiesto.

Por último, otra fuente existe, que ha sido generalmente menospreciada por los historiadores y legisladores y que, sin embargo, es de capital importancia, a saber: el indio mismo, cuyo carácter, capacidades, usos, costumbres y necesidades, deben ser estudiados, ya que del conocimiento de estos elementos podrán explicarse tanto su criterio y usos jurídicos, cuanto los motivos de sus actos y reacciones frente a las Leyes que a través de los tiempos se les han aplicado o impuesto. Esta fuente la

50 Véase Orozco y Berra, *Historia Antigua de México*, Tomo I. Págs. 265-269; García Icazbalceta, *Nueva Colección de Documentos para la Historia de México*, Tomo III. Pág. 308 y ss.; Kohler, Joseph. *El Derecho de los Aztecas*.

conocemos, pues convivimos con los indios dentro de la sociedad mexicana, de suerte que tenemos a mano ese importantísimo factor para poder estudiarlo en su psicología, y deducir de allí, junto con algunos otros datos que nos aportan otras fuentes, cuáles han sido en el pasado sus usos y costumbres jurídicos.

Pero más importante aún, es conocer al indio con fines de adaptarlo al medio dentro de la cultura cristiana y de la civilización, tomando para ello las medidas y estableciendo las normas adecuadas a su dignidad de hombre, como parte integrante de nuestra nación, sin apasionamientos ciegos en pro de un indigenismo mal entendido, como en el transcurso de nuestra vida independiente se ha manifestado. Tendremos oportunidad de examinar en las *Leyes de Indias*, sabias normas en que se tenía en cuenta la mentalidad, criterio y, en una palabra, la psicología indígena, normas que en épocas posteriores se han menospreciado por considerar que establecían desigualdades, sin tener en cuenta que la igualdad de las normas ante circunstancias desiguales, es la mayor de las desigualdades.

Volviendo a los Códices como fuentes de información, basta citar los nombres de los más destacados, como son el *Telleriano Remense*, el *Vaticano*, el *Borgiano*, el *Tejervary*, el *Ramírez*, el *Aubín*, el *lienzo de Tlaxcala*, la *Matrícula de Tributos*, la *Tira de Tepexpan*, y el más importante de todos, para nuestros fines, que es el *Mendocino*. Este último fue mandado a hacer por orden del

Virrey don Antonio de Mendoza, de quien toma su nombre, y tuvo por fin informar al emperador Carlos V acerca de los antecedentes históricos de los aztecas y determinar los tributos que se cubrían a Moctezuma, así como la relación de la vida de cada individuo. Consta, por lo tanto, de tres partes:

- Anales aztecas desde la fundación de México en el legendario año de 1325, hasta el gobierno de Moctezuma;
- Relación de los tributos de los diversos pueblos sometidos al gobierno azteca, lo que permite conocer la extensión del territorio dominado por el régimen radicado en Tenochtitlán, y las aportaciones de los diversos pueblos tributarios; y,
- Un relato de la vida del individuo desde su nacimiento hasta su muerte, de donde se entresacan no pocos datos de sus usos y costumbres jurídicas, como son los relativos a matrimonio, patria potestad, trabajo, sacrificios, etc. Este Códice enviado por el virrey Mendoza a Carlos V no llegó a su destino, pues debido al asalto sufrido en la nave que lo llevaba por piratas franceses, pasó a Francia, de donde, más tarde, fue adquirido por los ingleses, encontrándose actualmente en la biblioteca *Bodleina* de Oxford.

Los historiadores indígenas, en el período usualmente llamado colonial, nos suministran datos generales, algunos de carácter jurídico, entre los que deben citarse los siguientes: Fernando Pimentel Ixtlixóchitl, hijo de *Coanacotzín*, último rey de Texcoco, y Antonio de Tovar Cano Moctezuma Ixtlixóchitl, descendiente de las dos casas reales de México y Texcoco, escribieron cartas sobre la genealogía de los reyes de Texcoco y sobre la historia de ese reino. Además de éstos, debe recordarse a Antonio Pimentel Ixtlixóchitl, hijo del primero de los citados, que escribió las memorias del reino de *Acolhuacán*, de las que se sirvieron Torquemada y Clavijero en sus Historias; Tadeo de Niza, noble tlaxcalteca que escribió, por orden del Virrey de Mendoza, la *Historia de la Conquista*; el noble texcocano Gabriel de Ayala, que escribió en náhuatl la *Historia de México desde 1243 hasta 1562*; Fernando de Alva Ixtlixóchitl, descendiente de los Reyes de Texcoco, que escribió en español la *Historia de Nueva España*, la *Historia de los Chichimecas*, *Compendio Histórico del Reino de Texcoco*, y otras obras más; Domingo de San Antonio Muñoz Chimalpain, que escribió en náhuatl *Una Crónica Mexicana*, y otras obras de importancia.

Las fuentes españolas son, como es natural, más abundantes; pero conviene advertir que en algunos aspectos los datos que suministran deben tomarse con cierta cautela, debido a que algunos de los cronistas, con ánimo de hacer valer sus esfuerzos y sus hechos, exageran a veces las dificultades, el número de los enemigos con quienes

combatieron y los mismos esfuerzos realizados; en algunas otras ocasiones, especialmente entre los cronistas religiosos que querían encontrar una fuente de principios religiosos a través de la doctrina cristiana que ellos profesaban, pretendían encontrar analogías en ritos y ceremonias indígenas con los de la Iglesia Católica, exagerando las similitudes; en otros casos, guiados por el amor al indio, le atribuyeron cualidades y virtudes que no pocas veces resultan exageradas, o que producen la desfiguración del carácter indígena.

Entre los historiadores españoles, en el tiempo y aún en importancia debe darse el primer lugar a Hernán Cortés, quien en sus *Cartas de Relación* dirigidas a Carlos V, nos ha dejado relatos de extraordinario interés y de gran importancia. Estando Cortés en España, su capellán López de Gómara escribió un relato de la Conquista, pero que atribuyendo los méritos de ella exclusivamente a Cortés, dio lugar a que Bernal Díaz del Castillo, vindicando la labor de los compañeros de Cortés y pretendiendo rectificar la obra de Gómara, escribiera su interesantísimo relato de la *Historia verdadera de la Conquista de México*, que se ha tenido como una de las fuentes más importantes de la Historia de la época a que se refiere.

El conocido como *Conquistador Anónimo*, nos dejó también un relato breve de los acontecimientos de la Conquista. Fray Toribio de Benavente, que adoptó el nombre de *Motolinía*, nos dejó la *Historia de los Indios de*

la Nueva España, obra importantísima por revelarnos en ella su amor y comprensión para los naturales; Fray Bernardino de Sahagún, que recabando innumerables datos de los mismos indios, nos dejó uno de los monumentos más importantes en la Historia y en las costumbres de México; Fray Diego Durán, autor de la *Historia de las Indias de la Nueva España e Islas de Tierra Firme*; el jurisconsulto Antonio Zurita, no es menos digno de citarse; Fray Bartolomé de las Casas, en sus diversas obras, quien con su impetuoso y apasionado carácter ha dado origen a no pocas exageraciones y leyendas, pero que fue, por otra parte, factor importantísimo para el conocimiento de la raza indígena y para el gobierno de la misma. Otros autores merecerían citarse, y baste mencionar a Fray Pablo Beaumont, autor de la *Crónica de Michoacán*; a Diego de Landa, que escribió la *Relación de las cosas de Yucatán*; y a don Matías de la Mota Padilla, autor de la *Historia de la Conquista de la Provincia de Nueva Galicia*.

CAPÍTULO XVI

DERECHO AZTECA (Segunda Parte)

Constitución social

Antes de abordar el tema que pudiera llamarse constitucional, dando a esta palabra la connotación usual de nuestros días, deberá examinarse la estructura social y los elementos de que disponía; o en otros términos, considerar la constitución social para localizar dentro de ella a la constitución política. Para ello, siguiendo las orientaciones del maestro Esquivel Obregón,⁵¹ analizaremos la influencia de la ganadería en las primitivas sociedades.

La gran importancia que el ganado ha tenido en todo tiempo para la humanidad, y muy particularmente en las sociedades primitivas, es evidente; los ejemplos abundan. El ganado ha sido y es uno de los más importantes elementos para la alimentación del hombre; ha sido y aún es medio eficaz de transporte y de carga; fue en muchos pueblos índice de valores e instrumento de cambio, materia prima en ofrendas y sacrificios religiosos sin excluir, además, su función recreativa o de solaz; en pocas palabras, puede decirse que el ganado ha sido uno de los medios

51 Esquivel Obregón, *op. cit.*, Tomo I. Pág. 30 y ss.

más eficaces para satisfacer urgentes necesidades humanas y, en muchos casos, factor de comunicación e intercambio entre los hombres.

La palabra *pecunia*, que hasta la fecha es usual para designar al dinero, y en general, bienes patrimoniales, claramente se explica por su antecedente etimológico, que era el ganado (*pecus*) para los romanos, lo que para nosotros significa dinero o caudal patrimonial. Notoria es, por lo tanto, la importancia de la ganadería en las sociedades y especialmente en las culturas primitivas, al grado de que ese factor es uno de los que más contribuyen a la estructura social, y a no pocos usos y costumbres de carácter religioso y jurídico.

¿Qué acontece en los pueblos de cultura aún no plenamente desarrollada cuando carecen de tan importante factor, como sucede entre los Aztecas? Desde luego no podían valerse de él, como medida de valor ni como instrumento de cambio, sino que tenían que recurrir a otros medios; en materia religiosa recurrían muchas veces a los sacrificios humanos; para satisfacer necesidades alimenticias empleaban a menudo los despojos humanos, y dentro del concepto de patrimonio familiar se carecía de un medio eficaz de cohesión, como lo fue el ganado en muchos pueblos. De allí que los Aztecas se valieran de los granos, especialmente del cacao, para suplir la *pecunia* en operaciones de cambio; se ofrecieron a los dioses víctimas humanas; se usaba el cuerpo humano a falta de carne animal como alimento y, por último, la estructura

de la familia no tenía las características de cohesión que aparecen en otros grupos sociales como, por ejemplo, entre los romanos.

En la familia, la potestad del jefe de ella era ilimitada, de manera que la sumisión y obediencia ciega e incondicional es característica del indio, tanto en la familia como fuera de ella, creando así una situación de subordinación absoluta a los jefes o *caciques*, no por concepto moral de obligación, sino en virtud de un acatamiento que no tiene más base que la fuerza del que manda. Este fenómeno que tan evidentemente ha influido en la psicología del indio y que perdura hasta la fecha, dio lugar a que se creyera en una obediencia consciente como característica en el indio, confundiendo la obligación moral con la subordinación ciega ante el temor o ante la simple costumbre que no ha logrado ser desarraigada. Esto lo confirma el hecho que dentro del vocabulario náhuatl, no parece existir la palabra *obligación*, lo que permite deducir que no se tenía el concepto, o éste era incierto o mal definido.

En relación con la falta de animales domésticos, debe hacerse observar cómo esto influye en el bajo concepto de la dignidad personal, ya que no pudiendo recurrir, como medio de transporte, al uso de los animales de carga, se empleaba en lugar de ellos al hombre mismo, que desempeñaba funciones muy por debajo de su dignidad personal. Fenómeno este último que ha perdurado incluso hasta nuestros días, en que puede observarse aún al indio usar de su propio cuerpo, como medio de transporte

y de carga en innumerables casos. La producción agrícola también se resentía notablemente por falta de los animales de labranza, y el resultado de los trabajos agrícolas tenía que ser deficiente, repercutiendo esto en la fisiología misma del indio.

La antropofagia era usada entre los aztecas, y aún cuando se ha dicho que tal costumbre obedecía más a principios religiosos que a necesidades fisiológicas, una y otra finalidad se complementaban, y en el supuesto de que sólo sean los fines religiosos los que mueven al hombre a sacrificar a sus semejantes, la gravedad del acto se acrecienta, ya que si éste obedeciera a necesidades imperiosas tendría este atenuante, en tanto que disfrazar o revertir el sacrificio humano con actos religiosos acusa un doble error a saber: el suponerse facultado para disponer de los semejantes con fines a la alimentación, y el de poder disponer también de las vidas ajenas en aras de las divinidades. Estos fenómenos ocasionan, como se verificó entre los aztecas y pueblos circunvecinos, las constantes guerras con miras a hacerse de recursos humanos para sacrificios y alimentación.

En resumen, si no puede afirmarse que el único factor determinante de los usos y costumbres apuntados es la falta del ganado, sí es elemento que contribuye al estado de organización social entre los aztecas, caracterizado, como se ha dicho, por una potestad ilimitada en poder de unos cuantos, y una sumisión ciega y absoluta en las grandes mayorías. Con estos antecedentes podremos entrar a examinar los aspectos esenciales del Derecho en

sus dos ramas que usualmente se consideran, o sea, la del Derecho Público y, posteriormente, la del Derecho Privado.

Derecho Público

Forma de Gobierno

Los pueblos dominadores de la meseta central del que es actualmente el territorio mexicano al llegar los españoles, aparecían constituidos en una especie de confederación integrada por México, Texcoco y Tlacopan; pero en esta organización existía un evidente predominio de México, al grado que cuando el jefe, como en el caso de Moctezuma, ordenaba el cambio de autoridad en Texcoco o en Tlacopan, como sucedió en más de una ocasión, parece ser que se encontraba este hecho como algo natural, de suerte que la autonomía que la Confederación exige, hablando en términos modernos, no existía propiamente. Cuando Moctezuma obligó a que se diera la corona de Texcoco a Cacamatzin, postergando a Ixtlixóchitl, y más tarde cuando entregó a los españoles al mismo Cacamatzin, y nombró como rey de Texcoco a Cuicuitzcatzin, a nadie se le ocurrió protestar contra tales actos, seguramente por considerárseles naturales, lo que desvirtúa el concepto de Federación aparente, constituido entre los tres reinos o señoríos. A este respecto, señala el maestro Esquivel Obregón analogías evidentes entre tal sistema y el seguido en nuestros días, en que constitucionalmente parece México constituido en forma de Federación: primera e importante demostración de supervivencia de usos y costumbres aztecas.

Como se irá confirmando más adelante, la potestad del jefe era prácticamente ilimitada, confundándose en muchos casos la norma jurídica con la voluntad del jefe, que ejercía su dominio dentro de todo el territorio en que por medio del temor o la fuerza dominaba.

Extensión territorial

El territorio dominado por el señorío de México abarcaba no sólo la meseta central, sino gran parte de la costa del Golfo, y se extendía hacia occidente hasta el Pacífico, al sur del dominio del reino michoacano, y prácticamente hasta llegar a las actuales fronteras de México en la parte sur. Otras regiones se hallaban también sometidas como eran las de Colima en el noreste, y dentro de esta soberanía del señorío de México se hallaba, en calidad de especie de confederados, los señoríos de Tlacopan y de Texcoco, con exclusión, sin embargo, del territorio de Tlaxcala, que no había sido posible someter al dominio azteca, como se había logrado poco antes de la llegada de los españoles con el de Cholula. Los datos que nos suministra el *Códice Mendocino*, son de gran importancia para determinar el territorio sometido o tributario al señorío de México.

Población

Si de la extensión territorial pasamos a la población, encontramos datos muy inciertos, ya que los relatos que los cronistas españoles nos han dejado ante el entusias-

mo de su labor y, a veces, probablemente, ante la inclinación caritativa, especialmente entre los cronistas religiosos, se exageraron notablemente los informes relativos a población, ya para hacer más notables los hechos de la Conquista, ya para impresionar por los abusos cometidos sobre gran número de indígenas. De allí que se den cifras que resulten a veces exorbitantes, como que en tratándose de la ciudad de Tenochtitlán se haga ascender a 130,000 el número de sus casas, aún cuando otros historiadores, como el *Conquistador Anónimo*, reducen la cifra a menos de la mitad.

De la ciudad de Tenochtitlán, debe tenerse en cuenta que encontrándose rodeada de agua constituía una isla que, de acuerdo con los datos con que contamos, no puede haber contenido la población que algunos le asignaron. El Ingeniero José Benítez, en su obra *Historia Gráfica de la Nueva España*, estudia a conciencia la extensión de la isla que constituía la ciudad de Tenochtitlán y puede decirse que era relativamente pequeña, coincidiendo con algunos planos antiguos que han llegado hasta nosotros. No es posible, por lo tanto, aceptar las cifras que nos suministran algunos cronistas respecto al número de casas y, como consecuencia de ello, el número de habitantes.

Sobre el particular, don Lucas Alamán, citado por el maestro Esquivel Obregón, en sus apuntes *La Historia del Derecho en México*,⁵² hace consideraciones irrefutables acerca de este tema, llegando a la conclusión que si

52 *Ibidem*. Tomo I. Págs. 328-330.

había muchas casas, éstas no eran sino pequeñas habitaciones de adobe, quizá algunas de paja, entre las cuales se levantaban gran número de pirámides destinadas a servir de templos dedicados a divinidades. No es posible, por lo tanto, determinar la población, aún cuando sí puede afirmarse que era muy inferior a la que actualmente existe, y a la que los datos de los entusiastas cronistas nos suministran.

Designación del rey

Aceptamos el nombre de rey con que se designa al jefe o *cacique*, por amoldarse la connotación de esa palabra a toda clase de regímenes de carácter monárquico, o sea, cuando la potestad se deposita en una persona y que además la ejerce de manera vitalicia; pero no debe entenderse que haya identidad entre las funciones del rey, entendida con el significado tradicional europeo, y la que tenían los jefes de las sociedades americanas en época precolombina.

Entre los aztecas la autoridad real y la sacerdotal se reunían en la misma persona; característica de todos los pueblos primitivos, y a medida que las instituciones evolucionaban, se manifiesta la tendencia de separar ambas funciones, pero hasta la llegada de los españoles, la potestad del rey, Moctezuma en ese momento, aún tenía clara y marcada autoridad religiosa, aún cuando la función del sumo sacerdocio ya no la desempeñara el rey, sino el *teotecuhtli*, que era un miembro de la familia del

soberano.

Ante la escasa cohesión de la familia natural, la monarquía no era hereditaria sino electiva, pero con limitaciones, ya que el sucesor del monarca debía elegirse entre los miembros de la familia, designando para ello al que reuniera mayores dotes o capacidades de mando, probablemente el que infundiera más respeto por su fuerza o se creyera más capaz de llenar los fines propios del cargo. La elección se hacía por cuatro electores nombrados entre los nobles, pero dada la organización de la familia o la carencia de antecedentes genealógicos que constituyen factor esencial en la nobleza entendido con criterio europeo, la nobleza fue seguramente el grupo de funcionarios públicos próximos al jefe, y era por lo tanto este grupo quien, a la manera de partido político, hacía la designación del rey. El maestro Esquivel Obregón hace observar analogías de tal sistema con el que ha imperado en el México independiente, prueba de reminiscencias de usos y costumbres aztecas.

La capacidad guerrera era una de las cualidades que debía tener el rey, y debía demostrar prácticamente esa aptitud, de manera que, después de electo, no entraba en funciones sino cuando hubiera capturado en guerra a los prisioneros que como víctimas debían ser sacrificados a los dioses, con motivo de las festividades que acompañaban a la toma de posesión. Esto hacía que en muchos casos la elección recayera en un caudillo militar, cosa que también parece que ha reaparecido en nuestros gobiernos

modernos, entre los cuales la gran mayoría de los Presidentes han sido jefes militares.

El ceremonial con que se realizaba la exaltación al trono del electo, ha sido detalladamente descrito, entre otros, por *Motolinía* en sus *Memoriales*,⁵³ y el minucioso ritualismo, así como la presencia de diversos *caciques*, los actos religiosos, etc., contribuyen a darse una idea de lo que era aquel régimen y cuánta la potestad del monarca.

Tenía el rey la facultad de declarar la guerra, que en pueblos belicosos como lo fueron los aztecas y sus vecinos, estallaban muy a menudo, pero procurando buscar causa justa en la declaración, como era para esos pueblos el haber robado o maltratado a comerciantes o a delegados de otra nación, y la declaración se hacía previa consulta a los ancianos. Declarada la guerra, se enviaba al pueblo contra el que se hacía dicha declaración, a unos delegados provistos de obsequios, quienes se encargaban de dar a conocer la declaratoria; y si el pueblo o la nación enemiga optaba por la paz, debía entregar valiosos presentes a los delegados y además debía recibir al ídolo de alguno de los dioses de México, que debería ser colocado en sus propios templos.

No faltaba organización ni técnica guerrera a los aztecas, que las habían adquirido con práctica constante en las luchas entabladas con los pueblos vecinos; los ejércitos se constituían mediante especies de leva, en la que

53 Págs. 282-284.

cada barrio debía contribuir con el número de hombres que se le asignara.

Algo extraordinario en materia jurídica existía como costumbre entre los aztecas y los pueblos circunvecinos, y era el celebrar tratados de guerra, es decir, que en lugar de acuerdos para conservar la paz, se celebraban para declararse la guerra periódicamente, especialmente entre México, Texcoco y Tlacopan, por una parte, y Tlaxcala, Huejotzingo y Cholula por la otra. Estas guerras, eran aquéllas a las que en la Historia se les da el nombre de *Guerras Floridas* o *Xochiyaoyotl*. El fin perseguido en estas guerras era, fundamentalmente, hacerse de prisioneros que como víctimas eran ofrecidos a los dioses. Otra finalidad se perseguía también en la guerra, y era la de sojuzgar a nuevos pueblos colindantes, los que no se incorporaban propiamente dentro del estado azteca, sino que considerándoseles, una vez vencidos, como tributarios, debían pagar al vencedor prestaciones periódicas, que usualmente consistían en semillas, telas, armas, de lo cual el *Códice Mendocino* nos suministraba amplia y detallada información.

Estos tributos generalmente se distribuían entre las castas privilegiadas, de manera que mientras éstas gozaban de bienestar, la mayoría de la población vivía en condición precaria generalmente agobiada por el trabajo, con malo y escaso alimento, y esta situación era especialmente gravosa en los derrotados, a quienes en realidad se privaba de lo más indispensable por cumplir con el pago del

tributo. Esta diversidad en las castas sociales no ha desaparecido en nuestros días.

Religión

No sería posible entrar en detalles acerca de la religión profesada entre los aztecas. Baste decir que era un pueblo, sin duda alguna religioso, pero con todas las lacras que en religiones emanadas del temor y la superstición se encuentran. Acerca de este tema, mucho se ha dicho por historiadores de todas épocas, a los que habrá que remitirse para ampliar los datos acerca de los principios religiosos y usos y costumbres que a este respecto existían.

Merece sin embargo, especial mención por las consecuencias jurídicas, la forma de culto rendido a las diversas divinidades y, especialmente, los sacrificios humanos. Las víctimas humanas eran generalmente prisioneros de guerra, pero también se escogían entre esclavos donados por sus amos a los templos o comprados con el fin de ser sacrificados. Son bien conocidos los informes que tenemos acerca de las festividades religiosas, en las que los sacrificios humanos llegaban a cifras extraordinarias.

Después de hecho el sacrificio, la víctima era arrojada por las gradas del templo o *Teocalli*, a cuya base lo esperaban aquéllos que habían hecho prisionera a esa víctima, y se distribuían fragmentos de ella después de desprender las entrañas, que entregaban a los animales. Parece ser que los que habían tomado al prisionero, no

podían comer de esa carne, pero la distribuían entre los parientes y amigos, a cambio de la que otros suministraban al que se había abstenido de comerla. No fue extraordinario el caso en que los padres destinaban a sus hijos para ser sacrificados, y especialmente se creía que el sacrificio de los niños era grato a las divinidades. El número de las víctimas anuales, según datos depurados, se asigna hasta en 50 mil individuos.

Cultura

Contrastando con las crueles prácticas de culto, el pueblo azteca había llegado a una cultura rara para su pueblo que había carecido de elementos adecuados para su desarrollo, y son especialmente famosas las conquistas alcanzadas en ciencia astronómica, en que se basó la formación matemática del calendario llevado a gran perfección.

CAPÍTULO XVII

DERECHO AZTECA (Tercera Parte)

Derecho Privado

Personas

Ignorantes los aztecas, como lo fueron los romanos durante varios siglos, de los principios cristianos, únicos que dan a la persona su dignidad plena, considerándola como ser trascendente para el que el estado mismo no es si no un medio, no podía existir entre los aztecas un concepto cabal de la persona, como es fácil confirmarlo dentro de las instituciones jurídicas que brevemente examinaremos. Difícil, si no imposible, sería establecer en principios doctrinales, los conceptos que acerca de la persona existían entre los pueblos aborígenes de América; pero pudieron deducirse del tratamiento dado a los hombres dentro de los respectivos sistemas jurídicos.

Libres y esclavos

Existía entre los aztecas esta doble categoría en las personas; pero, a diferencia del Derecho Romano, el esclavo entre los aztecas no fue un simplemente objeto de derechos, sino que, por el contrario, se le reconoció como sujeto en muchos casos, pudiendo decirse que desde el punto de vista jurídico, la situación de los esclavos era en este territorio, antes de la venida de los españoles, menos dura que la de los esclavos romanos, como lo comproba-

remos más adelante.

La esclavitud se establecía por medio de la guerra, en la que los prisioneros caían en ella: principio general de Derecho de Gentes, y por lo tanto, común de todos los pueblos. La esclavitud también se establecía como pena por delitos, usada comúnmente también entre todos los pueblos; y, por último, también se caía en esclavitud por medio de venta que un individuo hiciera de su propia libertad, o por venta que un padre hiciera de sus hijos; sistema no reconocido ni aceptado por el Derecho de Gentes, ya que la libertad es don inalienable. Los esclavos eran, entre los aztecas, muy frecuentemente destinados a los sacrificios humanos, y especialmente los esclavos cautivos en guerra, lo que hacía su condición inferior a la de cualquier otro sistema de esclavitud. A diferencia del sistema romano, la esclavitud no era hereditaria, y por lo tanto no puede decirse que los esclavos nacieran, sino que simplemente se hacían.

Por Ley de carácter consuetudinario, se establecía la esclavitud sobre el tahúr, que no pagaba sus deudas; sobre el hijo incorregible que era vendido por su padre, pero con la condición de que éste, con el producto del precio de esa venta, celebrara un banquete al que asistían los parientes y amigos; también caía en esclavitud el que pedía prestada una cosa de valor y no la devolvía, y el que robaba mazorcas de maíz en una cementera. Podía también hacerse esclavo el que se vendía con ese fin, renunciando a su libertad. La venta de esclavos debía hacerse

ante testigos de parte del comprador y del vendedor, pero este procedimiento no siempre se usaba.

Había casos en que se caía en esclavitud por motivos baladíes, como el que cita Rodrigo de Albornoz, en carta dirigida a Carlos V, refiriéndole como un individuo que se empeñó en tañer un atabal, no teniendo con que compensar al dueño del instrumento para que le permitiera hacer uso de él, se entregó como esclavo y así pasó de mano a mano en ventas posteriores; y como dice el citado Rodrigo de Albornoz: *“Así, hasta los músicos se venden, que es una cosa de burla y de mucho daño, así para la conciencia al servicio de V. M.”*.

Si es verdad que entre los aztecas los esclavos conservaban sus bienes y podían ser sujetos de Derecho para adquirir otros, debe tenerse en cuenta que la situación de la gran mayoría de la población, de hecho, se encontraba en estado de esclavitud, ya que salvo entre las castas o grupos privilegiados, la población en general se dedicaba al cultivo de sus tierras, de cuyos productos debían pagar tributos a sus jefes o *caciques* en tal cuantía, que lo que les quedaba era exclusivamente para su propio sostenimiento que, en la mayoría de los casos, no era sino lo indispensable para vivir.

A los esclavos se les castigaban sus faltas, especialmente al vicioso incorregible, colocándole una collera o pieza de madera sujeta al cuello con un agujero en la parte posterior, por donde se hacía pasar una vara larga, de manera que el esclavo no podía alcanzar con los brazos

extendidos las extremidades de la vara, impidiéndole pasar por una puerta o andar entre la muchedumbre; y el fin de estos esclavos de collera era generalmente el sacrificio en aras de los dioses.

Los procedimientos para recobrar la libertad eran, sustancialmente, los siguientes: si estando en el mercado burlaba el esclavo la vigilancia de su amo y lograba salir del mismo mercado y poner el pie en excremento humano; el esclavo de collera que penetraba en la casa del rey, adquiría la libertad; también alcanzaba la libertad el esclavo que tenía relaciones con su ama; y, por último, el que lograba pagar su precio. Existían mercados en que se traficaba con esclavos, y eran éstos, entre otros, los principales de Azcapotzalco y de Ixtocan.

Matrimonio

Entre los aztecas, como entre todos los demás pueblos, la unión del hombre y de la mujer por medio del matrimonio es la base de la familia, y seguramente que no escapaba para ellos su importancia, pues se tenía de él alto concepto, por lo cual era revestido de solemnes ceremonias de carácter religioso. Sin embargo, admitiéndose la poligamia, la familia azteca no podía tener, por razón natural, la cohesión y armonía de la familia surgida de la unión de un solo hombre y una sola mujer.

Si bien es cierto que la pluralidad de mujeres solamente se practicaba entre las clases superiores, no estaba prohibida para nadie. Esta distinción provenía segura-

mente más bien de factores económicos que jurídicos, pues quien tenía medios de mantener a más de una mujer tomaba a cuantas podía sostener, en tanto que la gran mayoría, desprovista de recursos, tenía que conformarse con un sistema monogámico impuesto por la miseria, no por las normas jurídicas.

A pesar de la pluralidad de mujeres, no se consideraba a todas sobre un pie de igualdad, ya que una solamente era considerada como la legítima, y era aquella cuyo matrimonio se había celebrado con las formales solemnidades religiosas, y se le denominaba *cihutlanti*; a las demás se les llamaba *cihuapilli*.

Sería largo relatar las ceremonias del matrimonio que, entre otros autores, nos refieren Pomar en su *Relación de Texcoco*; Orozco y Berra, en su *Historia Antigua de México*; y algunos más que el doctor Mendieta y Núñez sintetiza en *El Derecho Precolonial*.⁵⁴ Baste señalar algunas de esas formalidades: al llegar un hombre y una mujer a la edad de casarse, que de acuerdo con las opiniones más autorizadas era entre los 20 y los 22 años para el primero, y entre los 15 y 18 para la segunda, se reunía la familia del varón para escoger a la que había de ser la esposa, y fijar fecha y demás requisitos del matrimonio. A continuación, se encomendaba a mujeres de edad avanzada que fueran a pedir el consentimiento de la doncella elegida, así como el de su familia, e iban provis-

54 Págs. 37-40.

tas de obsequios para aquélla, pero era de rigor que a la primera petición de los solicitantes los padres de la pretendida se negaran, y sólo a la segunda o ulteriores instancias otorgaban su consentimiento, y era entonces cuando se arreglaban las condiciones.

Como aparece en el *Código Mendocino*, el enlace se patentizaba por la atadura de las tilmas o vestidos de los contrayentes, hecho lo cual, se les introducía en un cuarto en donde permanecían durante cuatro días, al cabo de los cuales las casamenteras o ancianas de quienes antes se ha hecho alusión, y que habían permanecido vigilando en torno de la cámara nupcial, sacaban el *petate* que había servido de lecho y lo sacudían con ciertas formalidades, y las mantas con que se habían cubierto los cónyuges eran llevadas al templo. No eran estos los únicos actos o ceremonias del matrimonio, pues además había comidas para las familias, en tanto que para los contrayentes había ayuno, esto sin contar con otros actos que tenían lugar teniendo en cuenta las posibilidades económicas de cada caso.

El divorcio estaba admitido por causas justificadas, siendo éstas el que la mujer fuere estéril o pendenciera, impaciente, descuidada o perezosa, pero no se tiene noticia cierta si existían causas de divorcio por deficiencias o defectos del hombre. Parece ser que planteado el divorcio ante las autoridades judiciales, éstas retardaban y dificultaban la resolución, y cuando la dictaban no decretaban la separación sino que dejaban a los esposos hacer lo

que quisieran; fallo que si no era muy jurídico, no puede negarse que era prudente; el hombre y la mujer que se habían divorciado y que contraían nuevo matrimonio o volvían a unirse, eran castigados con la pena de muerte.

Era usual que antes de contraer matrimonio, se unieran un hombre y una mujer, pero si de esa unión nacía un hijo, se obligaba al hombre a que celebrara el matrimonio con las formalidades de rigor, o en su defecto que devolviera a la mujer a su familia. Se daba también el caso de que una simple unión produjera los efectos de matrimonio, cuando había transcurrido largo tiempo y a juicio de los vecinos aquella unión era considerada como matrimonio. Esta diversidad de uniones hacía difícil determinar cuando había varias mujeres, cuál era la legítima y cuáles las ilegítimas.

Tanto el hombre casado como el soltero, no siendo sacerdotes, podía tomar cuantas mancebas quisiera, con tal de que fueran solteras y no estuvieran impedidas por razones religiosas. Fue usual que los padres dieran mancebas a sus hijos, mientras llegaban a la edad de casarse. No parece que haya habido distinciones respecto al rango social entre los contrayentes o en las simples uniones fuera del matrimonio, lo que confirma —dice el maestro Esquivel Obregón— que no había nobleza de sangre entre los aztecas. La unión accidental y transitoria entre hombre casado o soltero y la mujer soltera, no tenía sanción penal alguna.

Patria Potestad

Semejante al poder que los romanos tenían sobre sus hijos en los albores del Derecho Romano, los aztecas disponían de sus hijos sin limitación, ya que podían venderlos, castigarlos con severas penas corporales hiriéndolos con púas de maguey y hasta privarlos de la vida si eran contrahechos o cuando los consideraban de mal agüero, como el caso en que nacían gemelos (*coatl*), o bien, entregándolos como víctimas en aras de los dioses. Pero si los romanos reaccionaron contra tan riguroso régimen a impulsos de lo que la misma naturaleza pide en las relaciones de padres a hijos, convirtiendo los exclusivos derechos del padre en obligaciones, los aztecas no llegaron a suavizar su rudeza en este aspecto. Tenían también los padres el poder de casar a sus hijos y, en todo caso, era indispensable el consentimiento de aquéllos, sin el cual el matrimonio se tenía como ignominioso.

Durante la primera infancia, según unos autores hasta los cinco años, según otros más tarde, los hijos permanecían en la casa paterna, y después, si se trataba de familia de alta posición, eran enviados al *calmecac*, en donde recibían educación civil y religiosa hasta la edad en que podían contraer matrimonio e ingresar en el sacerdocio. En esos establecimientos docentes la disciplina era en extremo rigurosa, los alimentos eran escasos y comunes, y en caso de que una de las familias enviara a su hijo comida especial, ésta era distribuida entre todos los educandos hasta donde alcanzara. Se enseñaba a los

alumnos a hacer toda clase de servicios manuales, tales como acarrear leña y materiales de construcción, barrer el templo, realizar trabajos de reparación de los templos y de sus dependencias y otros menesteres por ese sentido. A ciertas horas del día, se les obligaba a sangrarse las orejas para ofrecer esa sangre a los ídolos. Otras enseñanzas que se impartían además, eran los cantos religiosos, la escritura jeroglífica, el uso de calendario y la buena dicción.

Otros establecimientos docentes existían para los hijos de familias menos acomodadas, que se denominaban *tel-pochcalli*, que se encontraban distribuidos en los distintos barrios, y a ellos concurrían hombres y mujeres a quienes, entre otras cosas, se enseñaba a cultivar el campo; a los perezosos e indisciplinados se les castigaba con golpes de leño o quemándoles el cabello, lo que se veía como oprobioso.

Tanto en el *calmecac* como en el *tel-pochcalli*, los educandos quedaban prácticamente desvinculados de sus familias, cosa que amerita especial atención, pues como dice el maestro Esquivel Obregón:

“en los pueblos caucásicos, sólo excepcionalmente el estado ha podido quitar a los padres la educación de los hijos, y es la tradición Azteca la que ha hecho posible que en México el estado haga otro tanto, con sólo protestas más o menos enérgicas en donde la cultura europea ha sido

más intensa”.

La patria potestad terminaba con el matrimonio del hijo y, posiblemente, también cuando éste alcanzaba altas dignidades religiosas, militares o civiles. Algunos datos vagos existen acerca de la designación que el padre hacía de persona que se encargara del hijo en calidad de tutor a la muerte del propio padre; pero no existen mayores datos ciertos acerca de la tutela.

Derecho sobre las Cosas

No es fácil determinar si entre los aztecas se conocían algunas de las divisiones de las cosas con fines a su régimen jurídico, y aún cuando es de suponer que por razones de hecho distinguían los muebles de los inmuebles, no hay en el léxico náhuatl palabras apropiadas, pero en cambio sí las hay para designar a las cosas sagradas (*tlatochihualli*), las humanas (*tlacallaman*) y las comunes (*tecemaxca*), siendo el término genérico de cosa: *tlamantli*. Este aspecto de la división de las cosas no tiene especial importancia como antecedente histórico-jurídico, no así el relativo a los derechos sobre las cosas, especialmente el de dominio o propiedad cuya trascendencia es enorme. De que existía propiedad entre los aztecas, es inconcuso; no habría vida si no pudiera el hombre usar y disponer de lo indispensable para su propia subsistencia, si no se le reconociera este derecho elemental que su naturaleza exige, y los aztecas no son excepción de la regla. Pero si esto es evidente en tratándose de ciertos bienes como son los de con-

sumo, ¿qué decir de aquéllos que son medios de producción?, ¿qué decir de la tierra especialmente?, ¿existía la propiedad comunal únicamente?, ¿había propiedad individual? Temas son estos de capital importancia respecto de los cuales queda aún mucho por dilucidar, y que al ser aclarados explicarían no pocos aspectos de nuestro sistema agrario actual. Expondremos solamente algunos datos esenciales acerca de esta materia.

“Las diferencias de clases, existentes entre el pueblo de los reinos coaligados, –dice el doctor Mendieta y Nuñez– se reflejan fielmente en la distribución de la propiedad inmueble”. Parecería más apropiado hablar de la posesión de las tierras, y no de la propiedad de ellas. Y añade a continuación el citado autor: *“el monarca era el dueño absoluto de todos los territorios sujetos a sus armas, y la conquista el origen de su propiedad; cualquiera otra forma de posesión y de propiedad dimanaba del rey”.* Así pues, las tierras conquistadas, que prácticamente eran todas las del territorio dominado por los aztecas, fueron objeto de distribución con diversas modalidades, que los autores clasifican usualmente en una tripartita división. El primer grupo era el de las tierras asignadas al rey, a sus colaboradores, parientes, amigos y a los guerreros; el segundo grupo, era el de las tierras asignadas a los pueblos; y el tercero eran las destinadas a los templos, al ejército y a ciertas instituciones públicas.

Las tierras que el rey se asignaba o que le eran asignadas en virtud de su función, más que bienes personales del soberano pertenecían a la corona o institución sobe-

rana, de manera que si mientras estaba en ejercicio podía disponer libremente de ellas, la transmisión por vía de sucesión hereditaria no se justificaba; por lo tanto, el poder del rey a este respecto se encontraba limitado, ya que la sucesión a la corona no era hereditaria sino electiva; y por lo tanto, puede deducirse que el mismo dominio real no era absoluto.

Las tierras que el rey distribuía entre sus inmediatos servidores, tenían más bien el carácter de usufructo, no por cierto gratuito, pues el que disfrutaba de la tierra debía, como manifestación de agradecimiento, ofrecer al rey algunas cosas que usualmente consistían en flores y pájaros, pero ese disfrute terminaba con el servicio o la función que el agraciado desempeñaba.

Las tierras otorgadas por el rey a los miembros de su familia o a personas próximas a su persona, así como a los guerreros distinguidos, parece ser, según informes de algunos cronistas, que los agraciados estaban obligados a transmitir las a sus hijos mayores, constituyendo así una especie de mayorazgo, pero que siempre quedaba a voluntad del monarca modificar o anular la asignación; y el beneficiario, además de esta limitación que dependía de la voluntad del rey o *cacique*, no podía transmitir la tierra que se le había asignado, sino a persona de su misma categoría y nunca a un inferior.

Las tierras del segundo grupo, o sea las asignadas a los pueblos o *calpulli*, tienen como antecedente el hecho histórico de que los grupos inmigrantes al ir ocupando en la

meseta central de nuestro territorio sus residencias definitivas, ocupaban determinadas extensiones de tierra necesarias para su subsistencia, y a estas porciones o barrios se les dio el nombre de *chinancalli* o *calpulli*. Ya establecido el régimen azteca, aconteció a menudo que por orden del rey cambiaran de tierras los miembros de un *calpulli* en su totalidad o parte de ellos, con el fin de evitar que dichos grupos adquirieran una fuerza o poder que pudiera ser contrario a los intereses del estado. En esta virtud, se estableció una tenencia sobre las tierras del *calpulli* sujeta al requisito de la vecindad en él, de suerte que el que salía voluntariamente o por la fuerza, perdía los derechos a las tierras que ocupaba y que cultivaba; pudiera considerarse la propiedad de carácter comunal, y el usufructo asignado a los que cultivaban la porción que al efecto se les otorgaba, mientras la trabajaran o vivieran en ella. Esta especie de usufructo era transmisible de padres a hijos, pero si la familia dejaba de cultivarla dos años consecutivos, el jefe o señor principal de cada barrio requería al ocupante para que la cultivara, y en caso de no hacerlo al año siguiente perdía el usufructo irremisiblemente. Cuando la tierra del *calpulli* en todo o en parte quedaba libre, el jefe o señor principal del mismo la repartía entre nuevas familias.

No se tiene noticia cierta acerca de la extensión asignada a cada familia y parece lo más probable que no había una medida exacta en cada caso, sino que dependía de la densidad de población del *calpulli* o de la región más o menos productiva en que se encontraba. Cada parcela estaba separada de las demás por cercas de piedras o de magueyes, y en cada *calpulli* existía además una

extensión de tierras de uso común, que pudiera identificarse a los ejidos y propios de los pueblos españoles.

Usualmente los *calpullis* se establecían a proximidad de las ciudades o núcleos grandes de población, de manera que el resto del territorio generalmente permanecía en estado inculto e improductivo, esto era debido, fundamentalmente, a la falta de medios de transporte, y a la escasez de instrumentos y forma primitiva con que se hacía la explotación de la tierra.

La tercera porción de las tierras era la asignada al ejército y a los templos, y éstas eran, en general, grandes extensiones, cuya explotación se destinaba al sostenimiento del ejército en campaña o a sufragar los gastos de culto. Estas tierras se daban usualmente en arrendamiento, o eran labradas colectivamente por los habitantes del pueblo próximo a ellas, y como cualesquiera otras, quedaban sujetas en cuanto a su destino o aplicación a la voluntad del rey o jefe principal, de suerte que no puede estrictamente hablarse de pleno dominio, cuando éste se hallaba sujeto a voluntad de quien no era el beneficiario inmediato.

Citan los autores y cronistas, que las diversas categorías de tierras se hacían figurar en planos o mapas especiales que las autoridades conservaban, marcándose con colores diversos las distintas clases de tierras: las pertenecientes a los barrios, estaban pintadas de color amarillo claro; las de las castas superiores se marcaban con color encarnado; y las del rey en púrpura.

Sintetizando lo anteriormente expresado, el maestro

Esquivel Obregón expone los conceptos que a continuación se transcriben:

“Primera.- El llamado Derecho de propiedad dependía en gran parte, del arbitrio del soberano, no sólo en las tierras de la corona o tecpan-tlalli, sino en las demás, pues, fuera de las de Texcoco y Tlacopan y las de la pequeña isla asiento de Tenochtitlán, las demás eran de conquista en que el rey mandaba con poder absoluto, y ya que no despojara a los pueblos, por que esto habría dejado a la tierra sin quien la cultivase, sí gravaba a los poseedores con tributos que, sumados a los que se pagaban a los señores locales, prácticamente absorbían todos los productos del suelo, dejando a los que lo cultivaban lo indispensable para vivir en la pobreza.

Segunda.- Fuera de la propiedad perteneciente a la familia del rey y a algunos grandes dignatarios, que podían enajenar sus tierras, propiedad un tanto precaria y revocable, las otras tierras eran poseídas en común, y el título para disfrutarlas provenía no de un derecho individual, sino de la calidad de vecino y del hecho del trabajo.

Tercera.- Como los agraciados con la tierra, templos, miembros de la familia real, guerreros y dignatarios no iban a cultivarla personalmente, en lo que realmente consistía su derecho era en percibir de los cultivadores de esas tierras deter-

minado tributo. De esta manera, y en este caso la palabra “tierra” tenía aquí la misma acepción que en las Leyes de Partida, es decir, una renta fincada en un pueblo o distrito, y tales concesiones hechas por los reyes mexicanos eran verdaderas encomiendas. Los señores percibían el tributo por medio de agentes denominados calpixques, nombre que con toda propiedad pasó después a los cobradores de tributos puestos por los encomendados españoles.

Cuarta.- El cultivo a mano, que era intenso alrededor de las poblaciones, dejaban sin beneficio y sin título grandes extensiones, quizá fértiles, pero sin dueño, porque los indios preferían cultivar una tierra pobre, pero cercana a su habitación.

Quinta.- Los españoles, pensando a su modo, creyeron ver un derecho de propiedad entre los Aztecas; en realidad ellos introdujeron esa institución y los indios consolidaron así una situación precaria o indefinida”.

Sucesiones

No es mucho lo que se sabe acerca de las sucesiones en el Derecho Azteca; pero algunos autores en nuestros días, que pretenden encontrar un sistema jurídico completo, análogo al que existe hoy, se han esforzado en encontrar principios y normas generales relativas a sucesiones que, seguramente, en muchos casos sería difícil confirmar.

Baste decir acerca de este aspecto del Derecho Privado, que existía la facultad de transmitir los bienes por medio de expresión de voluntad de una persona, para que tuviera validez después de su muerte; pero debe tenerse en cuenta, por lo que hace a los inmuebles, lo que se ha dicho acerca de la propiedad o posesión en párrafos anteriores; es decir, que los inmuebles quedaban en realidad sujetos a la voluntad del *cacique*, de tal manera que aun cuando fueran transmitidos por vía testamentaria, la disposición relativa podía resultar nugatoria ante la voluntad de la autoridad.

También pretende encontrarse el sistema de sucesión legítima, y al respecto establecer una gradación entre herederos, siendo el de más derecho el hijo varón mayor y excluyendo en todo caso a las mujeres; a falta de hijo varón mayor nacido de la mujer que se consideraba como principal, heredaban los demás hijos; a falta de éstos, los hermanos, y por último los sobrinos. Nada más en concreto puede afirmarse de cierto con los datos con que contamos sobre esta materia.

Obligaciones

También son escasos los datos que en materia de Obligaciones tenemos, y desde luego debe tenerse en cuenta que la palabra *obligación* no aparece en el léxico náhuatl, señal de que el concepto no estaba claramente definido en la mente de aquel pueblo. Sobre el particular, también debe hacerse notar que las obligaciones requie-

ren para su elaboración principios de cultura jurídica muy avanzados, como acontecía en Roma, mientras que en pueblos que no han llegado a ese estado, las Obligaciones quedan dentro de las legislaciones primitivas reducidas a transacciones elementales indispensables para la vida y, muchas veces, sin que existan normas concretas que las rijan.

Desde luego, una de las operaciones más usuales como es la compraventa sería difícil ajustarla a las normas de un Derecho menos elaborado, en vista de la falta de moneda propiamente dicha. Si es verdad que los historiadores sostienen que los aztecas se valían de los granos de cacao, de los cañones de pluma que encerraban polvo de oro o de unas láminas metálicas en forma de *tau* griega, esos objetos carecían de los elementos propios de la moneda, especialmente su poder liberatorio; el empleo de tales cosas como moneda venía a ser, simplemente, la medida de valor a través de una doble permuta. Dada la falta de concepto propio de obligación, las relaciones contractuales que pudieran celebrarse tenían que ser revestidas de formalidades o entrega material de las cosas, sin que existiera el contrato consensual propiamente dicho.

CAPÍTULO XVIII

DERECHO AZTECA

(Cuarta Parte)

Derecho Penal

En Derecho Penal, a diferencia de otras ramas, nos han dejado los aztecas textos expresos de Ley, y es sin duda lo más desarrollado que en materia jurídica tuvieron. Esta no es característica exclusiva de los aztecas, sino de todos los pueblos que aún no han llegado a un estado avanzado en la cultura.

Casos semejantes se encuentran en las culturas bárbaras, en que la mayor parte de sus textos legales se refieren a las penas impuestas a los delitos. Y también es característica común dentro de sistemas de Derecho aún no plenamente elaborados, el rigor y la atrocidad de las penas. Da la impresión que para esos pueblos las Leyes, más que normas de convivencia, son medios de que se valen los que tienen en sus manos el poder para hacerse obedecer mediante el temor, convirtiendo a aquéllos que les están subordinados en sumisos servidores, desconociendo la dignidad de la persona.

Este aspecto del Derecho Azteca explica, de cierta manera, la opinión que se formaron de los indios los primeros misioneros y cronistas al ponderar el espíritu de obediencia y sumisión de los indios. Sin duda alguna que la sumisión fue y ha seguido siendo característica de ellos; pero si por una parte se tiene en cuenta la falta de

concepto preciso de la obligación moral, y por otra el rigorismo extremado de las penas, se explica que el indio hubiera llegado al estado de sumisión que caracteriza sus costumbres; se ha dicho, y no sin razón, que el día que el indio sepa negarse a lo que se le impone sin fundamento y sin Justicia, habrá adquirido la cultura y civilización que como hombre merece tener.

Las penas, además de su rigor, eran en muchos casos trascendentales, tales como la que se aplicaba en caso de traición, pues además de aplicar la de muerte al traidor, los miembros de su familia eran reducidos a esclavitud hasta el cuarto grado de parentesco; en el mismo caso, se encontraba al usurpador de funciones tales como las del *cihaucoatl*, ya que el que incurría en esta falta daba lugar a que sus parientes hasta el cuarto grado fueran desterrados. Las penas eran la de muerte aplicada en gran número de casos, la demolición de la casa del culpable, penas corporales como cortar los labios o las orejas a los responsables de un delito, la esclavitud, el destierro, la destitución de un empleo y, muy usual también, quemar el cabello al inculpado, cosa tenida como afrenta.

La pena de muerte se aplicaba de diversos modos, ya ahogando al delincuente o privándolo de la vida a golpes o pedradas, ahorcándolo o quemándolo vivo, o sacrificándole abriéndole el pecho para extraerle el corazón, la degollación, la fractura de la cabeza machacándosela entre las piedras o con una porra, y el hacer pedazos al delincuente entregando los miembros de él como objeto

de juego entre los muchachos. La pena era aplicada, en muchos casos, a delitos que hoy se considerarían leves, tales como el robo de más de veinte mazorcas de maíz y otros casos por el estilo, como hurtar alguna cosa en el *tianguis*.

La arbitrariedad era en muchos casos usual en la aplicación de las penas, de lo que sería fácil encontrar ejemplos como los que, entre otros autores, cita *Motolinía*,⁵⁵ demostrando con esto que el castigo no se basaba propiamente en un interés social, sino en el degradado que ejercía la autoridad, quien siempre estaba facultada para exceder en el rigor, pero no para suavizar el castigo.

Pocos son los historiadores y cronistas de la Historia Antigua de México que no se hayan referido, más o menos extensamente, a las penas que entre los aztecas se aplicaban, y entre los principales citaremos los siguientes: Jerónimo de Mendieta en su *Historia eclesiástica Indiana*;⁵⁶ Fray Juan de Torquemada en su *Monarquía Indiana*;⁵⁷ Clavijero en su *Historia Antigua de México*;⁵⁸ entre los más modernos, don Manuel Orozco y Berra en su *Historia antigua y la de la Conquista de México*.⁵⁹ De ellos, el Dr. Mendieta y Núñez hace una síntesis de los actos considerados como delictuosos y de las penas que les correspondían, entresacando los datos que

55 *Memoriales*. Pág. 251.

56 Lib. II, Cap. XXIX.

57 Lib. XII, Caps. II a VII.

58 Tomo I. Pág. 322 y ss.

nos suministran los autores citados. Dicha síntesis, transcribiendo al autor últimamente citado, es la siguiente:

“Aborto.- Pena de muerte para la mujer que tomaba con qué abortar, y para quien le proporcionaba el abortivo.

Abuso de Confianza.- El que se apropiaba de un terreno ajeno que se le había confiado o vendía la propiedad a otro, era hecho esclavo.

Adulterio.- Pena de muerte para la mujer y el hombre, ya los tomasen en flagrante delito; o bien “habida muy violenta sospecha, prendíanlos, y si no confesaban dábanles tormento, y después de confesado el delito condenábanlos a muerte”. Se consideraba adulterio únicamente la unión de un hombre con una mujer casada; pero no la del hombre aún cuando fuese casado, con mujer soltera.

Alcahuetería.- Se consideraba delito. La pena que daban a los alcahuetes era que, averiguado usar aquel ruin oficio, lo sacaban a la vergüenza, y en la plaza, delante de todos, les quemaban los cabellos con tea encendida hasta que se les

59 Lib. II, Cap. III. Especialmente la página 269 y siguientes, en donde transcribe el llamado *Libro de Oro*, atribuido al rey poeta de Texcoco, Netzahualcóyotl.

calentase lo vivo de la cabeza, así afrentada y conocida por los cabellos chamuscados se iba.

Asalto.- Los salteadores de camino sufrían la pena de muerte.

Calumnia.- La calumnia en público y de carácter grave se castigaba con la muerte.

Calumnia Judicial.- Pena del Talión.

Daño en Propiedad Ajena.- El asesinato de esclavo ajeno, se castigaba con la esclavitud, pues el asesino quedaba como esclavo del dueño del occiso. La destrucción del maíz antes que madurara se castigaba con la muerte.

Embriaguez.- La pena que daban a los beodos y aún a los que comenzaban a sentir el calor del vino, cantando o dando voces, era que los trasquilaban afrentosamente en la plaza y luego les iban a derribar la casa, dando a entender que quien tal hacía no era digno de tener casa en el pueblo, ni contarse entre los vecinos; sino pues que se hacía bestia perdiendo la razón y el juicio, viviese en el campo como bestia y era privado de todo oficio honroso de la República. Solamente en las bodas y otras fiestas estaba permitido beber en abundancia.

Estupro.- Pena de muerte.

Encubrimiento.- La venta de mercancías robadas se castigaba con la muerte.

Falso Testimonio.- Pena del Talión, o sea el mismo castigo que merecería el hecho denunciado.

Falsificación de medidas.- Pena de muerte.

Hechicería.- El que practicaba alguna hechicería era sacrificado abriéndolo por los pechos, si a consecuencia de la hechicería algún pueblo o ciudad era víctima de una calamidad pública.

Homicidio.- Pena de muerte. Esta pena se aplicaba aún al hombre que daba muerte a su mujer o al amante de ésta, hasta en el caso de que los sorprendiese en flagrante delito, pues era regla de Derecho que nadie estaba facultado para hacerse Justicia por sí mismo, porque esto equivalía a usurpar las facultades del rey. El que procuraba a otro la muerte por medio de veneno, sufría la pena capital, que se aplicaba también a quien le había proporcionado el veneno.

Incesto.- Todos los que cometían incesto en primer grado de consanguinidad o afinidad, tenían pena de muerte, salvo cuñados y cuñadas.

Malversación de fondos.- Esclavitud.

Peculado.- Pena de muerte y confiscación de bienes.

Pederastía.- Todos los que cometían el pecado nefando, agente y paciente, morían por ello. Y de cuando en cuando la Justicia les mandaba buscar y hacían inquisición sobre ellos para matarlos y acabarlos, porque bien conocían que tan nefando vicio era contra natura porque en los brutos animales no veían. En ese punto era tan estricta la Ley, que castigaban con la pena de muerte al hombre que andaba vestido de mujer y a la mujer, que andaba con atavíos de hombre.

Riña.- La riña se castigaba con arresto en la cárcel, y el heridor era condenado a pagar la curación al herido y las ropas que le hubiese deteriorado. Cuando la riña tenía lugar en un mercado, el castigo era mayor. Cuando, a consecuencia de la riña, había disturbios, se imponía la pena de muerte, pues se consideraba a los que habían reñido como excitadores del pueblo.

Robo.- Las penas que se aplicaban a los autores de este delito variaban según era la cosa robada, el valor de la misma y el lugar en donde se había verificado el robo. El que hurtaba cosa de poco valor era condenado a restituirla o

pagarla; en caso de que no pudiese restituirla ni pagarla, quedaba como esclavo del dueño de la cosa que había robado. El que robaba en un mercado era muerto a pedradas por los mismos mercaderes. El robo en un templo ameritaba la pena capital, y sufría el mismo castigo quien robaba armas o insignias militares. El hurto de mazorcas de maíz, en número menor de veinte, se castigaba con multa, y si eran más de veinte, con la pena de muerte.

Sedición.- Pena de muerte.

Traición.- Pena de muerte.

Muchos actos considerados como delitos quedan fuera de la enumeración anterior, porque no corresponden al actual concepto de penalidad y, por tanto, carecemos de palabras apropiadas para clasificarlos. Mencionaremos los principales:

El que usaba en la guerra o en alguna ceremonia o fiesta pública las insignias del rey, sufría la pena capital y la confiscación de sus bienes.

El sacerdote que abusaba de una soltera sufría la pena de destierro, y la privación del sacerdocio.

Se castigaba con penas severas la incontinencia carnal en los jóvenes que se educaban en algún colegio.

El que hacía esclavo a un niño libre perdía a su vez la libertad, y con el precio que daban por él, se restituía al comprador del niño lo que por él había dado, y el resto se aplicaba a éste para su educación.

La mentira se consideraba como delito, y la pena era la muerte.

La remoción de mohoneras se castigaba con la pena de muerte.

La mala interpretación del Derecho se castigaba con pena de muerte en casos graves, y en los otros con la destitución de empleo.

Eran agravantes en algunos delitos la juventud, la nobleza y la profesión militar.

Eran atenuantes en algunos casos la embriaguez y el perdón del ofendido o de los deudos de éste.

En caso de homicidio, si los deudos del occiso perdonaban al homicida, quedaba éste como esclavo de aquéllos.

También la edad se consideraba como atenuante y aún como excluyente, pues al menor de diez años se le tenía como persona sin discerni-

miento, sobre todo en casos de robo”.

Administración de Justicia

Sin duda los órganos encargados de Administrar Justicia entre los aztecas alcanzaron una estructura muy detallada y que pudiera parecer muy eficaz; pero en su base debe analizarse, hasta donde sea posible, el concepto que de la realización de la Justicia existiera en ese pueblo.

Parece ser que este concepto descansa en un principio de que la Justicia tiene por fin esencial conducir a los hombres por el camino recto, pero ¿cuál era el camino recto? Ante la inexistencia de Leyes escritas por una parte, y la preponderancia del poder o la voluntad del jefe por la otra, el camino recto resultaría ser esa expresión de voluntad interpretada por él mismo, o por los órganos que le fueren subordinados. A diferencia del concepto de Justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada quien su derecho, entre los pueblos que no han alcanzado un estado de cultura avanzado, la realización de la Justicia mediante las resoluciones dictadas por jueces o tribunales tienen más bien el carácter de un sometimiento a la voluntad superior, que al reconocimiento de derechos. En la misma Grecia, a pesar de su cultura que en ciertos aspectos no ha sido superada, la Justicia, en los primeros años, se identificaba también con las resoluciones judiciales, de manera que no había una Justicia sino una multiplicidad de Justicias, como lo hace notar Mayne en su clásica obra *The Ancient Law* (*themis*, Justicia en singular, no se encontraba generalmente

usada; *themistes*, o sea Justicias, no eran otra cosa sino la resolución de los jueces). Tales conceptos tienen ineludiblemente como consecuencia, la de que la resolución se dictara de acuerdo con el propio criterio del juzgador en cada caso concreto.

Supuesto esto, examinemos la estructura de los órganos jurisdiccionales que para unos autores eran semejantes, sino los mismos, dentro de todo el territorio dominado por los aztecas, en tanto que para otros existía diversidad en la estructura de la administración de los órganos jurisdiccionales, entre los que existían los del reino de México y los de Texcoco. En este sentido se encuentra la opinión del Dr. Mendieta y Núñez: a la cabeza de la Administración de Justicia estaba el rey, y le seguía el *cihuacoatl*, especie de *alter ego* del mismo. Las funciones del *cihuacoatl* no se concretaban a las de Justicia, sino de administración y de hacienda. Las sentencias por él dictadas, no eran apelables ante nadie; y existía un *cihuacoatl* no sólo en la capital, sino en diversos lugares a través del territorio, escogiéndose para ello los sitios de más densa población y hacía funciones de tribunal de apelación respecto a los inferiores.

Estos jueces o magistrados inferiores, eran nombrados dentro de los diversos territorios que constituían la nación y estaban organizados en forma colegiada, ya que se componían de tres o cuatro jueces, y conocían tanto de asuntos civiles como penales, siendo apelables únicamente las resoluciones de carácter penal. A los jueces de esos tribunales que pudieran llamarse de primera instancia,

se les denominaba *tlacatecatl*.

En cada uno de los distintos barrios o *calpulli* había un *tecutli* que conocía y fallaba los asuntos de poca monta, y servía también como tribunal de instrucción de asuntos de mayor cuantía, que debían pasar al conocimiento del *tlacatecatl*. Estos tribunales del *calpulli* tenían jurisdicción civil y penal, y de los asuntos de que conocía debía informar al tribunal superior. Además de estos tribunales, existía en cada barrio cierto número de funcionarios encargados de la vigilancia y cuidado de cierto número de familias, éstos eran electos por el pueblo, así como los jueces inferiores o *tecutli*.

Parece ser que existía una especie de tribunal de comercio, que conocía de las cuestiones surgidas entre vendedores y compradores en el *tianguis*, y su procedimiento era en extremo rápido, aún en el caso de aplicación de sentencia de muerte. Estos tribunales de carácter mercantil, citados por el doctor Mendieta y Núñez, eran propios del reino de Texcoco, así como una división tripartita del tribunal supremo de Texcoco que dependía directamente del rey, en el que por separado se conocían los asuntos penales, civiles y militares. Según algunos autores, con apoyo en datos suministrados por Sahagún, existían tribunales especiales para los militares y la casta superior o nobleza.

Una de las fuentes más importantes con que contamos para conocer este aspecto del Derecho Azteca es, sin duda alguna, el *Códice Mendocino*, que en sus láminas o dibu-

jos nos muestra algunos tribunales y las personas que a él concurren. Como auxiliares de la Administración de Justicia había empleados dedicados, algunas veces, a la redacción de las sentencias y otros destinados a la ejecución de las mismas. Por último, también existían tribunales especiales para conocer de las causas contra los sacerdotes. De esta diversidad de tribunales, se deduce la existencia de lo que en Derecho posterior se han denominado fueros, o sean tribunales especiales para militares, para sacerdotes y para la gente de la casta privilegiada.

Mendieta, en su *Historia Eclesiástica Indiana*,⁶⁰ hace alusión a las grandes responsabilidades en que incurrían los jueces por recibir regalos o donativos de los litigantes, así como los casos en que sus resoluciones fueran contrarias a la rectitud, pues en tales eventos eran primero reconvenidos por los demás jueces, y si no se enmendaban, se les trasquilaba y, en algunos casos que refiere el propio Mendieta, sufrían la pena de muerte por orden del rey.

Procedimiento

En materia civil el proceso comenzaba con la demanda, que era notificada por un empleado especial del tribunal, citando a la parte contraria. El juicio era oral, pero en materia de pruebas podían admitirse documentos, especialmente planos, con lo que se demostrara los linderos de los predios sujetos a litigio. En general, los juicios eran sumarios y no podían durar más de cuatro meses mexicanos, o sea, ochenta días, término en que debían dar cuen-

60 Pág. 301.

ta al *Consejo Real* de todos los asuntos ventilados y de los que estaban pendientes.

Entre las pruebas, la más usual era la testimonial, y algunos autores pretenden que era usual también el juramento, sin poderse apreciar cuál era la fuerza de semejante prueba. La confesión se consideraba como prueba decisiva, y hay datos para suponer que para obtenerla se usaba, a veces, el tormento.

Tanto en la rama civil como en la penal, el procedimiento tenía aspecto inquisitivo. Dictada la sentencia ante tribunales de primera instancia o inferiores, ésta podía ser apelable al inmediato superior. Después de la sentencia definitiva, seguían los medios de apremio, entre los que se encuentra la prisión por deudas.

Tal es en sus lineamientos generales, la estructura del Derecho Azteca, que en muchos aspectos ha trascendido seguramente hasta nuestros días, por lo que su conocimiento no puede ser una simple curiosidad histórica, sino un antecedente que sirva para amoldar las instituciones que nos rigen a la mentalidad y psicología del pueblo, que aún tiene en su sangre la tradición que en muchos casos aparece sin que los que la llevan se den cabal cuenta de que están siguiendo tradiciones que aparentemente muertas, aún están latentes.

CAPÍTULO XIX

DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA Y DERECHO

Bulas Alejandrinas

Ya hemos hecho notar cómo el año en que fue consumada la Reconquista del territorio español, al tomarse por los Reyes Católicos la ciudad de Granada, último reducto de los sarracenos, descubriría Cristóbal Colón, al servicio de los mismos Reyes Católicos, el Nuevo Mundo.

Ese año de 1492, ha sido señalado como terminación de una época dentro de la Historia e iniciación de una nueva; y nos toca examinar cómo evolucionó el Derecho de ese nuevo período de la Historia, especialmente cuáles fueron las consecuencias del descubrimiento de América para la vida jurídica.

Si el continente americano hubiera estado desprovisto de habitantes, el problema jurídico hubiera sido resuelto con facilidad, aplicando los principios relativos a la ocupación; todo se hubiera traducido a determinar el dominio del ocupante, y luego a establecer medios y procedimientos de transporte, pero este continente estaba poblado, y en esas condiciones el problema jurídico se plantea con caracteres muy distintos, ya que no se trata exclusivamente de la explotación del suelo, sino de las relaciones humanas entre los europeos y los habitantes de

América; en otros términos ¿cuáles eran los derechos, facultades o atribuciones de los europeos en relación con las personas y tierras americanas?

Este problema en realidad no era nuevo, pero nadie a través de la Historia se lo había planteado antes. Prácticamente, en la vida de la humanidad se han sucedido una tras otra una serie de intromisiones de unos pueblos en otros, desde la más remota antigüedad. Entre los principales acontecimientos de esta índole, basta citar a Alejandro, rey de Macedonia, que penetra en territorios extraños a su potestad hasta incorporarlos dentro de sus dominios; César, más tarde, es otro personaje famoso por sus conquistas, y en general, Roma incorporó a su estado a todo lo que en su época prácticamente se conocía del mundo. En épocas posteriores, los pueblos germánicos penetraron en el Imperio Romano, deshaciendo sus órganos y despedazándolo para constituir nuevas nacionalidades; los normandos penetraron en Inglaterra en el siglo XI, se apoderaron de ella y constituyeron una nueva estructura política y social; los árabes, atravesando todo el norte de África, invadieron, a principios del siglo VIII, la península ibérica, y durante siete siglos se luchó en contra de ellos hasta su completa expulsión. Y en épocas más modernas, las diversas conquistas y colonizaciones de los pueblos poderosos realizadas sobre territorios americanos, asiáticos o africanos, se suceden casi sin interrupción.

En cada uno de estos casos, el problema existe, pero nadie se lo plantea; parece ser que la razón que impera

no es sino la de la fuerza o la de los hechos consumados, y nadie se pregunta qué derecho es el que asiste al conquistador sobre el conquistado, y cuál es la amplitud del mismo. Una sola vez fue planteado este problema, y fue precisamente al descubrirse América, e iniciar España su labor en este continente. Y, fenómeno más extraordinario, el planteamiento del problema lo hicieron los reyes de España, es decir el poder mismo que ha de realizar la labor de conquista.

¿Por qué son los reyes de España los únicos, entre todos los dominadores, quienes se plantean el problema y tratan de resolverlo, procurando ajustarse a las soluciones que se dan al mismo? No cabe otra explicación, sino el principio de moral religiosa que animaba a los españoles, y fundamentalmente a sus soberanos en esa ocasión. La lucha que a través de siete siglos se mantuvo en España, tuvo caracteres de Cruzada; y como la conquista de América se consideró como una continuación de esta misma labor, había qué justificarla también, y para ello se acudió a la autoridad que no por primera vez, sino en virtud de una tradición secular, había sentado los principios y había otorgado las concesiones necesarias para emprender labores de descubrimiento, población y conquista en diversas ocasiones, con las circunstancias de que no solamente los favorecidos con tales resoluciones, sino todos los demás pueblos las acataban, sometién dose a ellas como provenientes de autoridad superior a la de los reyes y emperadores, tal era la autoridad de que gozaba en ese período, y que había gozado a través de la Edad

Media, la Santa Sede.

Siguiendo así la tradición medioeval, recurrieron los reyes de España a Alejandro VI, Pontífice reinante en ese momento, quien con fecha 3 de mayo de 1492, o sea a raíz del primer regreso de Colón recién descubiertas las tierras de América, expidió la bula *Inter Coetera*, que se ha tenido como título y fundamento de la labor de España en América.

¿A qué grado ese famoso documento puede tenerse como título a favor de España en su soberanía, jurisdicción y dominio sobre el Nuevo Mundo? Para determinarlo, deben examinarse estos tres puntos:

- ¿Qué clase de documento es la bula?;
- ¿Qué derecho confiere o pretende conferir a España?; y,
- ¿Con qué facultades se le otorgaron?

Antes de tratar de resolver estas cuestiones, conviene apuntar otras de carácter formal, como la autenticidad de la bula, y el por qué de la pluralidad de los documentos alejandrinos que se repiten los unos a los otros.

Que la bula *Inter Coetera* es auténtica, no cabe duda, pues además de haberse tenido como tal por historiadores, canonistas y juristas de todas épocas, existe y ha llegado hasta nosotros el ejemplar auténtico que se conser-

va en el *Archivo de Indias*, y su minuta en la *Regesta* o registro de Archivo Pontificio.

Pero es el caso que, además de la citada bula, existen otros cuatro documentos pontificios expedidos por Alejandro VI, en el período de tiempo comprendido entre el regreso de Colón de su primer viaje de exploración (15 de marzo de 1492), y la partida para el segundo viaje de ocupación y toma de posesión de los territorios descubiertos (25 de septiembre de 1492). Dos de estos documentos no fueron descubiertos sino hasta fines del siglo pasado, y los otros dos están antedatados, lo cual ocasiona confusión respecto a su orden cronológico. Los cinco documentos son los siguientes:

- Bula *Inter Coetera*, del 3 de mayo de 1492, ya mencionada.
- Bula *Pus Fedelium*, del 25 de junio de 1493, cuyo original no se ha encontrado, y sólo se conoce por la minuta de la *Regesta* Vaticana.
- Segunda Bula *Inter Coetera*, generalmente conocida como “*Bula de Partición*”, porque a diferencia de la primera, que no hace alusión a la línea divisoria entre los descubrimientos españoles y portugueses, esta sí fija la histórica línea o meridiano a cien leguas al Occidente de las Islas Azores o del

Cabo Verde. El original y la minuta existen y es la más conocida, fue transcrita por Solórzano, y está datada el 4 de mayo de 1492, pero es probable que su verdadera fecha sea el 28 de junio de ese año.

- Bula *Eximie Devotionis*, de julio de 1493, cuyo original no se conoce.
- Bula *Dudum Siquidem*, del 25 de septiembre de 1493.

El análisis de estos cinco documentos, por lo que hace a su forma de expedición, sus fechas exactas y motivos de ellos, nos apartarían del tema esencial de nuestro estudio y, por lo tanto, nos concretaremos a examinar la *Inter Coetera* de partición, que es la base y síntesis de las demás. Pasemos a estudiar los tres puntos anteriormente enunciados, y en primer lugar ¿qué clase de documento es la bula?

Parecería ociosa esa pregunta, ya que una bula no es más que un documento pontificio, que con ese nombre se conoce; pero es el caso que entre los tratadistas de la materia existen tres opiniones distintas, pues mientras unos las toman como laudo arbitral, otros la consideran como acta notarial, en tanto que otros la tienen como una manifestación de la potestad pontificia *motu proprio*, expresada ya sea en materia disciplinaria, docente u otra, expedida de acuerdo con las formalidades propias

de la Curia Romana y provista de un sello de plomo en forma de bola, de donde le viene su nombre.

Ante los conflictos surgidos entre España y Portugal, con motivo de los repetidos descubrimientos de nuevas tierras realizados por navegantes de una y otra nación, a fines del siglo XV la bula en cuestión fue vista por muchos como un laudo arbitral, que venía a dar fin a tales conflictos, delimitando los derechos de cada uno de esos reinos. Los portugueses pretendían tener mejores derechos en materia de descubrimientos, por habérselos otorgado los Papas Martín V, Nicolás y Calixto III, creyendo que con esto gozaban del exclusivo derecho de navegación en todo el Océano. El viaje y descubrimiento de Cristóbal Colón, al servicio de España, vino de hecho a restringir tales pretensiones y, sin duda alguna, que el conflicto tuvo que plantearse. Al expedirse por el Papa Alejandro VI la Bula *Inter Coetera*, quedaban definidos los derechos de uno y otro reino, lo que dio nacimiento a la idea de que la bula era un laudo arbitral.

Entre los sostenedores de esta tesis, se encuentran Pedro Mártir de Anglería, Maximiliano Transilvano, Serafín de Freitas, Solórzano Pereira y algunos más. Solórzano, después de exponer los motivos del conflicto entre los Reyes Católicos y el rey Juan II de Portugal como consecuencia de los descubrimientos de Colón, dice que el Papa Alejandro VI:

*“Informado y enterado de las razones y
Derechos de ambas partes para deslindar y*

*demarcar las regiones que cada uno podía inquirir y adquirir de nuevo, sin perjuicio del Derecho del otro, formó y tiró una línea que comenzase a correr Norte-Sur, a poco más de trescientas leguas de las Islas Hespéridas, que hoy se dicen de Cabo Verde...”*⁶¹

Desde luego, debe haberse notado que la línea a que se refiere Solórzano no es la fijada en la bula, pues ésta se estableció a cien leguas al occidente de las Islas de Cabo Verde, y no a trescientas como quedó establecido más tarde, en virtud del tratado de Tordesillas, celebrado el 7 de junio de 1494.

Pero la razón fundamental para negar a la bula el carácter de laudo, es que nunca, antes de su fecha, hubo compromiso arbitral alguno entre las partes en conflicto, requisito básico para el arbitraje. Si el conflicto de hecho existía, y aún podía ser causa de pugna de mayor importancia, como hubiera sido la guerra, el Papa al tener conocimiento de él, quiso evitar consecuencias más serias, y seguramente que no fueron ajenos a la actitud del Papa los embajadores de ambos países, debidamente instruidos por sus soberanos, y el resultado fue la expedición de la bula, sin que hubiera mediado compromiso arbitral previo, ni sometimiento expreso a la resolución pontificia.

Otros autores pretenden ver la bula como un documento notarial, entre ellos, el profesor Silvio Zavala, que

61 *Política Indiana*, Lib. I, Cáp. III, núms. 12 y 13.

asienta que: *“Las bulas eran instrumentos públicos tradicionalmente aceptados con valor auténtico, correspondiendo al Papado la función de Notario Mayor de los Derechos de los Reyes”*.⁶²

Para cualquiera que tenga una somera idea del concepto que del Papado se tiene entre los católicos y, muy especialmente en la Edad Media, semejante tesis le llamará la atención, porque nunca ha hecho el Papa funciones de notario de nadie, sean reyes o emperadores; ningún precedente existe a este respecto, que pugnaría abiertamente contra la opinión que de la Santa Sede se ha tenido y se tiene.

Descartada la idea del laudo arbitral y la de acta notarial, tiene que admitirse que el famoso documento expedido por el Papa Alejandro VI es expresión de la voluntad del Pontífice, encaminada a deshacer un conflicto y prevenir conflictos mayores.

El segundo punto que debe estudiarse, es el de los derechos que confiere la bula a los Reyes de España, y sobre el particular pudieran también presentarse dificultades serias, dada la expresión empleada por el Papa al decir que: *“Según el tenor de las presentes, donamos, concedemos y asignamos todas las Islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir...”*.

Por donación, se entiende una transmisión gratuita del dominio de una cosa, y pudiera desprenderse de los tér-

62 Zavala, Silvio. *Las instituciones jurídicas en la época de la Conquista*. Pág. 28.

minos transcritos, que el Papa hacía transmisiones de dominio a favor de los Reyes Católicos de las tierras descubiertas. Pero como nadie puede dar lo que no tiene, y el Papa no era dueño de esas tierras descubiertas o por descubrir, estrictamente no debe entenderse la palabra donar en su connotación usual, sino como un sinónimo de concesión, o bien, como el otorgamiento de facultades de soberanía y jurisdicción sobre dichas tierras que en esa época se admitía que el Papa podía hacer. Los mismos Reyes, a quienes se otorgaban los derechos, reconocieron que el caso se trataba de una concesión, como puede demostrarse con el texto mismo del testamento de la Reina Isabel, que en lo conducente dice:

“Por cuanto al tiempo, dice una de sus cláusulas, que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las Islas y tierras firmes del Mar Océano, descubiertas y por descubrir, nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro VI, de buena memoria, que nos hizo dicha concesión, de procurar de inducir y atraer los pueblos de ellas y los convertir a Nuestra Santa fe Católica y enviar a dichas Islas y tierras firmes preladados y religiosos, clérigos y otras personas doctas y temerosas de Dios, para instruir a los vecinos y moradores de ellas a la fe católica, y los doctrinar y enseñar buenas costumbres y poner en ellos la diligencia debida, según más largamente en las letras de la dicha concesión se contiene; suplico al rey, mi Señor,

*muy afectuosamente y encargo y mando a la dicha princesa, mi hija y al dicho príncipe su marido, que así lo hagan y cumplan, y que este sea su principal fin, y que en ello pongan mucha diligencia y no consientan ni den lugar a que los indios vecinos y moradores de las dichas Indias y tierras firmes ganadas y por ganar reciban agravio alguno en sus personas y bienes, más manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien y provean de manera que no se exceda cosa alguna lo que por las letras apostólicas de la dicha conce-
sión nos es inyungido y mandado”.*

No de otra manera, sino como concesión de soberanía y jurisdicción, que fue entendida por juristas, historiadores así como por políticos la expresión contenida en la Bula *Inter Coetera*. Otro aspecto acerca de los derechos otorgados a los Reyes Católicos, pudiera ser el relativo a que el Papa, únicamente por tradición, había otorgado derechos sobre las islas y no sobre tierra firme, como lo expone con extraordinaria erudición don Luis Weckmann, en su libro sobre *Las bulas Alejandrinas de 1493 y la Teoría Política del Papado Medioeval*.⁶³

63 Publicado por el Instituto de Historia. México. 1949.

APÉNDICE AL CAPÍTULO XIX

Alejandro Obispo, Siervo de los Siervos de Dios: A los ilustres Carísimo en Christo, hijo rey Fernando, y muy amada en Christo, hija Isabel Reyna de Castilla, de León, de Aragón, de Sicilia, y de Granada, salud, y bendición Apostólica. Lo que más, entre todas las obras agrada a la Divina Magestad, y nuestro corazón desea, es, que la Fe Católica y Religión Christiana sea exaltada mayormente en nuestros tiempos, y que en toda parte sea ampliada y dilatada, y se procure la salvación de las almas, y las bárbaras Naciones sean deprimidas y reducidas a esa misma Fe. Por lo qual, como quiera, que a esta Sacra Silla de San Pedro, a que por favor de la Divina Clemencia, aunque indignos, hayamos sido llamados, conociendo de Vos, que sois Reyes y Príncipes Católicos verdaderos, quales sabemos que siempre haveis sido, y vuestros preclaros hechos, de que ya casi todo el mundo tiene entera noticia, lo manifiestan, y que no solamente lo deseáis, más con todo conato esfuerzo, fervor y diligencia, no perdonando a trabajos, gastos ni peligros, y derramando Vuestra propia sangre, lo haveis dedicado desde atrás a ello todo Vuestro ánimo y todas Vuestras fuerzas, como lo testifica la recuperación del Reyno de Granada, que ahora con tanta gloria del Divino Nombre hicisteis, librándole de la tyranía

Sarracena. Dignamente somos movidos, no sin causa, y debemos favorablemente, y de nuestra voluntad concederos aquello, mediante lo qual, cada día con más ferviente ánimo, a honra del mismo Dios, y ampliación del Imperio Christiano, podáis proseguir este santo y loable propósito, de que nuestro inmortal Dios se agrada. Entendimos, que desde atrás havíamos propuesto en Vuestro ánimo buscar y descubrir algunas Islas y tierras firmes remotas e incógnitas, de otras hasta ahora no halladas, para reducir los Moradores y Naturales de ellas al servicio de Nuestro Redentor y que profesen la Fe Católica; y que por haber estado muy ocupados en la recuperación del dicho Reyno de Granada, no pudisteis hasta ahora llevar a deseado fin este Vuestro santo y loable propósito; y que finalmente, haviendo por voluntad de Dios cobrado el dicho Reyno, queriendo poner en ejecución Vuestros deseos, proveísteis al dilecto hijo Christoval Colón, hombre apto y muy conveniente a tan gran negocio, y digno de ser tenido en mucho, con navíos y gente para semejantes cosas bien apercebidos; no sin grandísimos trabajos, costas y peligros, para que por la Mar buscasse con diligencia las tales tierras firmes, e Islas remotas e incógnitas, a donde hasta aora no se havia navegado, los quales, después de mucho trabajo con el favor Divino haviendo puesto toda diligencia, navegando por el Mar Océano, halla-

ron ciertas Islas remotísimas y también tierras firmes, que hasta aora no havían sido por otros halladas, en las quales habitan muchas gentes, que viven en paz, y andan, según se afirma, desnudas y que no comen carne. Y a lo que los dichos Vuestros Mensageros pueden colegir, estas mismas gentes, que viven en las susodichas Islas y tierras firmes, creen que hay un Dios, Criador en los Cielos, y que parecen asáz aptos para recibir la Fe Católica y ser enseñados en buenas costumbres; y se tiene esperanza que si fuesen doctrinados, se introduciría con facilidad en las dichas tierras e Islas el nombre del Salvador, Señor Nuestro Jesu-Christo. Y que el dicho Christoval Colón, hizo edificar en una de las principales de las dichas Islas una Torre fuerte, y en guarda de ella puso ciertos Christianos, de los que con él havían ido, para que desde allí buscasen otras Islas y tierras firmes remotas e incógnitas; y que en las dichas Islas y tierras ya descubiertas, se haya Oro y cosas aromáticas, y otras muchas de gran precio, diversas en género y calidad. Por lo qual, teniendo atención a todo lo susodicho con diligencia, principalmente a la exaltación y dilatación de la Fe Católica, como conviene a Reyes y Príncipes Católicos, y a imitación a los Reyes Vuestros antecesores de clara memoria propusisteis con el favor de la Divina Clemencia, sujetar las susodichas Islas y tierras firmes, y los Habitadores y

Naturales de ellas reducirlos a la Fe Católica.

Así, que nos alabando mucho en el Señor este Vuestro Santo y loable propósito, y deseando que sea llevado a debida excusación, y que el mismo nombre de nuestro Salvador se plante en aquellas partes os amonestemos muy mucho en el Señor, y por el Sagrado Bautismo que recibisteis, mediante el qual estáis obligados a los Mandamientos Apostólicos y por las Entrañas de misericordia de nuestro Señor Jesu-Christo atentamente os requerimos, que quando intentáredes emprender y proseguir del todo semejante empresa, queráis y debáis con ánimo pronto, y zelo de verdadera Fe, inducir los pueblos que viven en las tales Islas y tierras, a que reciban la Religión Christiana, y que en ningún tiempo os espanten los peligros y trabajos, teniendo esperanza y confianza firme, que el Omnipotente Dios favorecerá felizmente Vuestras empresas, y para que siendo os concedida la liberalidad de la Gracia Apostólica con más libertad y atrevimiento, toméis el cargo de tan importante negocio motu proprio, y no a instancia de petición Vuestra, ni de otro que por Vos no lo haya podido, más de nuestra mera liberalidad y de cierta ciencia, y de plenitud del poderío Apostólico, todas las Islas y tierras firmes halladas, y que se hallaren descubiertas, y que se descubrieran acia el Occidente y Mediodía, fabricando y com-

poniendo una línea del Polo Ártico, que es el Septentrión, al Polo Antártico, que es el Mediodía; ora se hayan hallado Islas y tierras, ora se hayan de hallar acia la India o acia otra cualquiera parte, la qual línea diste de cada una de las Islas, que vulgarmente dicen de los Azores y Cabo Verde, cien leguas acia el Occidente y Mediodía. Así que todas sus Islas, y tierras firmes halladas y que se hallaren descubiertas, y que se descubrieren desde la dicha línea acia el Occidente y Mediodía, que por otro rey, o Príncipe Christiano no fueren actualmente poseídas hasta el día del Nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo próximo pasado, del qual comienza el año presente de mil y quatrocientos y noventa y tres, quando fueron por Vuestros mensageros y Capitanes halladas algunas de las dichas Islas; por la autoridad del Omnipotente Dios, a Nos en San Pedro concedida, y del Vicariato de Jesu-Christo, que exercemos en las tierras, con todos los Señoríos de ellas, Ciudades, Fuerzas, Lugares, Villas, Derechos, Jurisdicciones, y todas sus pertenencias, por el tenor de las presentes, las damos, concedemos y asignamos perpetuamente a Vos, y a los Reyes de Castilla y de León Vuestros herederos y sucesores; Y hacemos, constituimos, depuramos a Vos, y a los dichos Vuestros herederos y sucesores Señores de ellas con libre, lleno, y absoluto poder, autoridad y jurisdicción: con declaración,

que por esta nuestra donación, concesión, y asignación no se entienda, ni se pueda entender que se quite, ni haya de quitar el Derecho adquirido a ningún Príncipe Christiano, que actualmente huviere poseído las dichas Islas, y tierras firmes hasta el susodicho día de Natividad de Nuestro Señor Jesu-Christo, y allende de esto: Os mandamos en virtud de santa obediencia, que así como también lo prometéis, y no dudamos por Vuestra grandísima devoción y magnanimidad Real, que lo dexareis de hacer, procuréis enviar a dichas tierras firmes e Islas hombres buenos, temerosos de Dios, doctores, sabios, y expertos, para que instruyan a los susodichos Naturales y Moradores en la Fe Católica, y les enseñen buenas costumbres, poniendo en ellos todas las diligencias que convenga. Y del todo inhibimos a qualesquier persona de qualquier dignidad, aunque sea Real o Imperial, estado, orden, grado o condición, so pena de Excomunióñ latae sententiae, en la qual por el mismo caso incurran, si lo contrario hicieren que no presuman ir, por haver mercaderías, o por otra cualquier causa sin especial licencia Vuestra, y de los dichos Vuestros herederos, y sucesores a las Islas y tierras firmes halladas, y que se halleren descubiertas, y que se descubrieron acia el Occidente y Mediodía, fabricando y componiendo una línea desde el Polo Ártico al Polo Antártico, ora las tierras firmes, o Islas sean halladas y se hayan de

hallar acia la India, o acia otra qualquier parte, la qual línea diste de qualquiera de las Islas, que vulgarmente llaman de los Azores y Cabo verde, cien leguas acia el Occidente, y Mediodía, como queda dicho; No obstante Constituciones y Ordenanzas Apostólicas, y otras qualesquiera que en contrario sean; confiando en el Señor, de quien proceden todos los bienes, Imperios, y Señoríos, que encaminando Vuestras obras, si proseguís este santo y loable propósito, y conseguirán Vuestros trabajos y empresas en breve tiempo con felicidad y gloria de todo el Pueblo Christiano prosperísima salida. Y porque sería dificultoso llevar las presentes letras a cada lugar donde fuere necesario llevarse, queremos, y con los mismos motu y ciencia mandamos, que a sus trasuntos, firmados de mano de Notario Público para ello requerido, y corroborados con sello de alguna persona constituida en Dignidad Eclesiástica o de algún Cabildo Eclesiástico, se les dé la misma fe en juicio, y fuera del y en otra qualquier parte que se daría a las presentes, si fuesen exhibidas y mostradas. Así, que a ningún hombre sea licito quebrantar, o con atrevimiento temerario ir contra esta nuestra Carta de encomienda, amonestación, requerimiento, donación, concesión, asignación, constitución, depuración, decreto, mandado, inhibición y voluntad. Y si alguno presumiere intentarlo, sepa que incurrirá en la indignación del Omnipotente Dios; y de los

Bienaventurados Apóstoles Pedro y Pablo. Dada en Roma en San Pedro a quatro de mayo, del año de la Encarnación del Señor mil cuatrocientos noventa y tres, en el año primero de nuestro Pontificado.

CAPÍTULO XX

DESCUBRIMIENTO DE AMÉRICA Y DERECHO (Segunda Parte)

Bulas Alejandrinas (II)

La tercera cuestión entre las que se han planteado acerca de la Bula *Inter Coetera*, es la relativa a las facultades y potestad del Papa, en cuya virtud otorgó a los Reyes Católicos las atribuciones de soberanía y jurisdicción sobre las tierras descubiertas y por descubrir. Cuestión es esta difícil de exponer, pues lo mucho que se ha dicho y escrito sobre esta materia, la pluralidad de opiniones y pareceres acerca de ella, impiden hacer una síntesis clara y definida sin analizar sus antecedentes a través de la Historia. El problema que nos ocupa, no es sino una manifestación de una cuestión más amplia, a saber: las relaciones entre el poder espiritual y el poder temporal; el alcance de uno y otro, y la superioridad que en ciertos aspectos se atribuye a uno sobre otro.

Pero hay algo más que para nosotros viene a complicar el problema, y es la incompreensión de que tal problema pudiera simplemente plantearse, cuando no el desdén con que se toman generalmente en nuestros días, dentro de los regímenes políticos o jurídicos, todo asunto que se presente revestido con algún elemento religioso o puramente espiritual. El espíritu laico que en nuestros días

imperera, apenas concibe que exista o haya podido existir un conflicto entre las potestades espiritual y temporal, cuya absoluta separación hoy se plantea en forma que pudiera calificarse de dogmática.

Este espíritu laico que hoy impera data de poco tiempo a esta parte, en tanto que la Historia de la Humanidad nos demuestra que los hechos, tendencias y doctrinas que nos exponen en todo tiempo y lugar las relaciones entre lo espiritual y lo temporal siempre han existido, hasta darse en muchos casos la confusión de las potestades que rigen uno y otro aspecto de la vida del hombre. Pocas materias hay, sin duda, en la Historia de la Humanidad, que tengan para nuestra vida social, política y jurídica, la importancia que tiene el estudio del nacimiento y evolución del espíritu laico.⁶⁴ Procuraremos, por lo tanto, sintetizar esas doctrinas para poder sacar de ellas la contestación a la cuestión planteada relativa a las facultades del Papa Alejandro VI, al expedir la famosa bula de concesión y partición.

Fue sin duda, principio indiscutible en la Edad Media que el universo entero estaba regido por la voluntad Divina, obedeciendo a un único plan con un fin también único; todo tendía a ese fin, era una *ordinatio ad unum*, todo se encaminaba *versus unum*, y por lo tanto, la potes-

64 Lagarde, Georges de. *La Naissance de l'Esprit laïque su déclin du moyen age*. Presses Universitaires de France. 1948; Carlyle, R. W. y Carlyle, A. J. *A History of Mediaeval Political Theory in the West*. 6 Volúmenes. Londres y Edimburgo. 1928.

tad que guiaba y ordenaba todo hacia ese único fin, era una también.

Para alcanzar ese fin, todo cuanto existe debía seguir la vía que las normas propias que a cada naturaleza le han sido asignadas; los seres carentes de libertad son regidos hacia su fin por Leyes necesarias, en tanto que al hombre, ser inteligente y libre, se le asignan Leyes contingentes, adecuadas a su propia naturaleza. Pero el hombre desde un principio transgredió su Ley por el pecado original, y su naturaleza quedó para siempre viciada, imposibilitado por sí mismo para alcanzar su fin, sólo la gracia que por la redención se le otorgó podía salvarlo; desde ese momento, el hombre, junto con su vida natural, contó con la vida de la gracia, cuya finalidad inmediata es depurar, rectificar y afirmar a la naturaleza, pero de ninguna manera destruirla. Dos series de normas tenían que regir al hombre, las provenientes de la gracia y las establecidas por la razón natural, no contradictorias ni opuestas sino complementarias. De allí la necesidad de dos Derechos y de dos potestades para regir la conducta humana en la tierra: la potestad espiritual depositada en la Iglesia, y la temporal en el estado.

¿Cuál de estas dos potestades había de tener la supremacía?, o bien ¿cómo armonizar la una y la otra? Tal es la cuestión que tanto preocupó en la Edad Media y que en nuestros días aún subsiste. De esta cuestión, surge la que en el caso nos interesa, especialmente las facultades del Papa Alejandro VI al expedir la Bula *Inter Coetera*.

Debe recordarse que durante la Edad Media, esta doble potestad se manifestó en la lucha entablada entre la Iglesia por una parte, y el Sacro Imperio Romano por la otra, como manifestación éste de típico titular del poder temporal. Con muy usuales comparaciones con el espíritu y el cuerpo, o con el sol y la luna, se asignó la primacía entre las dos potestades a la espiritual sobre la temporal, así como priva el espíritu sobre el cuerpo o el sol sobre la luna; pero no desconociendo que las finalidades de uno y otro poder, aun cuando no opuestas, no eran las mismas, por lo que se procuró precisar una y otra finalidad, definiendo que lo temporal es aquello que se ordena o atañe, como a fin inmediato o primero, a las cosas de la vida terrenal con miras al bien común, en tanto que lo espiritual es aquello que atañe y se ordena, como a fin inmediato y primario, al bien común sobrenatural de la Iglesia, y por medio de ella a Dios mismo.

Planteadas así las premisas o antecedentes del problema, prácticamente no hubo teólogo o canonista que no hubiera tratado con más o menos amplitud este intrincado tema, procurando llegar a una solución definida y clara; pero no todas las opiniones coinciden, ya que, como era natural, unos se inclinaban hacia un extremo, en tanto que otros iban al contrario. Si bien es cierto que Santo Tomás de Aquino fue quien en esta materia, como en otras muchas, resuelve y define con extraordinaria agudeza y precisión el problema, una síntesis de toda la cuestión fue expuesta más tarde a principios del siglo XVIII, por el Cardenal, hoy Santo, Roberto Belarmino, en su tratado titulado *Tractatus de potestate Summi Pontificia in rebus*

temporalibus, adversus Guilielmum Barclay (1610),⁶⁵ obra que, como lo indica su título, refuta las teorías de Barclay.

El Papa San Gregorio VII, en carta dirigida al obispo de Metz, claramente sostiene la potestad eclesiástica para excomulgar, y como consecuencia de ello, privar de toda autoridad a los príncipes cristianos, cuando sus actos fueran contrarios a los fines religiosos de sus súbditos.

Parte Santo Tomás del principio que “*el Derecho divino que viene de la gracia no destruye el Derecho humano que viene de la razón natural*”, de manera que los príncipes infieles pueden seguir gobernando legítimamente aún sobre sus súbditos que se hubieren convertido al catolicismo; y de acuerdo con el mismo principio, Santo Tomás explica que el príncipe que se hace infiel o apóstata, no pierde el poder sobre sus súbditos que siguen obligados a obedecerle. Más adelante, dice el Doctor Angélico: “*el dominium (dominio) ha sido introducido por el Derecho de Gentes que es un Derecho humano; ahora bien, la distinción entre fieles e infieles, proviene del Derecho divino que no destruye al Derecho humano.*”⁶⁶ Sin embargo, también afirma el Santo Doctor que la potestad del Papa lo faculta a excomulgar al príncipe cuando sus actos se oponen a la realización del fin último de sus súbditos, y en tal caso quedan éstos liberados de la obligación de seguir sometidos.

65 Traducido por primera al inglés y publicado en edición mimeográfica por George Albert Moore, Ph. D.

66 II a., qu. 12, a. 2.

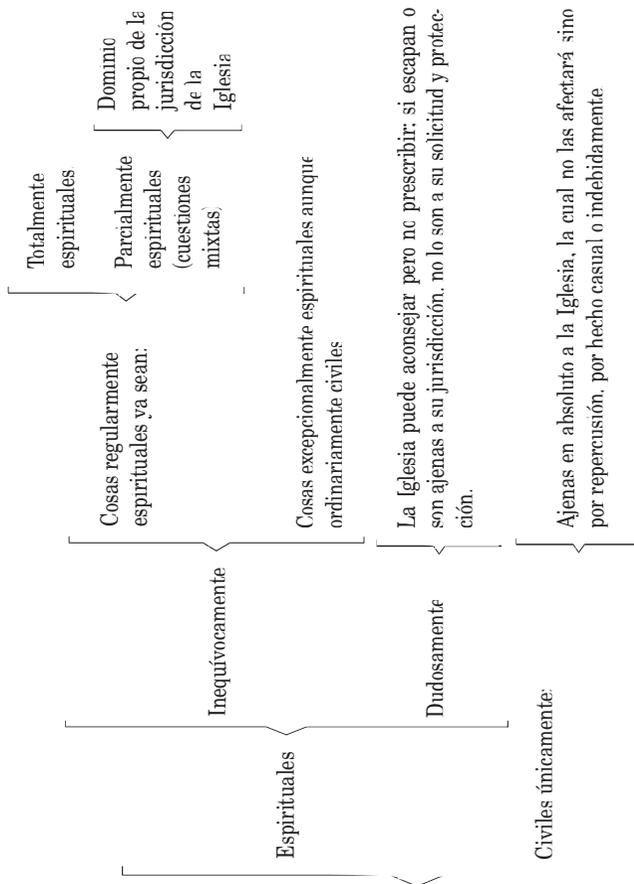
dos a tal príncipe.

Otro claro principio asienta Santo Tomás en *De Regimi Principum*, y es que el fin último de los hombres formando sociedad no es la vida virtuosa, si no el alcanzar por medio de la vida virtuosa el gozo de la divina, y para alcanzar tal finalidad, el hombre necesita de una regla que no es sólo humana, sino también divina. Esa regla emana de Cristo, que no es sólo hombre sino Dios, y es Él quien la ha transmitido al Romano Pontífice, que por este concepto todos los hombres y todos los príncipes están sometidos.

Pero ¿dentro de qué límites debe entenderse esta sujeción de todos a la potestad religiosa? La doctrina tomista no deja lugar a duda, pudiendo quedar sintetizada toda ella en la siguiente fórmula:

- La Iglesia tiene poder en toda materia relativa a las cosas espirituales, sean espirituales por naturaleza o por accidente;
- Sobre las cosas civiles o temporales, en cuanto tales, la Iglesia no tiene ninguna jurisdicción; y
- En caso de relación o conexión no moralmente necesaria, sino puramente posible o problemática, la Iglesia puede aconsejar las medidas que deban tomarse, pero no prescribirlas por actos de potestad o jurisdicción.

El siguiente cuadro sinóptico, tomado de la obra de Charles Journet *La jurisdiction de l'Iglese sur la Cité*,⁶⁷ dará una idea clara de lo anterior:



Debe hacerse notar que la Iglesia ha seguido hasta nuestros días la doctrina tomista, y así lo han manifestado los Romanos Pontífices que han gobernado en los últi-

67 Dyesclée de Brouwe & Cie. París. 1931.

mos tiempos, especialmente de Pío IX al actual. Siguiendo a Belarmino, en la síntesis que hace de diversos teólogos y canonistas, encontramos las siguientes opiniones: Egidio Romano dice: *“que si los Reyes y los Príncipes estuvieran únicamente sometidos a la Iglesia en materia espiritual, los asuntos temporales no caerían bajo lo espiritual, y en esta virtud no habría orden entre los poderes, por lo tanto, debe reconocerse que la Iglesia tiene potestad sobre lo temporal”*. Juan Capistrano sostiene que el Papa debe regir sobre los príncipes en materia espiritual, así como en asuntos temporales, a manera de mantener su supremacía y eminencia como le corresponde. San Antonio, arzobispo de Florencia, sostiene que el poder de los emperadores y de los reyes debe ser instituido y confirmado por la Iglesia para que sea bueno, y por ella deben ser juzgados los actos de las autoridades temporales.

Entre los autores franceses análogas tesis se encuentran, citando entre los más importantes a Durand y a Juan Faber. Entre los españoles se encuentran, entre otros, San Raymundo, quien sostiene que la Iglesia, con fines a la extirpación de las herejías, está facultada para ejercer el poder temporal sobre reyes y príncipes. Álvaro Pelayo dice: *“el Papa es el que transfiere el poder imperial y confirma a los emperadores ungiéndolos una vez electos, de acuerdo con la doctrina de la Iglesia, y además, puede privarlos del mando en casos de contumacia o cuando se dediquen a perseguir a la Iglesia”*. El Cardenal Juan de Torquemada asienta que el Romano Pontífice tiene juris-

dicción aún en materia temporal, para obligar a los príncipes a ajustarse a las normas de la Iglesia. Otros autores españoles como Alfonso de Castro, Martín de Ledesma, Gregorio de Valencia, Alfonso Álvarez, Luis Molina y Domingo Báñez, sostienen tesis análogas, afirmando este último “*que la Iglesia no sólo tiene facultad para privar de sus poderes a los príncipes apóstatas, sino a aquéllos que incurrén en herejía*”. Diego Covarrubias y Fernando Vázquez sostienen la tesis de la potestad del Papa en materias temporales, cuando con ello afectan los asuntos espirituales. En épocas posteriores, y entre los más destacados teólogos que han tratado de la materia, Francisco de Victoria, en sus famosas *Reelecciones*, trata con amplitud este tema, sosteniendo con acopio de datos y argumentos que el Papa no tiene potestad temporal sobre los infieles y los bárbaros.

CAPÍTULO XXI

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ESPAÑOL EN AMÉRICA

Las primeras manifestaciones del Derecho Español en América fueron consecuencia de la bula *Inter Coetera*, y, en segundo lugar, de las estipulaciones concertadas entre los reyes Católicos y Colón, conocidas como *Capitulaciones de Santa Fe*. Acerca de la bula hemos ya tratado, y por lo que hace a las capitulaciones mencionadas, las analizaremos más adelante al estudiar los orígenes de la *Casa de Contratación de Sevilla*.

El primero de los citados fundamentos no dejó de hacerse sentir, más o menos intensamente a través de todo el régimen español en las Indias, especialmente en cuanto se refiere a la labor de cristianización que la bula del Papa Alejandro VI imponía como básica y primordial condición; en tanto que las *Capitulaciones de Santa Fe* pronto dejaron de tener aplicación, al menos con el alcance que al principio se les había dado y, en realidad, solamente tuvieron aplicación directa e inmediata en las islas Antillas, primeras tierras descubiertas y ocupadas por España. Es por lo tanto en esas tierras, en donde deben estudiarse las primeras manifestaciones del Derecho europeo en América; pero conviene, previamente, examinar lo que el maestro Esquivel Obregón

llama *Principio ordenador de la política indiana de España*.⁶⁸

Si la primordial obligación impuesta a los reyes de España para llevar adelante sus descubrimientos y conquistas, fue la cristianización de los habitantes de las nuevas tierras, y si por otra parte, esta condición así impuesta se amoldaba a las condiciones y tendencias de la España de esa época, fue factor primordial de la política de los reyes Católicos, así como la de sus sucesores, cumplir con esa obligación; además los frailes, y entre ellos principalmente los dominicos, exigían en nombre de la conciencias y del deber religioso, la libertad absoluta de los indios y la propagación de la fe Católica por medio de la convicción. Pero debería tomarse en cuenta que los descubridores y, en general, los españoles que venían a habitar las nuevas tierras, lo hacían atraídos por un fin de lucro y de riqueza que esperaban lograr fácilmente, dados los informes que el mismo Colón había llevado a España. Esas gentes no estaban expensadas por el estado, de manera que éste se veía en la necesidad de facilitarles no solamente la manera para que obtuvieran los recursos necesarios para sus subsistencia, sino que tenía que ofrecerles el aliciente de las riquezas con que soñaban, y al menos no impedirles su logro.

Debe, además, tenerse en cuenta el medio y los elementos con que los recién llegados podían contar; por una parte un clima malsano, y por la otra el peligro de vivir

68 Esquivel Obregón, *op. cit.*, Tomo I, Pág. 346.

con poblaciones en estado de salvajismo como eran las Antillas. El aliciente era poder contar con el trabajo de los naturales para dedicarlos a las explotaciones mineras y al laborío de las tierras. Se dieron cuenta que al indio había que obligarlo a trabajar, empleando incluso la fuerza para ello.

Por otra parte, si el rey de España asumía la obligación de cristianizar el Nuevo Mundo, era equitativo que junto al cargo procurara el beneficio no solamente como una compensación, sino como un recurso con que sufragar los gastos que aquella obligación acarrearaba, pues si América hubiera sido una fuente de erogaciones y gastos, España no hubiera tenido elementos para realizar la empresa que se le había encomendado, y que ella había aceptado con exclusión de cualquier otra nación entre las muchas europeas que no dejaban de codiciar las nuevas tierras descubiertas, pero obligadas a abstenerse en acatamiento a la bula Pontificia, universalmente reconocida.

Los reyes de España inclinaron desde luego su política hacia la realización del fin primordial, pero se encontraron ante el conflicto tan humano que surge en todos los aspectos de la vida, sea social o individual; lo material frente a lo espiritual o, en términos teológicos, la vida de la naturaleza caída frente a la vida de la gracia. Y como había que amoldar los hechos a la doctrina que debía predicarse y fomentar las primeras y más tenaces admoniciones de los reyes, éstas fueron las del buen tratamiento de los indios reconociéndolos como seres humanos libres.

No debe olvidarse que en esos días, en que surgían las doctrinas renacentistas que buscaban en las doctrinas clásicas del paganismo grecorromano la orientación en esa nueva etapa de la Historia, la esclavitud, que no había desaparecido enteramente, encontró en aquellas fuentes, especialmente las aristotélicas, nuevo fundamento, por lo que, ante este conflicto entre opiniones divergentes, los reyes Católicos sometieron el caso a consulta de teólogos y canonistas, quienes debían resolver si había o no fundamento jurídico en pro o en contra de la esclavitud de los indios.

Las soluciones dadas en un principio no fueron claramente definidas, pero la tendencia fue siempre en pro de la libertad hasta que, algunos años más tarde, Vitoria estableció en términos indubitables que si los españoles, después de haber hecho todo lo posible para persuadir a los indios de que no se proponían hacerles mal alguno, no lograban impedir que éstos maquinasen la pérdida de aquéllos, los españoles tenían el derecho de hacerles la guerra con todas sus consecuencias, despojándolos de sus bienes, reduciéndolos a cautiverio y deponiendo a sus señores. Debe hacerse notar que a pesar de tan autorizada opinión, Hernán Cortés, al final de su vida, en su propio testamento, dudaba del derecho de hacer esclavos, y ordenaba a su hijo y heredero que aclarara el punto y obrara en consecuencia para descargo de su conciencia.

Frente los hechos antes expuestos, la reina Isabel, haciendo caso omiso a lo pactado con Cristóbal Colón respecto a darle el gobierno perpetuo de las tierras por él

descubiertas, envió como gobernador de ellas a fray Nicolás de Ovando, Comendador de Alcántara, provisto de instrucciones expedidas en septiembre de 1501.

A pesar del evidente conflicto entre la labor de cristianización y las tendencias tan opuestas a ella, debidas al afán de lucro de los españoles llegados a las Antillas, la reina en sus instrucciones se inclina decididamente por la primera, no sólo en cuanto a la doctrina, sino al tratamiento que, de acuerdo con esa misma doctrina, había de impartirse a los naturales. En síntesis, las instrucciones a Ovando encerraban los siguientes puntos esenciales:

El nuevo gobernador debía poner todo su esfuerzo para que se adoctrinara a los indios en la fe Católica, empleando para ello procedimientos amorosos y de ninguna manera la fuerza; debería propugnar porque los indios vivieran en absoluta libertad y donde quisieran; debería hacerse saber a los *caciques* que la voluntad de los reyes era que todos los indios fueran bien tratados, pero que deberían considerarse como súbditos de la Corona de España a la que deberían pagar los tributos.

En una cuestión, sin embargo, las repetidas instrucciones dadas a Ovando tomaban en cuenta las necesidades materiales, restringiendo con ellos la libertad que se recomendaba para los naturales; este punto era el relativo al trabajo de las minas, ya que se consideró como la fuente de donde los reyes obtendrían utilidades económicas, pero estableciendo expresamente que si para ello

podía hacerse trabajar a los indios, había de ser retribuyéndolos con un jornal justo; imaginándose, con criterio europeo, que el indio mismo no desdeñaría trabajar si a cambio de ello lograba obtener oro u otro rico metal. Grave error que demuestra el desconocimiento de la mentalidad indígena, que si acepta poner algún esfuerzo y trabajo, lo hace únicamente para satisfacer necesidades imperiosas del momento, satisfechas las cuales ni exige ni trabaja más. Dos años más tarde, en 1503, volvió la reina a recomendar a su gobernador Ovando que indicara el medio de que los indios trabajaran para sacar oro de las minas, pero sin que se les maltratase, siempre que para ello estuvieran conformes y retribuyéndoles con justa paga.

“Los resultados de tales métodos eran nulos”,
afirma don Toribio Esquivel Obregón, y añade:

“Si se había de atraer colonización española y ella era indispensable para difundir la cultura entre los indios, los procedimientos de libertad y dulzura tenían que abandonarse. La libertad para el indio era la libertad material, meramente animal, no la que dictaba la convivencia con la nueva raza, afanada por fines económicos. El trabajo es la base de la cultura europea, de la moral y de la libertad social”.

Seguramente la reina Católica se dio cuenta de su error, al pretender imponer para sus nuevos súbditos un trato al que la mentalidad europea estaba acostumbrada

a usar con los europeos, y envió nuevas instrucciones, las segundas en ese mismo año de 1503, ordenando en ellas que se obligara a los indios a vivir con los españoles y a trabajar en sus minas, sus campos y sus casas, para lo cual cada *cacique* debería llevar determinado número de hombres al trabajo, dejando los días festivos para la enseñanza de la doctrina cristiana; pero haciendo especial hincapié en que no se olvidara que los indios eran hombres libres y que deberían ser bien tratados. Este cambio se debió, sin duda, al conocimiento de que al otorgarse plena libertad a los indios, éstos usaron de ella para remontarse a las serranías huyendo del trato con los españoles, haciendo imposible la predicación de la religión Cristiana. Esa libertad resultó ser la muerte por hambre, y los nuevos dominios eran una carga costosa y sin finalidad alguna.

Estas últimas instrucciones fueron el principio del sistema de encomiendas que, originado en las Antillas, había de pasar más tarde al continente; sistema que desde sus albores habría de dar lugar a críticas, discusiones y disposiciones varias, ya estableciendo la encomienda, ya suprimiéndola o modificándola en cuanto a su duración, según que predominaban las opiniones en uno o en otro sentido, acerca de lo cual nos ocuparemos más adelante. Conviene hacer observar que la política vacilante de la reina Isabel en un principio y la de sus sucesores después, fue característica del régimen español en América, que demuestra, en primer lugar, la dificultad de llegar a comprender con la mentalidad del europeo las

necesidades, costumbres y psicología de los habitantes del Nuevo Mundo y, en segundo lugar, el afán de los reyes españoles por comprenderlas para adaptarles las normas más adecuadas. Si esa política oscilante y ese frecuente cambio en las normas es en sí mismo defectuoso, tiene por lo menos el mérito de buscar por ese medio no lo teóricamente más perfecto, sino lo prácticamente más conveniente; en otros términos, se buscaba amoldar a las necesidades humanas el Derecho y no éstas a aquél.

Las instrucciones últimas de la reina a que antes nos referimos, pudieran aparecer contradictorias, ya que si por una parte se declaraba libres a los indios, por otra se les obligaba a trabajar; pero tal contradicción es, sin duda, sólo aparente, pues la libertad plena que algunos hubieran deseado para el indio, era una libertad salvaje, más animal que humana, que la usaban para remontarse a los bosques y vivir en absoluta ociosidad, incompatible con la cultura y con los principios básicos de la solidaridad y armonía de la vida social y de la libertad humana que exige el trabajo, para evitar que entre los hombres unos sean carga para los demás.

A la muerte de la reina Isabel, don Fernando quedó al frente del gobierno, pues, aunque no era rey de Castilla, desempeñó esta función a nombre de su hija doña Juana *la Loca*, que por su estado no podía desempeñar. Una de las primeras medidas tomadas por el rey, fue transigir con don Diego Colón, hijo del Descubridor, quien pretendía que le fueran reconocidos los derechos que en un prin-

cipio se habían otorgado a su padre, y en esa transacción se otorgó a don Diego el gobierno de la Española en el año de 1509.

Con tal motivo el rey dio instrucciones a dicho gobernador para que las encomiendas se entendieran otorgadas únicamente por períodos de dos o tres años, en lugar de ser perpetuas y transmisibles; le ordenó que hiciera una nueva repartición de indios, en vista de que algunos españoles tenían un gran número de ellos, en tanto que otros se quejaban de tener pocos o ninguno, y estableció que a los Alcaldes y Oficiales se les dieran cien indios, a cada hidalgo casado ochenta y a los agricultores treinta. Tales medidas resultaron ser en extremos perjudiciales, ya que los encomenderos se propusieron sacar las mayores ventajas de los indios que les estaban encomendados, haciéndolos trabajar con extremo rigorismo para obtener, dentro del corto período de sus encomiendas, la máxima utilidad posible, a costa, en muchos casos, de la vida misma del indio.

En este estado las cosas, en el año de 1510 se enviaron a la isla Española los primeros dominicos, quienes desde luego se dedicaron a denunciar los malos tratamientos a los indios por parte de sus encomenderos. Fue especialmente enérgico el Dr. Antonio Montesinos, que en terrible sermón expuso y condenó con vehemente verdad semejante proceder de los españoles. Fue llamado Montesinos a España para informar y, oído por el rey, éste ordenó se convocara una junta de teólogos y juristas,

de donde surgieron diversas disposiciones que, expedidas con fecha 27 de diciembre de 1512, y adicionadas en 28 de julio de 1513, forman las treinta y dos Leyes conocidas con el nombre de *Leyes de Burgos*, que constituyen el primer intento legislativo de España en América.

Las *Leyes de Burgos* fueron una reacción contra los errores en que Colón había de caer respecto de la personalidad y carácter de los indios, cuando informaba acerca de la bondad de ellos, de su docilidad, de sus buenos instintos, etc.; en esta virtud, rectificadas los errores ante la incipiente práctica de los españoles en las Antillas, en la que descubrieron la indolencia y la inclinación a los vicios de los naturales, las mencionadas Leyes partían de la base de que no era posible levantar el nivel de vida y la moral de ellos sin obligarlos a convivir y trabajar con los europeos.

Transcribiendo el resumen que de las *Leyes de Burgos* hace el maestro Esquivel Obregón, las normas que encierran son las siguientes:

“Los españoles habían de construir casas para lo indios y quemarles sus antiguos tugurios, edificar una Iglesia en cada pueblo y dotarla de una campana para llamar a los indios a la oración a mañana y noche; enseñar a los mismos y escoger entre ellos los que habían de ser educados para maestros, y dar buen tratamiento lo mismo a los naturales de la Española como a los

procedentes de otras partes. Se prohibía ocuparlos como bestias de carga, se reglamentaba la alimentación y el salario que había de darse a los indios, el número de éstos que habían de darse a cada cacique para su servicio, en proporción a los que él gobernaba. Se reglamentaba el trabajo en las minas, alternando con períodos de descanso para que atendieran los indios a sus sementeras. Las mujeres en cinta debían ocuparse en trabajos domésticos ligeros. La tercera parte de los indios que vivían en poblaciones cercanas a una mina debían de trabajar en ella sobre la base de aparcería. El almirante y los oficiales reales debían nombrar entre los hombres más honrados de la isla, visitadores que visitaran las poblaciones dos veces al año para ver si se cumplía con aquellas Leyes, y siempre que los naturales demostraran capacidad para vivir bajo gobierno propio deberían consentírseles que lo hicieran”.

Se reunió una nueva junta por sugestión de los dominicos, para introducir ciertas modificaciones a las *Leyes de Burgos* relativas al trabajo de las mujeres, a la enseñanza de oficios a los menores, a dar preferencia sobre cualesquiera otras actividades y trabajos a la enseñanza religiosa, a que los indios sólo podían ser obligados a trabajar durante nueve meses del año mediante el correspondiente y justo salario, y a que tanto los hombres como las mujeres deberían andar vestidos, abandonando así

sus usuales desnudeces.

Debe hacerse notar que esa primera colección de Leyes reglamentaba el trabajo, anticipándose en casi cuatro siglos a lo que en nuestros días se ha tenido como conquista nueva en el terreno de lo jurídico. Veremos más adelante cómo no fueron las únicas Leyes en esta materia tan importante. Las *Leyes de Burgos* tranquilizaron a los descontentos y aplacaron los ánimos durante cierto tiempo, y probablemente con sucesivas adaptaciones y enmiendas hubieran seguido cumpliendo su misión de armonía social, si no hubiera sido por la aparición en la escena del Nuevo Mundo, de uno de los personajes que más excitación y alboroto han causado debido a su temperamento exaltado y al extraordinario tesón con que propugnó por la defensa del indio, lo que hace que, sin duda, merezca el respeto y el amor de aquéllos por quienes luchó y de la humanidad, pero no fueron siempre sus armas ni la prudencia ni la estricta verdad, ya que los hechos en que basaba sus argumentos y diatribas, sino contrarios a lo cierto, fueron muy a menudo exagerados al extremo, debido a su temperamento impulsivo y pasional; fray Bartolomé de las Casas, personaje a quien nos referimos, ingresó a la Orden Dominica después de ocho años de haber vivido en la Isla Española, a donde llegó en el año de 1502, habiendo disfrutado de una encomienda de indios.

La personalidad de fray Bartolomé de las Casas ha sido y seguirá siendo motivo de discusiones y controversias. Para unos es un benemérito varón digno de toda

alabanza, poco menos que intachable; para otros es uno de los autores de la *Leyenda Negra* fraguada contra España, y cuyo proceder fue más propicio a las divisiones sociales y al descontento de todos los que aspiran a la convivencia y buena armonía entre los hombres. Si su finalidad era buena, los procedimientos para lograrla demuestran a menudo desconocimiento de la realidad; pero si unas y otras opiniones deben conocerse y aquilatarse, lo que interesa al historiador del Derecho es apreciar las consecuencias de su labor en las Leyes y, en general, las consecuencias en la vida jurídica; baste recordar que Las Casas fue escuchado en España, que sus quejas fueron más de una vez atendidas, que más de una vez las normas que se dictaron se ajustaban a sus deseos, aún cuando hubieran tenido que modificarse más tarde por falta de acomodo.

El Cardenal Cisneros, que en esos días llevaba las riendas del gobierno español, atendió a Las Casas, aceptó en gran parte su programa que, entre otras cosas, propugnaba por establecer un régimen bajo el poder de las órdenes religiosas que Las Casas hubiera deseado fuera la Dominicana, a lo cual Cisneros no accedió, teniendo, sin duda, suspicacias y alarma que se ocasionarían entre los colonos; tampoco quiso designar a los franciscanos para ello, por suponerlos contrarios a los dominicos en cuanto al método de cristianización y concepción política, y se fijó y designó a los jerónimos para encomendarles el gobierno antillano.

Dio Cisneros a los jerónimos detalladas instrucciones a

las que debían amoldar su gobierno, las cuales contenían algunos aspectos utópicos propios de la época renacentista en que se vivía. Estas instrucciones aparecen publicadas en la *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar*, reproducidas en lo esencial por don Toribio Esquivel Obregón.⁶⁹ Los jerónimos solicitaron que se les relevara del cargo que se les había confiado, por ser contrario a sus reglas monásticas, no sin haber rendido un informe al entonces ya gobernante emperador Carlos V; ante la petición que se le presentó, accedió en retirar a dichos frailes, nombrando en su lugar a Rodrigo de Figueroa con el carácter de Juez de Residencia.

En el informe de los jerónimos se encuentran, entre otras, las siguientes observaciones: si los indios eran dejados a su arbitrio, serían incapaces de gobernarse a la manera de los españoles o de llevar vida cristiana, y si se les ponía a trabajar continuarían disminuyendo; la encomienda se consideraba el procedimiento menos malo en las relaciones entre españoles y naturales; no debería obligarse a los indios a trabajar en las minas por ser débiles de raza. Estas y otras observaciones más deberían tenerse en cuenta para el gobierno de los indios.

69 *Ibidem*. Tomo I. Segunda Serie. T. IX. 53-75. Págs. 455 a 464.

CAPÍTULO XXII

PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO ESPAÑOL EN LA NUEVA ESPAÑA (Primera Parte)

Si la materia de este libro es el pensamiento jurídico, no parecería atinado detenerse a examinar la vida y los hechos, sino las ideas dominantes en la colectividad que constituye la nacionalidad mexicana y los antecedentes de ellas en épocas pretéritas. Pero, por otra parte, debe tenerse en cuenta que no existe pensamiento o idea sino en el sujeto pensante, y para poder conocer y aquilatar las ideas cuando no viven los sujetos que las concibieron, habrá que atenerse a los hechos humanos que son expresión de ellas. Y entre los hombres que han pasado por la Historia, se encuentran algunos cuyos actos son la expresión más fiel de las ideas de su época, cuando han sido ellos mismos los que, debido a su extraordinaria personalidad, su audacia o su visión, impusieron sus propias ideas o fueron el medio o instrumento para la difusión de nuevas ideas y, en tales casos, los estudios históricos no pueden pasar por alto la personalidad de tales hombres.

Tal acontece con Hernán Cortés en la Historia de México. Los actos de su vida, expresión de las ideas que habían de implantarse en este territorio y los métodos tan personales suyos para lograrlo, pueden ser discutidos, aceptados entusiastamente por unos como convenientes o eficaces, rechazados tenazmente por otros como inadecuados y perjudiciales, pero nadie que no niegue la

evidencia podrá desconocer que el trazo y la huella que dejó han sido, hasta nuestros días, indelebles, pese a los esfuerzos que se han hecho para borrarlos. Estas evidentes consideraciones nos obligan a examinar la personalidad de Hernán Cortés, que si fue el que abrió el sendero de la nacionalidad mexicana, dentro de ella y como parte integrante dejó firmemente asentadas las principales instituciones políticas y jurídicas, que son las que fundamentalmente nos interesa examinar.

Hemos hecho alusión a los acontecimientos con que el Derecho Español fue introducido en las primeras tierras descubiertas de este lado del Atlántico, es decir, en las islas Antillas, y debe recordarse que Cortés fue testigo y en parte actor de ellos, de manera que sus primeras experiencias las adquirió allí, completando en contacto directo con la vida y con el mundo de los acontecimientos lo que en sólo dos años de conocimientos había adquirido en la Universidad de Salamanca, a donde había sido enviado por sus padres con la intención de que estudiara Leyes. A los diecinueve años de edad, en el año de 1504, se embarcó en España rumbo al Nuevo Mundo, desembarcando en el Fuerte de Santo Domingo en la Española; pasó más tarde a Cuba, en donde estuvo en íntima relación con Diego Velásquez, gobernador de la isla.

No sería posible detallar los acontecimientos que constituyen los antecedentes de la expedición de Cortés hacia el continente, baste recordar que dos expediciones anteriores, mandadas respectivamente por Hernández de Córdoba y por Grijalva, habían aportado datos importan-

tísimos acerca de la existencia de territorios enormes y muchos más ricos de los que hasta entonces se habían descubierto, lo que hizo concebir el proyecto de enviar una nueva expedición que desde luego se comenzó a organizar.

El gobernador Velásquez, con tal carácter y previa autorización de los jerónimos que aún tenían a su cargo el gobierno de las islas Antillas, tomó la iniciativa y dictó los acuerdos que creyó oportunos otorgando a Cortés el mando de la expedición, despertando el celo y la envidia de otros muchos que no tardaron con esto en infundir en Velásquez sospechas y desconfianzas para Cortés, creándose dos bandos, los que apoyaban al gobernador y otro al mismo Cortés. Sabido es cómo Velásquez resolvió al fin quitar el mando al futuro conquistador de México, y cómo éste, adelantándose al recibo de la destitución, se hizo a la vela hacia las costas de Yucatán, creándose así una situación tirante y difícil entre ambos personajes. ¿Cuánta fue la habilidad de Hernán Cortés para resolver situación y problema tan difícil? Lo examinaremos al estudiar la institución municipal que Cortés estableció, por primera vez en el continente, en la Villa Rica de la Vera Cruz.

Antes de estos acontecimientos, veremos cuál era el carácter jurídico de la expedición de la que Cortés fue alma y guía. Dos aspectos jurídicos tuvo esa empresa, uno de origen público y otro de origen privado, o, mejor dicho, uno de orden público y otro de orden privado. El

primero emana de la autorización dada por los jerónimos como supremas autoridades en nombre del rey de España, y de la organización, normas e instrucciones de Velázquez en su carácter de gobernador de Cuba. Pero en cuanto a la estructura misma de la empresa, tuvo un carácter privado, ya que los elementos para realizarla se obtuvieron mediante las aportaciones hechas por personas que habían de tomar parte en ella o que tenían interés en su logro. En otros términos, se constituyó una especie de sociedad entre un grupo de individuos que aportaron los elementos que habían de constituir el patrimonio de la empresa, con miras a obtener el lucro correspondiente y proporcional a sus aportaciones, una vez realizados los fines de *rescate* o explotación de las nuevas tierras.

Bien conocido es el hecho de que Cortés fue el que mayores aportaciones hizo no sólo poniendo todo su entusiasmo y esfuerzo, sino cuantos bienes tuvo a su disposición, al grado de haber pagado toda la carne del abasto del pueblo de Santiago con una cadena de oro que llevaba al cuello, cuando no le quedaba nada más que poder dar en ese momento, víspera de la salida. Ya en camino, compró y pagó de su peculio otros abastecimientos para la armada a su mando, incluyendo un barco que encontró cargado de pan, tocino y otras cosas. Sobre estos hechos, los relatos de Bernal Díaz del Castillo, Gómara, Las Casas y otros escritores son suficientemente explícitos y detallados, y a ellos nos remitimos como demostración del carácter de la empresa.

Antes de que Velázquez resolviera quitar el mando que había conferido a Cortés, le había dado instrucciones que debían considerarse como las primeras normas legislativas expedidas para el gobierno de lo que poco más tarde había de ser el reino de la Nueva España. Dichas instrucciones están fechadas el 23 de octubre de 1518, y se encierran en treinta capítulos o párrafos. La extensión de ese documento impide analizarlo en detalle, y para consultarlo nos remitimos a las *Disertaciones sobre la Historia de la República Mejicana* por don Lucas Alamán.⁷⁰

Después de hacer una especie de exposición de motivos justificativos de la expedición encomendada a Cortés, así como de sus finalidades que principalmente eran en ese momento ir a buscar y auxiliar a Grijalva, que aún no había regresado en la fecha de las instrucciones, Diego Velázquez consigna:

“Primeramente el principal motivo que vos e todos los de vuestra compañía habéis de llevar, es y ha de ser para que en este viaje sea Dios nuestro Señor servido y alabado e nuestra Santa fe católica ampliada, que no consentiréis que ninguna persona de cualquiera condición, o calidad que sea, diga mal de Dios nuestro Señor, ni

70 Alamán, Lucas. *Disertaciones sobre la Historia de la República Mejicana*. Tomo I. Apéndice Segundo. Edición de D. Mariano Lara. México. 1884. Págs. 1-27.

de su Santísima Madre, ni a sus santos, ni diga otras blasfemias contra su Santísimo nombre por alguna ni en ninguna manera, lo cual ante todas cosas les amonestaréis a todos; e a los que semejante delito cometieren, castigarlos héis conforme a Derecho con toda la más riguridad que ser pueda”.

De esta manera, se daba cumplimiento a la básica y fundamental obligación impuesta por la Bula *Inter Coetera*, tan de acuerdo, por otra parte, con la voluntad de los reyes de España y las creencias, usos y costumbre de los españoles de esa época. Más adelante establecen las citadas instrucciones:

“Item: porque más cumplidamente en este viaje podáis servir a Dios Nuestro Señor, no consentiréis ningún pecado público, así como amancebados públicamente, ni que ninguno de los cristianos español de vuestra compañía haya acceso ni ayunta carnal con ninguna mujer fuera de nuestra Ley, porque es pecado a Dios muy odioso, e las Leyes dividnas e humanas lo prohíben; e procederéis con todo rigor contra el que tal delito o pecado cometiere, e castigarlo héis conforme a Derecho por las Leyes que en tal caso hablan e disponen”.

De esta manera, se procuraba amoldar los actos a los principios, y se verá en temas posteriores la aplicación que de estas normas se hicieron.

“Item: porque en semejantes negocios, sigue estableciendo Velázquez en sus instrucciones, toda concordia es muy útil y provechosa y por el contrario las disensiones y discordias son dañosas y de los juegos de dados y naipes suelen resultar muchos escándalos e blasfemias de Dios o de sus santos, trabajaréis de no llevar ni llevéis en vuestra compañía persona alguna que sepáis que no es muy celoso del servicio de Dios nuestro Señor e de sus Altezas... etc.”.

Siguen cinco capítulos o párrafos con instrucciones relativas a la organización y abastecimiento de la armada expedicionaria, y a continuación se encuentra el siguiente:

“Item: avesaréis y mandaréis a los dichos capitanes e maestros e todas las otras personas que en los dichos navíos fueren, que si primero que vos llegaren a alguno de los puertos de la dicha isla Cozumel e algunos indios fueren a los dichos navíos, que sean dellos bien tratados y recibidos, e que por ninguna vía ninguna persona de ninguna manera e condición que sea osado de les facer agravio, ni les decir cosa de que puedan recibir sinsabor...”.

Como veremos, la primera aplicación de esta norma tuvo lugar en contra de Pedro de Alvarado, que se había adelantado a Cortés y había causado daños a los indios,

dando lugar a la primera aplicación del Derecho en territorio de lo que sería más tarde México.

Establecen enseguida las citadas instrucciones, la obligación de hacer saber a los indios el motivo del viaje de Cortés y los suyos, explicándoles que iban en calidad de vasallos y súbditos de: *“un rey muy poderoso a quienes obedecen muchas de las generaciones de este mundo, y que ha sojuzgado e sojuzga muchos partidos e tierras, de la una de las cuales son estas partes del mar océano donde ellos e otros muchos están...”*.

Esta orden se daba en cumplimiento de la que los reyes Católicos habían dado, estableciendo la obligación de leer a los naturales de las tierras descubiertas el requerimiento formulado por el licenciado Palacios Rubios, del que se hablará después.

Siguen recomendaciones para que se informe acerca de todo lo que se vaya descubriendo y encontrando, especialmente acerca de la religión y costumbres de los naturales con fines a su conversión al Cristianismo, fin primordial de la empresa, vuelve a recalcarse. A continuación, se vuelve a insistir sobre el buen tratamiento a los indios, cumpliendo así, entre otras normas, con las recomendaciones consignadas por la reina Isabel en su testamento, que desde que se dio a conocer se tuvo como parte integrante de las Leyes en el Nuevo Mundo. Se encuentran más adelante las siguientes instrucciones:

“Item: en todas las islas que se descubrieron, saltaréis en tierra ante vuestro escribano y muchos testigos, y en nombre de sus Altezas tomaréis y aprenderéis la posesión de ellas con toda la más solemnidad que ser pueda, haciendo todos los autos e diligencias que en tal caso se requieren e se suelen facer, etc.”.

Se tendrá ocasión de ver cómo en toda la vida jurídica de la Nueva España este formulismo siguió imperando, así como la importancia de la función del escribano en la mayor parte de los actos públicos como privados.

“Item: en todas las cosas ansí civiles como criminales que alla entre unas personas con otras, o en otra cualquier manera se ofrecieren o acaecieren, conoceréis dellas y en ellas conforme a Derecho e justicia, e no en otra manera; que para todo lo susodicho e para cada una cosa e parte dello, e para todo lo a ello anexo e conexo e dependiente, y en nombre de sus Altezas vos doy e otorgo poder cumplido e bastante como e según que yo de sus Altezas tengo, con todas sus incidencias e dependencias, anexidadades e conexidades, etc.”.

Después de estas instrucciones vino por parte de Velázquez la destitución de Cortés, pero, como se ha dicho y es bien sabido, éste logró salir antes que aquél hubiera podido impedirlo. Vamos ahora a ver los primeros actos de Cortés realizados en territorio de México, y

muy especialmente aquéllos que pueden llamarse los primeros actos jurídicos de España en esta tierra.

CAPÍTULO XXIII

PRIMERAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO ESPAÑOL EN LA NUEVA ESPAÑA (Segunda Parte)

Siguiendo nuestro tema anterior, veremos cuáles fueron los actos más sobresalientes realizados por Hernán Cortés, primero en su viaje y luego en la capital del imperio Azteca, que demuestren el nuevo pensamiento jurídico que se iniciaba en estas tierras. De ser posible, los hechos que manifiestan la manera como empezó a aplicarse el Derecho deberían tomarse al pie de la letra de los relatos de los testigos de ellos, pero tendremos que hacer sólo resúmenes de tales fuentes, concretándonos con transcribir los párrafos o frases esenciales.

Bernal Díaz del Castillo, en su *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*, dice en el capítulo XXV:

“Y en diez días del mes de febrero, año de mil e quinientos y diecinueve años, después de aver oído misa, nos hicimos a la vela por la vanda del Sur, con la copia de los caballeros e soldados que dicho tengo... Y el piloto que llevábamos que dezía Camacho, no tuvo cuenta de lo que le fue mandado por Cortés, y siguió su derrota. Y llegamos (los que iban con Alvarado) dos días primero que Cortés a Cosumel... Bolvamos a Pedro de Alvarado: que así como llegamos al puerto,

saltamos en tierra del pueblo de Cosumel, con todos los soldados; y no hallamos indios ningunos, que se avían ido huyendo. Y mandó que luego fuésemos a otro pueblo, que estaba de allí una legua; y también se amontaron y huyeron los naturales y no pudieron llevar su hazienda, y dexaron gallinas y otras cosas. Y de las gallinas mandó Pedro de Alvarado que tomasen cuarenta de ellas. Y también en una casa de adoratorios de ídolos, tenían unos paramentos de mantas viejas, y unas arquillas donde estaban unas como diademas, e ídolos, y cuentas, e pinjantillos. Y estando en esto, llega Cortés con todos los navíos; y después de aposentado, la primera cosa que hizo fue mandar echar preso en grillos al piloto Camacho porque no aguardó en la mar como le fue mandado. Y después vio el pueblo sin gente, y supo cómo Pedro de Alvarado avía ido al otro pueblo e que les avía tomado gallinas y paramentos, y otras cosillas de poco valor de los ídolos, y el oro medio cobre, mostró tener mucho enojo dello, e de cómo no guardó el piloto. Y reprehendiole gravemente al Pedro de Alvarado y le dixo que no se habían de apaciguar las tierras de aquella manera, tomando a los naturales su hazienda. Y luego mandó traer a los dos indios y la india que avíamos tomado, y con el indio Melohiorejo, que llevamos a la Punta de Catoche, que entendía muy bien aquella lengua, les habló... que fuese a llamar los caciques e

indios de aquel pueblo, e que no oviesen miedo. Y les mandó volver el oro y paramentos, y todo lo demás, y por las gallinas que ya se habían comido les mandó dar cuentas y caxcaveles; y más dio a cada indio una camisa de Castilla. Por manera que fueron a llamar al señor de aquel pueblo; y otro día vino el cacique con toda su gente, e hijos y mugeres de todos los del pueblo, y andaban entre nosotros como si toda su vida nos ovieran tratado; y mandó Cortés que no se les hiziese enojo alguno. Aquí en esta isla comenzó Cortés a mandar muy de hecho, y Nuestro Señor le daba gracia, que dondequiera que ponía la mano se lo hacía bien, especial en pasificar los pueblos y naturales de aquellas partes, como adelante veremos”.

La cita del testigo y actos de aquellos acontecimientos, Bernal Díaz del Castillo, no puede ser mas elocuente e importante. Mejor que cualquier comentario expresa el alcance y trascendencia de aquel primer acto de justicia por parte de Cortés; restitución a favor del indio y castigo al español. Es de notar también que tal acto de carácter jurisdiccional marca la tendencia que había de ser constante en todo el régimen español a saber: la preponderancia de lo judicial sobre las demás funciones gubernamentales, fueren legislativas o administrativas, buscando así el establecimiento de las normas por quienes conocían y apreciaban, en calidad de jueces, las necesidades, forjando así un Derecho inadaptable.

No menos importante, es también apreciar la preocupación constante de Cortés para que se diera a los indios un buen trato, pensamiento que no lo abandonó ni en sus últimos días, como lo demuestra en su testamento. Si en esto, como en otras cosas, tuvo claudicaciones o desmayos, como pudieran deducirse de algunos hechos cuyos fundamentos, por otra parte, no aparecen claramente definidos y comprobados, achaque es de la condición humana.

Otro acontecimiento debe recordarse debido al aspecto jurídico que encierra, y es la llegada de la expedición, después de abandonar Yucatán, a la desembocadura del río ya entonces llamado Grijalva. Están acordes en el relato los informes de Bernal Díaz, con los contenidos en la carta que con fecha 10 de julio de 1519 dirigió la Justicia y Regimiento de la Rica Villa de Veracruz a la reina doña Juana y al emperador Carlos V, su hijo. Según esos informes, llegaron Cortés y su gente al mencionado lugar, y faltándoles el agua en los navíos, pretendieron desembarcar para hacerse de tan indispensable elemento, y así lo hicieron saber a los indios que se encontraban en la playa, valiéndose para ello del intérprete Aguilar que conocía la lengua que se hablaba en aquellos lugares. Pero los indios amenazaron a los españoles con oponerse por la fuerza si intentaban desembarcar, a pesar de los ofrecimientos que se les hicieron de no causarles mal alguno. Cortés insistió y, ante la porfía de los naturales, *“les hizo otro requerimiento delante de un escribano del*

rey, –dice Bernal Díaz– se decía *Diego de Godoy, e por la lengua de Aguilar, para que nos dexase saltar en tierra, y tomar agua y hablales cosas de Dios y de su Majestad; y que si guerra nos davan, que si por defendernos algunas muertes oviese, otros cualquier daños, fuesen a su culpa e cargo, y no a la nuestra*”.

Con esto se pone de manifiesto la actitud y política de Cortés frente a los indios, que no era otra que la que Vitoria habría de sostener en sus Reelecciones más tarde, años después, al exponer los títulos legítimos por los cuales los bárbaros pudieron venir al dominio de los españoles, expresando que el primer título *“puede llamarse el de la sociedad natural y de la comunicación”*. Y añade Vitoria, entre otros argumentos, los siguientes:

“Y acerca de ellos sea la primera conclusión: los españoles tienen Derecho a viajar en dichas provincias y a permanecer en ellas mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los naturales de ellas. Se prueba por las razones siguientes: 1ª. Resulta del Derecho de Gentes que es Derecho Natural o se deriva del Derecho Natural... En todos los pueblos se considera inhumano recibir mal, no habiendo para ellos justa causa, a los peregrinos y huéspedes... 3ª. Son lícitas todas las cosas que no estén prohibidas, mientras no resulte de ellas ofensa o detrimento para los demás. 4ª. No es lícito a los franceses el vedar a los españoles, vedarles el viajar

en Francia y aún morar en ella y, recíprocamente, tampoco los españoles pueden prohibir a los franceses el venir aquí; luego tampoco pueden vedar tal peregrinación los bárbaros... 8^a. Dice el Eclesiastés: Todo animal ama a su semejante (13 y 19), y se deduce que la amistad entre los hombres existe por Derecho Natural y que es contra la naturaleza estorbar el comercio y la comunicación entre los hombres que no van a ofender ni a dañar. Y hace el 9^o; aquel versículo de San Mateo (25,5) Era peregrino y no me recogisteis, y como el deber de hacerlo y aceptar a los extranjeros es de Derecho Natural, la sentencia y condenación de Cristo tiene que aplicarse a todos los que procedieren de igual modo. 10^a. Dice la Instituta (I, II, 1): Por Derecho Natural, son comunes a todos, el agua corriente, el mar, los ríos y los puertos y por el Derecho de gentes es lícito atracar en ellos. De ello resulta que todas estas cosas son publicas (sic) y comunes y que por lo tanto, los bárbaros ofenderían a los españoles si les prohibieran entrar en sus regiones... 12^a. El no ser lícito a los españoles el peregrinar allí tendría que originarse o en el Derecho Natural, o en el Derecho Divino o en el humano. Hemos visto ya que está permitido, ciertamente, por el Derecho Natural y por el Derecho Divino. Pues bien, si existiera allí una Ley humana que prohibiera, sin existir otra razón, lo que es justo ante el Derecho Natural y el Divino, sería inhu-

mana y sin motivo, y por lo tanto, carecería de fuerza de obligar y no sería Ley...”.

Los argumentos anteriormente transcritos, fueron expuestos por Vitoria en el curso de 1538-1539, en tanto que los actos de Cortés frente a la desembocadura del Grijalva y otros muchos posteriores tenían lugar el año de 1519; es decir, veinte años antes de las *Reelecciones* del sabio dominico, fundador, con los citados argumentos y otros más, del Derecho Internacional. Cortés se anticipó con sus hechos a la doctrina.

El requerimiento hecho por Cortés fue el redactado por Palacios Rubios, cuyo contenido expusimos en tema anterior. Dicho requerimiento contiene, como de su lectura se ha visto, dos clases de exhortaciones, una para la aceptación por los indios del credo Católico, otra para su sumisión a los reyes de España, y como se ha hecho notar, son estos los dos elementos básicos de toda la actuación de España en América. En ningún caso separó Cortés un elemento de otro. Si como vimos, sus primeros actos en Cozumel fueron de jurisdicción, o sea acto de soberanía, existe otro acto casi inmediato a aquél, de carácter religioso. Al desembarcar en Yucatán, encontró a los indios en momentos de celebrar ceremonias religiosas ante sus ídolos, esperó que acabaran, y en seguida los exhortó a que abandonaran aquellas prácticas, pero no dando muestras los naturales de aceptar, destruyó los ídolos, aseó y blanqueó el adoratorio, levantó un altar en el que colocó un Santo Cristo y una imagen de nuestra Señora,

ante los que se celebró el Sacrificio de la Misa. Habían de repetirse acciones como ésta en los primeros días de la conquista, demostrando con ellas ese espíritu religioso que animaba a los españoles en esos días y el acatamiento a las instrucciones de sus soberanos.

Siguieron adelante los españoles y llegaron a Ulúa, en donde desembarcaron el Viernes Santo del año de 1519, por lo que se dio al lugar el nombre de Villa Rica de Bartolomé de Olmedo, y tomaron posesión de la tierra con todo el formulismo debido y usual.

El carácter legalista de Cortés seguramente que le hizo pensar en los antecedentes tradicionales españoles respecto a la soberanía del pueblo, y contando con población y territorio determinó fundar un Ayuntamiento, como expresión de voluntad de aquel primer pueblo español en nuestro territorio. Fueron nombrados los funcionarios de él, y quedó constituido el primer organismo de honda vinculación en las tradiciones jurídicas y políticas de España, y que había de enraizar tan fuertemente en México hasta que nuestros regímenes modernos, si bien conservando en norma constitucional sus características propias y esenciales, habían de desfigurarlo totalmente de hecho.

Para Cortés, ese primer Ayuntamiento proporcionaba un admirable recurso para poder normalizar y legalizar su situación, ya que, habiendo salido de Cuba contra la voluntad de Velázquez quien le había retirado su confianza y poderes, en realidad era un rebelde; pero como

los Ayuntamientos, según la tradición jurídica, eran organizaciones con propia soberanía, a la que los reyes mismos respetaban y acataban, entregó Cortés, a esa autoridad recién constituida en Veracruz, todos los atributos de mando y gobierno, y el propio Ayuntamiento, en acto de expresión soberana, le devolvió el mando nombrándolo Capitán General. Desde ese momento el poder de Cortés no dependía del gobernador de Cuba, sino de autoridad soberana que, según costumbre, había de ser reconocida por el rey mismo.

No sería posible detallar muchos acontecimientos, que si en esencia no son jurídicos, sí pudieran ser explicación de instituciones de Derecho. No es de ninguna manera ocioso para el que estudia los antecedentes jurídicos de México, repasar la Historia de la Conquista que es piedra angular y punto de partida de toda la vida nacional mexicana, y nos concretaremos a la labor legislativa de Cortés, cuando ya dominada la capital, Tenochtitlán, expidió diversas ordenanzas cuyos contenidos más tarde examinaremos.

Sacadas del archivo del Exmo. Sr. Duque de *Terranova* y *Monteleone* (descendiente directo de Hernán Cortés) que se encontraba en el Hospital de Jesús, don Lucas Alamán publicó, como Apéndice Segundo del Tomo I de sus *Disertaciones sobre la Historia de la República Mexicana*, diversas ordenanzas de Cortés, y de ellas transcribimos a continuación algunos párrafos:

DE LAS ORDENANZAS INÉDITAS DEL AÑO DE 1524.

“Primeramente. Mando que cualquier vecino, o morador de las ciudades e villas que agora hay, e hubiere tenga en su casa una lanza, y una espada, y un puñal, y una rodela e un casquete, o celada, e armas defensivas agora sea de las de España, ora de las que se usan en la tierra, y que con estas armas sea obligado a aparecer en los alardes cuando fuere llamado, so pena que si no tuviere las dichas armas desde el día que estas Ordenanzas fueren pregonadas en seis meses primeros siguientes pague de pena por cada vez que no las mostrare en los dichos alardes, diez pesos de oro, la mitad para la cámara, e fisco de sus Altezas, e la otra mitad para las obras públicas de la tal ciudad, o villa donde fuere vecino, o morador, e que si teniéndolas no pareciere con ellas en los dichos alardes haya, e incurra en pena de un peso de oro aplicado como dicho es”.

Otras prevenciones siguen a continuación de la inserta, todas ellas relativas a la obligación de prestar el servicio de las armas que en los primeros años se impuso a todos, obligando a los alcaldes y regidores a hacer alardes o revistas cada cuatro meses.

Siguen a continuación las siguientes normas:

“Item: que habiendo en la tierra planta de vides de las de España en cantidad que se pueda

hacer, sean obligados a ingerir las cepas que tuvieren de la planta de la tierra, o de plantarlo de nuevo...”.

“Item: que habiendo otras plantas de árboles de España, o trigo, e cebada, e otras cualesquier legumbres, asimismo sean obligados a los plantar, o sembrar en los pueblos de los indios que tuvieren...”.

Constante preocupación fue del conquistador la propagación de plantas y animales traídos de España o de las Antillas, como la caña de azúcar, entre aquéllas.

“Item: porque como católicos cristianos nuestra principal intención ha de ser enderezar al servicio y honra del Dios Nuestro Señor, y la causa porque el Santo Padre concedió que el Emperador nuestro señor tuviese dominio sobre estas gentes, y su Majestad por esta misma nos hace merced que nos podamos servir de ellos, fue que estas gentes fuesen convertidas a nuestra santa Fe católica; por ende mando, que todas las personas que en esta Nueva España tuvieren indios de repartimiento sean obligados a les quitar todos los ídolos que tuvieren, e amonestarlos que de allí adelante no los tengan, etc...”.

Siguen otros preceptos relativos a la necesidad de que los españoles casados traigan a sus mujeres de España para establecer permanentemente sus casas en estas tierras, en donde han de establecer sus familias, en lugar de

pretender lucrar únicamente para después regresar a España.

De las Ordenanzas Inéditas o *arancel para venteros* (sin fecha):

“1ª.- Primeramente, que los dichos venteros no puedan llevar más de un tomín por cada libra de pan de maíz hecha en tortilla que sea limpio, e bien cocido”.

“2ª.- Item: por cada azumbre de vino medio peso de oro, etc.”.

“3ª.- Item: Que por cada gallina de la tierra lleva un ducado de oro que son seis tomínas, e si las gallinas fueren de Castilla lleve un peso y medio de oro”.

Y así sucesivamente se fijan los precios de los artículos de primera necesidad, tales como conejos, codornices, carne, maíz, etc.

De las Ordenanzas hechas en el año de 1525:

“Primeramente. Ordeno y mando que en cada una de las dichas villas haya dos alcaldes ordinarios y cuatro regidores, e un procurador, con escribano del consejo de ella los cuales rijan, e juzguen las causas así civiles como criminales que en las dichas villas y sus términos se ofrecie-

ren, etc...”.

Siguen diversas normas relativas a la organización de los Ayuntamientos y funciones de los miembros de ellos, con otras disposiciones propias de los servicios municipales, en concordancia con la estructura de tales organismos según las normas tradicionales españolas, amoldándolas en detalle al medio de esta tierra.

Otras Ordenanzas Inéditas, en que se declara la forma y manera en que los encomenderos pueden servirse y aprovecharse de los naturales que les fueren depositados. Estas últimas Ordenanzas tienen especial interés, por las normas que encierran relativas al trabajo de los indios, remuneración que debía cubrirseles, horas que debían trabajar, trabajos de las mujeres y los niños, limitaciones a las funciones y prerrogativas de los encomenderos, etc. Se encontrarán en tales normas algunas que en nuestra legislación moderna del trabajo han pretendido tenerse como cosas nuevas y conquistas de nuestros tiempos.

Estas Ordenanzas, hechas de acuerdo con las instrucciones de los reyes Católicos dadas a sus gobernadores de las Antillas, de las cuales hemos hecho alusión, se ajustaban también a las que el emperador Carlos V había enviado poco tiempo antes, fechadas en 26 de junio de 1523, y en las que fundamentalmente recomendaba la cristianización de los naturales, su buen trato y el respeto de sus usos y costumbres en cuanto no se opusieran a la religión Católica.

Así quedaban sentadas las bases de la nación mexicana que pronto había de quedar constituida como reino de la Nueva España, parte integrante del estado español, no como colonia al estilo sajón en las que el colono suplantara a la población aborigen sin mezcla alguna con ella o haciéndola desaparecer, sino fusionando ambas razas, la española y la americana.

CAPÍTULO XXIV

PRELIMINARES DE LA ORGANIZACIÓN ESTATAL DE LA NUEVA ESPAÑA

Por mucho que se pretenda sintetizar la materia que nos ocupa, pasando por alto acontecimientos de carácter general respecto de los cuales pudiera creerse que no afectan de manera importante a los antecedentes jurídicos de México, la omisión de algunos de estos acontecimientos que siguieron a la llegada de los españoles y a la toma de Tenochtitlán, no establecerían una solución de continuidad en nuestros antecedentes histórico-jurídicos que dificultaría apreciar la estructura del nuevo estado, la razón de ser de sus instituciones, sus órganos constitucionales, sus funciones y limitaciones. Esbozaremos, por lo tanto, algunos hechos, recomendando a quienes se interesen por más detalles para ahondar la materia, la consulta, al menos, de las obras más importantes que de ella tratan, tales como las *Cartas de Relación* de Hernán Cortés a Carlos V, las *Historia de la Conquista* por Gómara, Bernal Díaz del Castillo, el *Conquistador Anónimo*, Las Casas, etc.; o aquéllas de épocas recientes, (nos referimos a las Historias escritas después de la independencia), tales como la de Alamán, Orozco y Berra; Zamacois y algunos otros, o bien, las que han aparecido en nuestros días, entre las cuales las de Pereyra y Madariaga son las más importantes.

Sabido es cómo Cortés y su gente, después de fundada la Villa Rica de la Vera Cruz, y a pesar de las súplicas de Moctezuma, emprendieron la marcha hacia la capital azteca, impidiendo Cortés las deserciones con aquel

memorable hecho que consistió en carenar los navíos que los habían traído, imposibilitando el regreso de los descontentos y obligando a todos a unirse en la realización de la empresa, que bien merece el calificativo de épica, y a la que Cortés llevaría a feliz término en funciones de Capitán General y Justicia Mayor con que lo había investido el Ayuntamiento de Veracruz, empleando para ello una audacia y una habilidad como pocas se encuentran en la Historia.

En la lucha primero con los tlaxcaltecas, a los que después de dominar logra hacer incondicionales y constantes aliados, se vale de ellos para refuerzo de sus escasas gentes y llega así a Tenochtitlán, en donde es recibido afablemente por Moctezuma, temeroso éste más que de la fuerza de Cortés y sus aliados, de la realización de viejos vaticinios que con la llegada de los españoles se confirmaban.

Conocidos seguramente de todos son los acontecimientos que se siguieron: la llegada de Narváez, enviado por el gobernador de Cuba, la derrota que aquél sufrió; la incorporación de los recién llegados a los que habían venido primero; la actitud imprudente y falta de tino de Alvarado, que se había quedado en Tenochtitlán mientras Cortés iba al encuentro de Pánfilo de Narváez; la muerte de Moctezuma; el descontento de los aztecas; la salida precipitada y *desbarate* de los españoles en la famosa *Noche Triste*; la reorganización de los derrotados; la batalla de Otumba; el nombramiento de Cuauhtémoc

como rey de los aztecas; el sitio de la ciudad por tierra y por agua mediante la construcción de trece bergantines que tan eficaces resultaron; la heroica defensa de los sitiados, y, por último, la prisión de Cuauhtémoc y la toma de la ciudad, que debido al estado en que quedó no pudo ser inmediatamente ocupada, ocasionando la fundación de otro Ayuntamiento en Coyoacán, entretanto se iniciaba la reconstrucción de la ciudad que Cortés se empeñó en que siguiera siendo capital.

Iniciada la reconstrucción de la ciudad de México, que había de seguir siendo la capital del nuevo reino en acatamiento de la tradición indígena que la había tenido como metrópoli, procedió Cortés a la organización administrativa nombrando señor de ella al que había tenido el cargo de *Cihuacoatl*, logrando con esto el regreso de los mexicanos que se habían dispersado. Se constituyó el Ayuntamiento, nombrándose a los Alcaldes, regidores y demás oficiales de acuerdo con los antecedentes tradicionales españoles; señaló en la parte central un cuadro dentro del cual se trazaron las manzanas y las calles de la nueva ciudad, asignándose a los españoles que habían resuelto vecinarsen en ella, solares para la construcción de sus habitaciones, aplicándose el mismo Cortés los solares donde estaban las casas viejas de Moctezuma y señalando para el Cabildo de la ciudad, el que hasta la desaparición en nuestros días del Ayuntamiento se ha conocido como la *Diputación*, y hoy son oficinas del Departamento del Distrito Federal. La iglesia había de ocupar el lugar que el templo mayor había tenido. Pudo

haberse construido la capital nueva en otro sitio, y aún se pensó en ello debido a la deficiente condición del suelo, como hasta nuestros días lo experimentamos, pero Cortés dando muestras de organizador y estadista, no quiso desperdiciar la fuerza social que la tradición le ofrecía.

Estableciendo el Ayuntamiento de la ciudad de México, quedaron además de éste, los de Veracruz y de Segura de la Frontera o Tepeaca, pues aún cuando se habían dado instrucciones para fundar el de Medellín no había entrado en funciones. En estas condiciones, tuvo lugar un hecho que corrobora a qué grado eran respetadas las autoridades municipales y cuánto era el poder de que gozaban. En diciembre del mismo año en que fue tomada la ciudad de Tenochtitlán, llegó a Veracruz Cristóbal de Tapia, quien en virtud de haber solicitado provisiones al Ayuntamiento de Veracruz, éste le contestó que haría del conocimiento de los otros Ayuntamientos ya establecidos los documentos que se le presentaban, para que todos juntos resolvieran lo que debía hacerse. Al efecto, se reunieron los Ayuntamientos, incluso los funcionarios ya nombrados para el de Medellín, celebrando una junta en Cempoala, a la que asistió el mismo Tapia que exhibió sus documentos. Los representantes de los Ayuntamientos los tomaron en sus manos, los besaron, los pusieron sobre sus cabezas y dijeron que todos y cada uno obedecían las provisiones en todo y por todo: *“según en ellas se contiene, como carta y mandato de sus reyes y señores naturales, a quien Dios Nuestro Señor deje vivir y reinar por largos tiempos; pero que en cuanto al cumplimiento,*

*lo verán y harán y cumplirán lo que fuere servicio de SS. MM.”.*⁷¹

Esa fórmula de obediencia y no cumplir será explicada un poco más adelante; baste decir por el momento, que su uso en aquella ocasión salvó al gobierno de Hernán Cortes y con él la tranquilidad de la tierra, como los hechos lo habrían de demostrar y como también el mismo emperador Carlos V lo reconoció en carta dirigida a Cortés, fechada en Valladolid a 15 de Octubre de 1522, en la que aprueba la conducta de los Ayuntamientos y otorga al conquistador el nombramiento de Capitán General, dirimiendo la contienda entre Cortés y Velázquez.⁷²

El 26 de junio de 1523, enviaba Carlos V a Cortés las instrucciones a las que había de ajustarse para todo lo relativo a la población, pacificación de la Nueva España y al tratamiento y conversión de los naturales, ordenando especialmente mantener las poblaciones de los indios sin introducir más novedades que la fe Católica y las buenas costumbres, impidiendo los sacrificios humanos y la antropofagia; así como que los naturales pagaran tributos que antes pagaban a Moctezuma, o estableciendo los que fueren razonables, haciendo especial recomendación de ganarse a los indios por medio del buen trato y la lealtad en los negocios, procurando el mantenimiento de la paz.

⁷¹ *Documentos Inéditos de Indias*. Tomo XXVI. Págs. 36-44.

⁷² Véase Herrera. *Décadas*, III, Lib. IV, Cap. III.

Entre las instrucciones de Carlos V, estaba la de prohibir los repartos de indios y anulación de los que se hubieran hecho; pero esto fue obedecido, pero no cumplido, habiendo informado Cortés al soberano sobre el particular, éste levantó más tarde la prohibición. En el mismo documento en que se confirió a Cortés el cargo de Capitán General y se le daban instrucciones, anunciaba el Emperador el nombramiento de los oficiales reales diciendo: “... *enviamos a Alonso de Estrada contino de nuestra casa por nuestro tesorero, y a Rodrigo de Albornoz nuestro secretario por nuestro contador, y Alonso de Aguilar por nuestro factor, e a Peralmíndez Chirinos por nuestro veedor...*” De esta manera quedaba plenamente legalizada la autoridad de Cortés, no sólo por el Ayuntamiento de la Villa Rica, sino por expresa voluntad y confirmación del monarca, pero al mismo tiempo los oficiales reales anunciados venían a limitar, en cierta forma, los poderes únicos del Capitán General.

Hasta aquí el orden y progreso marchaban por vía segura y firme; la fusión de las dos razas, iniciada prácticamente desde la llegada de los europeos, se acentuó cada día; la pacificación parecía lograda; la organización del régimen se consolidaba, y en cuanto a la labor de cristianización, requería la venida de misioneros que Cortés no cesaba de pedir en sus cartas al soberano. Atendiendo esas solicitudes, llegaron primero con licencia especial de Carlos V los frailes franciscanos Fray Juan de Tecto, guardián del Convento de Gante, confesor del emperador

y catedrático que había sido durante catorce años en la Universidad de París; Fray Juan de Acra, famoso por su ciencia, y Fray Pedro de Gante, que se ha supuesto vinculado con próximo parentesco con el emperador, y que había de realizar meritisima labor con sus enseñanzas y su filantropía para con los indios.

Pero esto no era suficiente, pues la mies era muy grande, y ante las constantes peticiones y súplicas de Cortés, fueron enviados los doce famosos franciscanos que guiados como Superior por fray Martín de Valencia, llegaron a Veracruz en mayo de 1524. El recibimiento hecho a aquellos doce frailes de muy santa vida, como los designa Bernal Díaz, es un acontecimiento de los más significativos de su época y que en los tiempos posteriores habían de dejar más honda huella. La descripción de él, la hace el citado *Soldado Cronista* en el capítulo CLXXI de su *Historia*, y muy digno es de leerse y releerse por lo significativo, ya que con ese recibimiento, además de quedar patentes la fe y sentimientos imperantes, aparece claro cómo dentro del régimen estatal nuevamente constituido, era elemento integrante de él la función y las labores desarrolladas por la Iglesia y sus ministros.

Pero este estado de cosas, y dentro de él los descubrimientos y la incorporación de gente al naciente estado, fue interrumpido por nuevos acontecimientos; nos referimos al malogrado viaje a las *Hibueras* que Cortés emprendió con el objeto de someter a Cristóbal de Olid, a quien había mandado para colonizar Honduras y que se

había rebelado contra su jefe, desconociendo su autoridad.

Al emprender ese viaje, en octubre de 1524, pudo haber dejado Cortés la autoridad en manos de gente amiga y fiel, pero quiso dar muestras de lealtad a su soberano encomendando el mando a dos de los oficiales reales, al tesorero Estrada y al contador Albornoz, adjuntando a éstos al licenciado Alonso de Zuazo. No bien habíase iniciado la expedición cuando surgió la desavenencia entre Estrada y Albornoz, lo cual sabido por Cortés envió para arreglar las cosas al factor Salazar y al veedor Chirinos que lo acompañaban; pero es conocido como esto no sólo no sirvió para apaciguar los ánimos, sino que, por el contrario, las cosas fueron de mal en peor, iniciándose un período de desmanes y crímenes, habiendo sido una de las víctimas el mismo Cortés, a quien se le imputaron cargos de toda índole, incluso el de pretender levantarse con el reino, desconociendo la autoridad del emperador. Se acabó por darlo por muerto, para poder de esa manera tener manos libres dentro de esa situación caótica que no vendría al caso detallar.

Resultado de todo esto, fue el despertar las suspicacias de Carlos V en contra de Cortés y el nombramiento de juez de residencia en la persona del licenciado Luis Ponce, que llegó a México el 2 de julio de 1527, y a quien el Ayuntamiento reconoció como gobernador mientras duraba el juicio, a cuyo efecto se publicó desde luego la residencia. Antes de un mes después de su llegada murió

Ponce, dejando substituidos sus poderes en el licenciado Marcos de Aguilar, a quien pretendieron desconocer los procuradores de las ciudades que recomendaban a Cortés que se hiciera cargo del gobierno, a lo cual éste no accedió. Fallecido también al poco tiempo el licenciado Aguilar, fue nombrado el tesorero Estrada para sustituirlo en sus funciones de gobierno. Todo esto agravó más la situación general y la persona de Cortés, que resolvió pasar a España para justificarse él mismo ante su soberano de los cargos que se le hicieron.

Entretanto Carlos V, antes de oír a Cortés, estableció la primera Audiencia, para cuya presidencia nombró al tristemente célebre Nuño de Guzmán, encomendado a dicho cuerpo el gobierno de la Nueva España y la continuación del juicio de residencia de Cortés. Sabido es, seguramente de todos, los funestos resultados de tal nombramiento, que debe haber obedecido a la desconfianza del soberano para Cortés, y la necesidad de oponer a la personalidad audaz y hábil del conquistador la de quien pudiera enfrentársele sin escrúpulos ni miramientos. Tal fue el origen del nuevo organismo cuyos actos hicieron ver al emperador su error al que puso remedio, no cambiando el órgano que sin duda era bueno y había de mantenerse dentro de la tradición española durante tres siglos, sino cambiando a las personas.

En substitución de Nuño de Guzmán y los demás oidores nombrados, junto con él se designaron al obispo de Santo Domingo, don Sebastián Ramírez de Fuenleal, como presidente, y a los licenciados Vasco de Quiroga,

Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón. Si la primera Audiencia mereció en justicia el desprecio de todos y las críticas de la Historia, la segunda reparó, hasta donde fue posible, el mal de aquélla, pues, como dice Bernal Díaz “... *eran tan buenos jueces y rectos en hacer justicia los nuevos venidos, que no entendían si no solamente en hacer lo que Dios y su majestad mandaban y en que los indios conociesen que les favorecían y que fuesen bien doctrinados en la santa doctrina*”.⁷³

Por cédula de 12 de julio de 1530, se expidieron las instrucciones para la nueva Audiencia. Pero la organización, funciones y actos de dicha autoridad habrá de ser materia de tema especial, al examinar los diversos órganos gubernamentales de la Nueva España. Los hechos anteriormente relatados con toda la brevedad posible, demuestran cómo los españoles deformaron su propio Derecho.

Las normas tradicionales en España y las que se expidieron para las Indias no podían tener una aplicación estricta, en primer lugar, porque las facilidades que el español encontró para explotar al indio chocaban con las normas que exigían el buen trato y relaciones a base de equidad entre persona y persona, y ante la disyuntiva de elegir entre el acatamiento a la Ley y la satisfacción de la codicia, se optó en muchos casos por la segunda vía. En segundo lugar, la distancia y difíciles comunicaciones

73 Cap. CXCVIII.

entre Europa y América hacía que las sanciones no pudieran aplicarse con el rigor que las mismas Leyes ordenaban, facilitando así su violación. Esto no quiere decir que al referirnos a la deformación del Derecho por los españoles, deba entenderse como una constante violación de él; violación no es lo mismo que deformación, si no que, ante las circunstancias aquí imperantes, las normas se amoldaron a ellas buscando el acomodo propio al medio y al momento. Por su parte, el indio también encontró mejor seguir las normas españolas que las propias, y de esta manera el indio transformó su propio Derecho, manteniendo ciertas costumbres que le fue autorizado conservar, pero amoldándose al nuevo Derecho.

Con estas consideraciones generales, podremos pasar a examinar la estructura del nuevo estado o, en otros términos, estudiar su constitución, dando a esta palabra su connotación general y propia, y no la restringida de nuestros sistemas modernos que sólo quieren encontrar constitución en un pueblo o en una nación cuando se ha expedido en cuerpo separado del resto de su legislación, un conjunto de normas que específicamente establecen la forma de gobierno, atribuciones de sus diversos órganos y sus limitaciones. Como tendremos oportunidad de examinarlo, existe constitución sin que exista lo que hoy designamos con ese nombre al citado cuerpo de Leyes.

CAPÍTULO XXV

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Primera Parte)

Parecerá a algunos un contrasentido, si no una aberración, hablar de la constitución de la Nueva España. ¿Había acaso constitución en lo que más tarde fue México independiente? ¿Sabíamos siquiera lo que era una constitución antes de la expedida en 1824? Probablemente, para otros, sería admisible la existencia de una constitución anterior a la Independencia, cuando fue promulgada en Cádiz la de 1812, sin saber que ésta no pudo ser aplicada, aún cuando teóricamente sus normas debían regir a las Indias. Algunos otros pretenderán, guiados más por las ilusiones que por la realidad, que el sistema constitucional tiene su punto de partida en el intento de Apatzingán. Por último, los teorizantes no podrán imaginarse que las naciones hayan podido tener constituciones antes que aquélla que se toma como el arquetipo de todas ellas hubiera surgido para el gobierno de los Estados Unidos de América.

Quienes así piensan, seguramente que nunca se han preguntado cuál es el significado de la palabra constitución, dando por cierto que la connotación única de esa palabra es un conjunto de normas que forman un cuerpo diverso de todos los demás cuerpos o códigos legales, y en virtud de las cuales se crean los diversos órganos gubernamentales entre los que se distribuyen y limitan competencias. Fácil es, sin embargo, verificar que esa palabra tiene un significado más amplio, más general y más

propio, y bastaría para ello con recurrir al diccionario de la Real Academia Española, que dice: “*CONSTITUCIÓN.- Esencia y calidades de una cosa que la constituyen y la diferencian de las demás*”. Aplicando esta definición al estado, diremos, siguiendo a don Toribio Esquivel, que:

*“Constitución de un estado es la esencia y calidad de ese estado en todas sus funciones coordinadoras de los actos de los hombres que viven bajo soberanía, expresando para ello la realidad compleja e inagotable de la vida, de modo que no puede la constitución de aquel estado confundirse con la de ningún otro, como no puede la adaptación de medios afines, que forma la vida, ser igual en dos seres que nacen y crecen en distintos medios”.*⁷⁴

Según tales conceptos, nada que es del dominio del Derecho queda fuera de los límites de la constitución de un estado. Pero si se pretendiera, al hablar de constitución, tener únicamente en cuenta la relativa a una estructura gubernamental y su funciones, no sería necesario que constara en un cuerpo de Leyes ni que forzosamente fuera toda ella formulada por escrito, bastarían los usos, costumbres y tradiciones para que el estado mostrara su esencia y calidades diferenciándose de otros.

74 Esquivel Obregón, Toribio. *La Constitución de Nueva España y la Primera Constitución de México Independiente*. Estudio presentado al Tercer Congreso Jurídico Nacional. México. 1925.

Pues bien, la Nueva España tuvo tales elementos, y por lo tanto tuvo su constitución bien clara y definida; gozó de una estructura política cuyos órganos, junto con los usos y costumbres, no carecían tampoco de Leyes escritas que los organizaban y determinaban sus funciones. Tales organismos serán los que en seguida nos ocupen.

Cuando el régimen quedó definitivamente constituido bajo la forma monárquica, dos grupos de órganos de gobierno existían, uno en la metrópoli y otro en la Nueva España; el primero, integrado por el rey, el *Consejo de Indias* y la *Casa de Contratación* de Sevilla; el segundo, por el virrey, la Audiencia y los Ayuntamientos, de cada uno de los cuales nos ocuparemos. Conviene advertir que el carácter de dependencias que las diversas entidades estatales de las Indias tuvieron respecto de España, no impedía que fueran tenidas como reinos, así como las partes integrantes de España misma lo eran, tales como Castilla, León, Navarra, etc., o como la tenían también Nápoles, Lombardía y otros. No eran, por lo tanto, colonias, como fue y es usual llamarles, ya que ni por su estructura social ni por sus regímenes que las gobernaban tenían propiamente las características de tales. Sobre el particular, se ha hecho notar la diferencia entre los dominios españoles en las Indias, y las colonias romanas en la antigüedad y las sajonas en la Edad Moderna.

Debe también tenerse en cuenta que, dentro de los organismos gubernamentales de que nos ocuparemos, no había la separación de poderes, que a partir de las doctrinas propaladas por Montesquieu se ha tenido como axiomática,

aún cuando la realidad no concuerde en muchos casos con la teoría. Una tercera observación hay que hacer, y es la relativa a la preponderancia de la función judicial, como se comprobará más adelante.

El rey

El monarca, primera entre las autoridades de la metrópoli, ha sido objeto de someras exposiciones en temas anteriores, cuando se trató del concepto que de él se tenía y que aparece expresado, entre otras Leyes, en el *Fuero Juzgo*, y posteriormente al examinar la forma como surge el Derecho foral, según la cual la potestad del soberano descansa, en gran parte, en los convenios que celebraba con las comunidades o consejos, en virtud de los cuales éstos aceptaban obedecerlo y servirlo a cambio del respeto que él ofrecía a los fueros locales. Caso análogo acontecía entre el mismo rey y sus vasallos en virtud de relaciones contractuales, no exclusivas de España, sino de toda Europa medioeval, según las cuales, la sumisión y servicios se otorgaban por éstos a cambio de la protección que aquél se obligaba a darles; presentándose el caso, no por cierto raro, de que el contrato se disolviera y el vasallo emprendiera por su cuenta no sólo la administración, sino las guerras de conquista, como aconteció cuando el *Cid*, desvinculado de Alfonso VI, lleva a cabo la conquista del reino de Valencia.⁷⁵

Los conceptos que de la monarquía se tenían en la Edad Media, tenían por base los principios imperantes del Cristianismo que veía en el estado un medio para la realización de los fines trascendentales del hombre, y en

75 Véase sobre este punto *La España del Cid*, de Menéndez Pidal.

el rey a un juez que debía interpretar y aplicar las Leyes y los principios universales del Derecho y de la Justicia, a los cuales él también estaba sujeto y no podía violar.

Pero a fines de la Edad Media, y como iniciación del Renacimiento, el concepto de la monarquía sufre una crisis que en España culmina en los reyes Católicos, don Fernando y doña Isabel, cuyas fuertes personalidades permiten la absorción de toda potestad en sus coronas, para usar de ella con fines a realizar las reformas que la época exigía sin apartarse para ello de la ortodoxia católica, adelantándose así a la Reforma heterodoxa en forma no menos humanista y, sin duda, más humana; reforma que habría de continuar el Cardenal Cisneros, con los éxitos de que son buena prueba, entre otros, los alcanzados en la labor misional en América durante el siglo XVI.

El renacimiento del Derecho Romano, realizado primero por los glosadores y después por los comentadores, influyó notablemente en la crisis de la monarquía, y junto con este factor, la filosofía renacentista contribuyó poderosamente. Pero la ortodoxia en España impidió los excesos del absolutismo, manteniendo, al menos en la doctrina y no pocas veces en la práctica, restringida dentro de ciertos límites la potestad del rey. Sabido es como algunos autores entre los más respetables llegaron en España hasta sostener la legitimidad del tiranicidio, con gran escándalo de otras naciones, entre ellas Inglaterra.

Por vía de muestra, citaremos algunas opiniones que

acerca de la monarquía se externaban por los teólogos y filósofos españoles de esa época. Luis Vives afirma la igualdad entre los hombres, sin más distinción que aquélla que la virtud pide, y asienta que especialmente los reyes deben distinguirse de los demás precisamente por su virtud, para ser por ella estimados, respetados e imitados. Según Martín Azpilcueta, no es de Derecho Natural la potestad de los reyes, sino la del pueblo o de la comunidad, que no puede desprenderse de ella totalmente. Doctrina tomista es ésta, que el doctor Angélico completaba con la de que la potestad del rey descansa en la voluntad de la comunidad para aceptarlo como soberano y someterse a él. Semejante tesis no sólo no fue desconocida en España, sino generalmente aceptada, como lo confirma Domingo de Soto cuando, en su tratado *De Iustitia et Iure*,⁷⁶ afirma:

“Dios como autor del Derecho Natural ha concedido a los mortales que cada república tenga la facultad de regirse por sí misma, y, en consecuencia, de que, si lo aconseja la razón, que es como destello de la luz divina, pueda transmitir esa potestad a otro”; fray Alonso de Castro, sobre este mismo tema, afirma: *“... Nadie es rey o señor del pueblo, sino que los principados y señores, cuando están poseídos justamente, proceden del consentimiento popular”*.⁷⁷

Análoga tesis mantiene más tarde el padre Francisco

⁷⁶ *Quaestio Prima*, III.

Suárez, cuando dice: “*Según el orden natural de las cosas, ningún rey o monarca tiene ni ha tenido de Dios inmediatamente el principio político, sino mediante la voluntad y las instituciones humanas*”.⁷⁸ Este mismo autor es, después del padre Juan de Mariana, uno de los que llegan a la defensa del tiranicidio, fundándose en que los actos tiránicos son actos de guerra contra la sociedad y, por lo tanto, ésta puede defenderse, y de no encontrar otro medio para ello puede cualquiera matar al tirano. Semejantes ideas que en España no encontraron obstáculo para circular y propagarse, en Inglaterra hicieron que el rey mandara quemar el libro de Suárez por mano del verdugo, y solicitó de España que hiciera lo mismo, lo cual no se hizo.

Ya había sostenido estas ideas Mariana, basándose en que al tirano debía primero hacérsele notar su proceder como contrario a la convivencia y bien común, y que si se corregía no había porque pasar adelante, pero si, por el contrario se obstinaba en él, y no diera muestras de corrección, debería declararse públicamente que no se le reconocía como rey.

“*Y puesto que necesariamente ha de nacer de allí una guerra, dice Mariana, citado por Esquivel Obregón, conviene explicar la manera de defenderse, procurar armas, imponer contribuciones a los pueblos para los gastos de guerra,*

77 *De potestate Legis poenalis.*

78 *Defensio fidei catholicae adversus anglicanae sectae errores.* Lib. III. Cap. II.

y si así lo exigen las circunstancias, sin que de otro modo fuese posible salvar la patria, matar a hierro al príncipe como enemigo público, y matarle por el mismo Derecho de defensa, por la autoridad misma del pueblo, más legítima siempre y mejor que la del rey tirano”.

Expresivas son tales teorías del tiranicidio de los conceptos e ideas que acerca de los reyes corrían por España, aún cuando no fueran las más comunes y aceptadas ni carecieran de argumentos contrarios. Otras opiniones acerca de la potestad real se encuentran en numerosos autores, además de los ya citados. Así, Diego Covarrubias niega expresamente el poder absoluto de los reyes. Juan Ginés de Sepúlveda dice: *“Lo más conveniente al rey es el culto de la verdad, guardar el juramento que hizo al tiempo de comenzar su reinado, de respetar los privilegios, inmunidades, instituciones y costumbres de los pueblos y de los ciudadanos en particular, contra lo cual no puede hacer nada sin magna injusticia”*; y podían multiplicarse las citas en gran número, si para ello pudiéramos contar con el tiempo necesario.

Y no quedaron solamente en la doctrina las limitaciones de la potestad del rey, las costumbres las tenían también establecidas, y fueron más tarde Leyes escritas. En efecto, como se ha hecho notar, el rey no podía legislar contra Derecho Natural ni contra Fueros, y la Ley 238 del *Estilo* determinaba en qué orden debían aplicar los jueces el Derecho, estableciendo que habían de acatarse,

en primer lugar, los principios del Derecho Natural; en segundo lugar, las costumbres razonables, o sea aquéllas no contrarias al Derecho Natural; y finalmente, en tercer lugar, las Leyes positivas. Era, por lo tanto, el Derecho Natural el equivalente, de cierta manera, a lo que son hoy las constituciones modernas, y las demás Leyes no podían cumplirse si iban contra las disposiciones de aquél, como acontece en nuestros días entre las Leyes ordinarias y las constitucionales. La diferencia estriba en que mientras el Derecho Natural radicaba grabado en las conciencias de gobernantes y gobernados, de manera más firme e indeleble de lo que es la escritura, las normas constitucionales constan en escritos susceptibles de borrarse o alterarse sin dejar huella. Surge, sin duda, el problema de determinar lo que debe entenderse por Derecho Natural, pero éste es más bien tema de Filosofía del Derecho que nos aparta de los nuestros.

Las *Leyes de Partida* consagran también en sus normas los mismos principios; basten como ejemplo los siguientes textos: “*Contra Derecho Natural non deben valer privilegios nin carta de Emperador, rey ni otro señor. E si la diere, non debe valer*”.⁷⁹ En la Ley 25, Tít. 13, Part. II, se impone a los gobernados la obligación de guardar al rey por sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejen errar a sabiendas, merecen penas

79 *Partidas*. 3^a, 31, 18.

como traidores. Confirmando costumbres tradicionales, la *Novísima Recopilación* consigna:

“Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra Ley o fuero o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida, no embarcante quien ella se haga mención general o especial de la Ley o fuero u ordenamiento contra quien se diere, o contra las Leyes y ordenanzas por nos fechas en Cortes con los procuradores y villas de los nuestros reinos”.

Obedecer y no cumplir implica un contrasentido, dado el significado usual de esos dos términos, y el empleo de la frase “obedézcase pero no se cumpla” pudiera parecer-nos como un subterfugio o una *chicana* para eludir el cumplimiento de una orden o de un mandamiento de autoridad; sin embargo, dentro del lenguaje forense tenían en España esos términos connotaciones diversas, deducidas de sus respectivos orígenes etimológicos, pues obedecer, del latín *obedire*, proviene de *obaudire*, que implica la posición de una persona que oye o escucha de otra alguna cosa; es una situación pasiva de atención y respeto, en tanto que cumplir significa completar, perfeccionar, es decir implica una acción, por lo tanto obedecer y no cumplir equivale a escuchar con respeto la voz que manda, pero sin olvidar por eso la voz de la razón y del Derecho Natural grabado en la conciencia, y cuando existe conflicto entre el precepto positivo y el precepto natu-

ral, quien ha de hacerlos cumplir se encuentra en un dilema y tiene que seguir aquél que ordena hacer el bien y evitar el mal, o sea el precepto natural, y sin faltar al respeto del que expidió el positivo, se abstendrá de cumplirlo por suponer que la autoridad de quien procede obró por ignorancia por haber estado mal informado, lo que constituye la *obrepción*, o por habersele ocultado los hechos, lo que era la *subrepción*, ya que era de suponerse que el rey no podía querer el mal.

“Es una apelación del mandato del rey ante el rey mismo” –dice el maestro Esquivel Obregón– quien añade: *“Se pide amparo al rey, a quien se ilustra sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción o subrepción”*. *“Era cuidar al rey del rey mismo, como diría la Partida”*. *“Lo que hoy llamaríamos en México, suspensión del acto reclamado”*.

Con esta fórmula, los alcaldes y Ayuntamientos, celosos de sus fueros e inmunidades municipales, amparaban y defendían a los miembros de sus municipios contra toda invasión del poder real que intentara restringir o desconocer sus derechos individuales. Estos principios fueron también aplicados en América, y las Leyes de Indias tuvieron muy en cuenta que todo precepto legal debía tomarse como una tentativa, susceptible de ser corregida teniendo en cuenta nueva y más amplia información; por otra parte, no dejó de encarecerse el respeto a las costumbres de los pueblos de América, siempre que

no fueran contrarias a las normas del Cristianismo y de su cultura. En esta virtud, en la *Recopilación de Leyes de Indias* se establecía que: “*los ministros y jueces obedezcan y no cumplan nuestras cédulas y despachos en que intervinieran los vicios de obrepción y subrepción y en la primera ocasión nos avisen de las causas porque no lo hicieron*”.⁸⁰

Con estas limitaciones, la potestad del rey podía expresarse tanto a través de sus funciones judiciales como legislativas y administrativas, ya que, como se ha dicho, no había separación de poderes a la manera como lo consignan las constituciones modernas. Su función legislativa se manifestaba por pragmáticas, cédulas reales, cartas abiertas, ordenanzas y reales órdenes; siendo expresión de resolución real en materia judicial, los autos y las provisiones.

Conviene recordar, antes de terminar este esbozo del concepto de monarquía y de las funciones y limitaciones de la potestad del rey, que cuando a la muerte del último de los monarcas españoles de la casa de *Austria* el año de 1700, sucedió a Carlos II el rey Felipe V de la casa de *Francia*, el cambio de los principios hasta entonces imperantes fue notorio; el concepto de la realeza estaría dominado por la ideas francesas de un absolutismo mucho más radical del que hasta entonces pudiera haber imperado. Y aun cuando en las Indias tardaron en apa-

80 Ley 22. Tít. I. Libro II.

recer las nuevas tendencias, hicieron también su aparición especialmente cuando los reyes de la *Casa de Borbón*, olvidando la tradición española, siguieron las tendencias absolutistas que los llevaron al despotismo ilustrado, propio de las corrientes que de Francia salían para inundar al mundo, tomando cuerpo en el *Enciclopedismo*.

Cierto es que la situación de España durante los gobiernos de los últimos monarcas de la casa de *Austria* revelaba una evidente decadencia, como decadentes fueron esos reyes, la tradición jurídica fue mantenida; no así bajo los *Borbones*, quienes, tanto en España como en las Indias, introdujeron innovaciones que en su oportunidad señalaremos.

Las nuevas tendencias, se manifestaron tanto por actos emanados del mismo gobierno de la metrópoli, cuanto por influencias exteriores, francesas e inglesas, que los reyes de España o no supieron impedir o no creyeron conveniente evitar, iniciándose una nueva época en la que en virtud de tratados internacionales, se comenzaron a conceder franquicias y derechos, especialmente a los ingleses, que si en principio parecían convenientes para las relaciones entre los pueblos y naciones, para los de América el resultado fue la introducción de ideas exóticas e inadaptables más que de ventajas.

CAPÍTULO XXVI

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Segunda Parte)

La Casa de Contratación de Sevilla

Tratar de la *Casa de Contratación de Sevilla* antes de ocuparnos del *Consejo de las Indias*, obedece al orden cronológico en el origen de ambos organismos, no en el de la importancia de ellos.

El carácter mercantil de la empresa española en América se manifiesta muy marcadamente en los antecedentes, organización y funciones de la *Casa de Contratación*. Sus antecedentes datan de las *Capitulaciones de Santa Fe* concertadas entre los reyes Católicos y Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492, cuando después de la toma de Granada, aún se encontraban los reyes en el campamento que dio su nombre a las Capitulaciones. En ellas, después de nombrar a Colón su Almirante, título con derechos de sucesión, los reyes invisten al futuro descubridor con los títulos y funciones de virrey y gobernador de todas las islas y tierra firme que descubriere y ganare; le otorgan la décima parte de “*todas y cualesquiera mercaderías, siquiera sean perlas, piedras preciosas, oro, plata, especierías y otras cualesquiera cosas o mercaderías de cualquiera especie, nombre o manera que sean, que se comprasen, trocasen, fallasen, ganasen o oviesen dentro de los límites del dicho almirantazgo*”; facultándolo además para que, en caso de pleito relacionado con tales bienes, fuera el propio Almirante quien

por sí o por sus tenientes conociera y fallara, así como para que pudiera aportar un ocho por ciento en el costo de los navíos que se armasen, para poder disponer en igual proporción de los provechos obtenidos en esas armadas. De esta suerte, las citadas Capitulaciones tenían un carácter netamente mercantil, estableciéndose una sociedad entre los reyes que ponían su autoridad y los fondos necesarios, y Colón su industria y trabajo.

En aquel convenio no se tuvo en cuenta la misión cristianizadora; prácticamente se hacía caso omiso de los hombres que pudieran encontrarse en las tierras por descubrir, y sólo se tuvo en consideración los provechos materiales; pero pronto este aspecto del negocio cambió, pues al emprender Colón su segundo viaje, en las instrucciones que se le dieron se le recomienda, en primer lugar, la propagación de la fe y el buen trato a los indios, y sólo en segundo lugar se refieren los reyes a la administración de las nuevas tierras y de sus gobiernos. Se ordena que al llegar a las islas se estableciera una casa aduanal, para depositar las mercancías que se enviaran a España o de España llegaran a las islas, y otra casa de Aduana debía establecerse en Cádiz con el fin análogo, y en la que debería llevarse riguroso inventario de los bienes que entraran o salieran, así como de las personas.

Cuando se pudo apreciar con mayores datos la importancia de los descubrimientos y se inició un tráfico cada vez más intenso, las funciones de la *Aduana de Cádiz* no fueron suficientes, y se ideó la creación de un organismo más completo y elaborado que se llevó a cabo en cumpli-

miento de las Ordenanzas del 10 de enero de 1503, creándose por ellas la *Casa de Contratación* que no debía radicar en Cádiz, sino en Sevilla, y que quedó integrada por Jimeno de Briviesca como contador, el canónigo Sancho de Matienzo como tesorero y Francisco Pinelo como factor. Era dicha institución, por sus funciones y por su personal, un organismo de carácter mercantil, a quien se encomendaba la atención de un negocio en interés particular de los reyes.

El establecimiento de la *Casa de Contratación de Sevilla* obligaba a los navíos a remontar río arriba el Guadalquivir, en lugar de haber hecho de un puerto de mar, como Cádiz, la terminal de los viajes a América, lo que era una de las tantas medidas antieconómicas que a través de la Historia han sido características de los diversos regímenes gubernamentales de España. La única fuente de ingresos del estado español fue siempre la fijación de impuestos, a veces antieconómicos, otras desproporcionados y siempre mal administrador. El Fisco fue, sin duda, una de las causas de la decadencia española, como lo había sido de la romana.

En virtud de sucesivas Ordenanzas se fueron alterando la estructura y funciones de la *Casa de Contratación*, conservando siempre su misión fundamental de regular el comercio entre España e Indias, encargada de tomar las medidas necesarias para tal fin. Además de las primeras Ordenanzas de enero de 1503, se tiene noticia de que al siguiente año nuevas Ordenanzas se expidieron,

de cuyo contenido exacto se ha perdido la memoria, ya que no ha llegado su texto hasta nuestros días. En 15 de junio de 1510, se expidieron nuevas Ordenanzas, más detalladas que las anteriores y que fueron ampliadas el 18 de marzo de 1511. En estas últimas disposiciones se precisan las reglas para el registro de los barcos, la teneduría de libros, la correspondencia y el archivo, los requisitos exigidos a los emigrantes y las formalidades que debían llenar, así como el cuidado de los bienes de los difuntos, entendiéndose por tales los patrimonios de las personas que fallecidas en América dejaran herederos en España.

Acerca de los bienes de difuntos, Solórzano Pereira, en su *Política Indiana*, expresa los motivos imperiosos que se tuvieron para que una autoridad se ocupara de dichos bienes, que, dadas las circunstancias de la época relativas a las distancias y lenta comunicación, daban lugar a numerosos fraudes y robos de tales bienes, impidiendo que llegaran a manos de quienes tenían derecho a ellos en calidad de herederos. Esta misión se encomendó a la *Casa de Contratación*, la cual, luego que tenía conocimiento de la llegada de tales bienes a España, fijaba edictos y enviaba avisos a aquéllos que debían tenerse como presuntos herederos o legatarios, citándolos para que comparecieran por sí o por procurador investido con poderes bastantes al efecto. El escribano del navío en que venían los bienes, estaba obligado a entregarlos por riguroso inventario para ser guardados en una caja con tres llaves, cada una de las cuales estaba en poder de cada

uno de los oficiales de la Casa, método usual y constante cuando se trataba de la guarda de caudales del rey, de los municipios y, en general, de las corporaciones.

Diversas disposiciones relativas a la *Casa de Contratación* fueron expedidas con posterioridad a las Ordenanzas de 1511, y en el año de 1522 se hizo una compilación de todas esas disposiciones publicada por Andrés de Carvajal, que sirvió de base para el Libro Noveno de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680. Bajo estas últimas disposiciones, la estructura del organismo que nos ocupa aparece constituido por un presidente, un tesorero, un contador y un factor; tres jueces letrados, un fiscal y un capellán, que diariamente celebraba misa en la capilla de la Casa por las almas de los que habían fallecido en las Indias, y a la que debían concurrir los funcionarios de la Casa antes de comenzar sus labores. Además de los funcionarios y oficiales mencionados, había un solicitador para la causa del fisco, un relator y un juez residente en Cádiz; los indispensables escribanos de cámara, sus asistentes, alguaciles, porteros, alcaide de prisión y carceleros.

Dos organismos fueron creados como anexos a la Casa, y fueron un consulado o tribunal de comerciantes, con el título de *Universidad de Cargadores de Indias*, establecido por Carlos V en 1543, compuesto de un prior y varios cónsules; el segundo organismo, creado en 1580 por Felipe II, era el *Correo Mayor*. Largo sería detallar las funciones tanto de la Casa como la de sus órganos ane-

xos, y estos aspectos de carácter procesal se apartarían del análisis de las ideas jurídicas que, como antecedentes de las nuestras, nos interesan.

Si bien es cierto que la institución que ahora nos ocupa desempeñó una importantísima misión dentro del régimen constitucional español en todo lo relativo al comercio marítimo, pocos o ningún antecedente ha dejado en las instituciones que hoy nos rigen o en nuestras actuales ideas jurídicas. Sin embargo, conviene hacer alusión al impuesto de *avería*, que pudiera aparecer como un precedente de impuestos aduanales marítimos. No quiere esto decir que los impuestos aduanales que hoy rigen procedan del impuesto de *avería*, bien sabido es que aquéllos tienen sus antecedentes en Roma, de donde pasaron a España, pero faltaría un elemento importante a nuestra exposición si no aludiéramos someramente a este impuesto.

La codicia que despertó entre las diversas naciones de Europa los descubrimientos realizados por España y las ventajas que de ellos obtuvo, hizo que se desarrollara la piratería que franceses, holandeses y, sobre todo, ingleses, realizaron en gran escala a costa de España. Esto obligó a establecer un servicio de guarda y custodia de los navíos que realizaban el tráfico con las Indias, y para ellos se ordenó que las naves no habían de viajar aisladas, sino en flotas, de manera que unos prestaran ayuda a los otros; pero no fue esto suficiente, ya que el lucrativo oficio de la piratería también se organizó en armadas al

mando de jefes que, con título de Almirantes, dirigían sus actividades y realizaban las proezas que hizo que sus nombres pasaran a la Historia no en calidad de piratas, sino como el de famosísimos y audaces navegantes, tales como Hawkins, Cavendish y Drake, por no citar más que a los principales.

Contra tales hechos, se dispuso armar a los barcos españoles y proveerlos de todos los elementos para su defensa; esto ocasionaba gastos extraordinarios que se consideró equitativo que fueran suplidos por los dueños de las mercancías transportadas proporcionalmente al valor de ellas, y esa derrama cargada sobre el valor de las mercancías constituyó la contribución de la *avería*. Como sucede, y siempre ha acontecido, lo que en un principio fue moderado y equitativo, andando el tiempo la contribución de la *avería* fue creciendo, iniciando a razón de 1% llegó a ser del 12% *ad valorem*, y más tarde se sustituyó esta forma de imposición exigiendo a cada uno de los reinos de América que cubrieran sumas globales para tal finalidad. El resultado del crecimiento del impuesto de *avería* fue, como siempre sucede, el fomento del contrabando.

Sería sin duda de gran interés un estudio más detallado de la *Casa de Contratación* de Sevilla, especialmente en su funciones judiciales, como un antecedente del Derecho Marítimo contemporáneo, pero seguramente sería más propio el examen de tal materia dentro de un curso especializado de esa rama del Derecho que en la de

la Historia del Pensamiento Jurídico, que por la extensión de sus temas no puede entrar en detalles, de allí que pasaremos al examen de otra de las instituciones constitucionales que hemos enunciado.

El Consejo Real y Supremo de Indias

A raíz del descubrimiento del Nuevo Mundo, los asuntos relativos a la administración de las nuevas tierras y de sus habitantes fue encomendado por los reyes Católicos a don Juan Rodríguez de Fonseca, habiéndole asignado más tarde, en calidad de colaborador, al secretario del rey, don Fernando Lope de Conchillos. Sin embargo, los asuntos de más importancia, y especialmente los que tenían carácter judicial, eran tratados y resueltos por el *Consejo de Castilla*, suprema autoridad, después del rey, que, entre otras atribuciones, tenía la de revisar las resoluciones de la *Chancillería de Granada* y de las Audiencias de Valladolid y de Sevilla. Era, en esta virtud, un tribunal supremo.

Durante la regencia del Cardenal Cisneros, Rodríguez de Fonseca y Conchillos dejaron de intervenir en los asuntos de Indias, aun cuando el primero, al advenimiento de Carlos V, volvió a conocer de alguno de ellos en unión del secretario del emperador, don Francisco de los Cobos. Sin embargo, fue el *Consejo de Castilla* quien siguió conociendo de los asuntos más importantes relativos al Nuevo Mundo, pero aparece en el año de 1519 una división de funciones dentro de los miembros de ese orga-

nismo, como lo demuestra el hecho de que el rey, desde ese año, se refiera “a los de mi consejo que entienden de las cosas de las Indias”; y en ese mismo año, en cédula de 14 de septiembre, se encuentra la expresa alusión al *Consejo de Indias* como organismo separado del de Castilla, aún cuando no aparezca todavía clara y legalmente constituido. No fue sino hasta el 1 de agosto de 1524, cuando quedó constituido como cuerpo independiente del *Consejo de Castilla*, y con el título de *Consejo Real y Supremo de Indias*. Fueron nombrados en esa fecha sus tres primeros consejeros, en las personas del maestro Luis Cabeza de Vaca, obispo de Canarias; el doctor Gonzalo Maldonado y el cronista de Indias Pedro Mártir de Anglería; cuatro días más tarde se nombró a su primer presidente, que lo fue fray García de Loiza, general de la orden Dominica, obispo de Osma y confesor del Emperador. Desde ese momento, comenzaron sus plenas funciones ese famoso organismo que habría de durar tanto como duró el dominio de España en América, y desde luego quedó descartado Rodríguez Fonseca, no habiendo sido extraño a ésta medida el hecho de haberse mostrado acérrimo defensor de Diego Velázquez, el gobernador de Cuba, en el conflicto contra Hernán Cortés.

Desde sus principios se asignaron los sueldos que el presidente y consejeros disfrutarían, siendo el del primero de 200 mil maravedíes al año y de 100 mil para cada consejero. Dos años más tarde, se nombró fiscal y relator al Lic. Francisco Ceinos, y separados poco después uno y otro cargos, recayó el de relator en Hernando de Chávez.

En 1528 se nombró canciller del Consejo a Mercurino Gatinara, quedando así organizado con un presidente, cuatro o cinco consejeros, dos secretarios, un fiscal, un relator, un gran canciller, un oficial de cuentas, y un portero. Como el Consejo debía residir en el lugar donde residiera la Corte y ésta no tenía en esa época asiento fijo, pasaba también de un lugar a otro, celebrando sus sesiones en Toledo, Sevilla, Granada o Valladolid.

Antes de examinar las diversas ordenanzas relativas a la estructura y funciones de la institución que nos ocupa, que fueron varias antes de quedar determinadas, debe hacerse especial mención de su función principal, que manifiesta lo que se ha hecho notar, a saber: la preponderancia del Poder Judicial dentro de toda la administración pública. Fue el *Consejo de Indias*, fundamentalmente, una autoridad judicial; conocía de ciertos asuntos en única instancia, y otros en calidad de tribunal de segunda instancia, tanto civiles como penales. Avocándose así, prácticamente, en el conocimiento de todos los problemas que surgían en las Indias y se planteaban ante las Audiencias, o de aquéllos que estaban en situación de poder apreciar las necesidades, los problemas y los medios adecuados para resolverlos. Pero además de esto, los *juicios de residencia* y las *visitas* de que hablaremos más adelante, proporcionaban al Consejo eficaces medios que ampliaban sus conocimientos para el mejor gobierno que se le encomendaba, sin contar con los informes oficiales y extraoficiales que se le enviaban, y que debía estudiar y aquilatar con extraordinaria atención y cuida-

do. Todo esto dio al citado cuerpo los elementos para conocer de toda clase de asuntos, resultando que sus funciones eran prácticamente ilimitadas en cuanto a las Indias se refería.

Como consecuencia de una visita que personalmente hizo al Consejo Carlos V, y de la que resultaron algunas responsabilidades para dos de sus consejeros, fueron expedidas las primeras Ordenanzas fechadas en Barcelona, el 20 de Noviembre de 1542. No siendo posible examinar los detalles de cada una de las ordenanzas o modificaciones a ellas, nos concretaremos con aquéllas que pudieran considerarse como definitivas, expedidas en 1636, y que pasaron a formar parte integrante de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680.

Las citadas Ordenanzas de 1636 no son sino una compilación de las anteriores, con todas las enmiendas y adiciones hechas a partir de las primeras, y esa labor de compilación se encomendó y fue realizada por el licenciado don Pedro Vivanco y Villagómez. Constan de 245 leyes que se encierran ordenadamente bajo los siguientes epígrafes: *Consejo Real de las Indias; Presidente y los de su Consejo; Fiscal; Secretarios; Relatores; Escribano de Cámara; Contadores; Recetor; Cronista; Cosmógrafo; Alguacil y Oficiales*. Algunas de las leyes que forman las Ordenanzas podían darnos mayores conocimientos, que los que una explicación o comentario pudiera hacer.

CAPÍTULO XXVII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Tercera Parte)

El Consejo Real y Supremo de Indias (Segunda Parte)

Como varias veces lo hemos hecho notar, nada más eficaz para poder darse cuenta de las instituciones, que recurrir a las fuentes que las organizan o constituyen; por tal motivo, recurriremos a las Ordenanzas mismas del *Consejo de las Indias*, tomando el texto de la compilación más completa, o sea la promulgada el año de 1636, bajo el reinado de Felipe IV, que es, como lo indica su nombre, una colección de las diversas normas que desde la fundación del Consejo se habían venido expidiendo; las primeras, para constituirlo o crearlo; las posteriores, para corregirlo o ampliarlo en su estructura o en sus funciones. Transcribiremos, por lo tanto, algunos párrafos entresacados de las más importantes. Después del encabezado en el que el rey Felipe IV expresa los motivos para la expedición de la nueva compilación, aparece, en primer lugar, la ordenanza de Carlos V creando el *Consejo de las Indias*, pero con las modificaciones introducidas en cuanto al número de sus miembros por los reyes Felipe II y Felipe IV, y dice:

“Considerando los grandes beneficios y mercedes que de la benignidad soberana avemos recibido, y cada dia recebimos con el acrecentamiento y ampliación de los reinos y señoríos de las

nuestras Indias; y entendiendo bien la obligación y cargo que con ellos se nos impone, procuramos de nuestra parte (después del Favor Divino) poner medios convenientes para que tan grandes reinos y señoríos sean regidos y gobernados como conviene; y por que en las cosas de Dios Nuestro Señor, y bien de aquellos estados se provee con mayor acuerdo, deliberación, y consejo: establecemos y ordenamos, que siempre en nuestra Corte resida cerca de nos el nuestro Consejo de las Indias; y en el un presidente, el Gran Canciller de las Indias, que ha de ser también Consejero, y los Consejeros letrados que la ocurrencia y la necesidad de los negocios demandaren, que por aora sean ocho, un Fiscal y dos Secretarios, un Teniente de Gran Canciller, que todos sean personas aprobadas en costumbres, nobleza y limpieza de linaje, temerosos de Dios, y escogidos en letras y prudencia; tres relatores y un escrivano de Cámara de Justicia, espertos y diligentes en sus oficios, y de la fidelidad que se requiere; cuatro Contadores de Cuentas hábiles y suficientes; un receptor de pemas de cámara, y condenaciones, y depósitos; dos solicitadores fiscales; un Coronista mayor, un Cosmógrafo, y un Catedrático de Matemáticas, un Tassador de los procesos; un Abogado y un Procurador de Pobres; un Capellán que diga missa al consejo ; cuatro porteros y un alguazil, los cuales todos sean de la habilidad y suficiencia que se requie-

*re; y antes de ser admitidos a sus oficios hagan juramento de que los usaran bien y fielmente, y guardarán las ordenanzas del consejo hechas y que se hicieren...”*⁸¹

Sugiere esta primera ordenanza hacer notar que los reyes, para la mayor eficacia de sus funciones gubernamentales, comprendían que no eran capaces por sí solos, y buscaban el consejo de personas idóneas por su rectitud moral y su capacidad intelectual, a cuyo efecto constituían sus consejos que los asesoraban. En segundo lugar, claramente expresa que el fin del gobierno de sus reinos y señoríos es el bien común de ellos, y no el personal del soberano o del estado. En tercer lugar, debe hacerse notar la preocupación de que los funcionarios públicos reúnan las condiciones de idoneidad requeridas, haciendo acto de justicia distributiva que exige que las funciones y las compensaciones u honores anexos a ellas sean proporcionadas a la capacidad y méritos, y no atendiendo al prurito de llenar vacantes, con miras a contar con adeptos incapaces para aquello que se les encomienda.

En la ordenanza II se encuentran las siguientes normas relativas al Consejo:

“Que el dicho Consejo tenga la jurisdicción suprema de todas las nuestras Indias Occidentales descubiertas y que se descubrieren, y de los negocios que de ellas resultaren y depen-

81 Ordenanza I.

dieren: y para la buena gobernación de ellas y administración de justicia pueda ordenar, y hacer con consulta nuestra, las leyes, prematricas, ordenanzas, y provisiones generales y particulares, que por tiempo para el bien de aquella republica convinieren” (Felipe II y Felipe IV).

Por esta segunda ordenanza se aprecia, como se ha hecho notar, la preponderancia de la función judicial sobre la legislativa y la administrativa, pero claramente se inviste al Consejo con esa triple facultad; siendo la legislativa en consulta con el soberano. Las dos ordenanzas siguientes, se refieren a la competencia con los demás tribunales del reino así como frente a los tribunales eclesiásticos, estableciendo las bases del *recurso de fuerza* para resolver las competencias entre estos dos últimos tribunales.

En la ordenanza VIII, se establece que el principal cuidado del Consejo será la conversión de los indios y poner ministros para ella, y al efecto expresa:

“Mandamos y quanto podemos encargamos a los del nuestro Consejo de las Indias, que pospuesto todo otro respeto de aprovechamiento e interés nuestro, tengan por principal cuydado las cosas de la conversión y doctrina, y sobre todo se desvelen y ocupen con todas sus fuerzas y entendimiento en proveer y disponer ministros suficientes para ello, y todos los otros medios

necesarios y convenientes, para que los indios y naturales se conviertan y conserven en el conocimiento de Dios Nuestro Señor, honra y alabanza de su Santo Nombre. De manera que cumpliendo nos con esta parte, que tanto nos obliga, y a que tanto deseamos satisfacer, los del dicho consejo descarguen sus conciencias, pues con ello descargamos nos la nuestra”.

Después de las funciones generales: jurisdiccionales, legislativas o administrativas, puntualiza esta ordenanza, como primera obligación del Consejo, el cuidado de la cristianización de los indios; y muy digna de hacerse notar es la manera de encarecer su cumplimiento, poniendo toda la fuerza y entendimiento de los consejeros en ello; no menos notable es el fundamento que se da para ello, a saber, el descargo de la conciencia del rey y la de sus subordinados en la función de gobierno, anteponiendo a todo interés el cumplimiento de un deber de conciencia que, por otra parte, resulta también ser el cumplimiento de las obligaciones que la Bula *Inter Coetera* impuso a los reyes de España.

Merece citarse, a la letra, la ordenanza IX, expedida por Felipe II, relativa al buen tratamiento de los indios; dice así:

“Por lo que querríamos favorecer y hacer bien a los indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho cualquier daño o mal que se les haga y de ello nos desservimos. Por lo cual encarga-

mos y mandamos a los del nuestro Consejo de las Indias, que con particular afición y cuidado procuren siempre y provean lo que venga para la conversión y buen tratamiento de los indios, de manera que en sus personas y haciendas no se les haga mal tratamiento ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados y favorecidos como vasallos nuestros, castigando con rigor a los que lo contrario hizieren, para que con esto los dichos indios entiendan la merced que les deseamos hazer y conozcan, que averlos puesto Dios debaxo de nuestra protección y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían”.

Debe fijarse la atención no solamente en la protección de las personas, sino a las haciendas de los indios, siendo esto un reconocimiento expreso no sólo de la categoría de sujetos de Derecho, sino de la titularidad a favor de ellos de los de dominio y propiedad, cuyo desconocimiento implica la aplicación de sanciones para el que así proceda. Siguen a continuación diversas normas relativas al orden en que deben ventilarse los asuntos de que deba conocer el Consejo, estableciéndose, como principio fundamental, que debe darse preferencia a aquellos asuntos de interés general sobre los que sean sólo de interés individual, y previniéndose además que en los asuntos graves debe estar reunido todo el Consejo, pudiendo, en casos de menor importancia, distribuirse el conocimiento de los asuntos en grupos de tres consejeros. Se faculta⁸² para

que en caso de votos contrarios a la mayoría, pueda el consejero que lo emita hacer constar sus fundamentos.

La ordenanza XIX, consigna el principio tradicional en el Derecho Español de corregir por la autoridad inferior, los daños que una resolución del rey mismo pudiera haber causado, limitando así la potestad del soberano, como se ha visto que acontecía de varias maneras. Dicha ordenanza dice en lo conducente:

“Ordenamos a los de nuestro Consejo de las Indias, que si en las materias que le tocan, por hecho propio nuestro, o por ordenes que ayamos dado, se huvieren causado algunos daños o agravios de terceros, los remedien, y hagan que se les de satisfacción... Y lo hagan de manera que en esta parte quede segura nuestra conciencia...”

Vuelve a aparecer aquí la preocupación de conciencia; es decir, los principios del Derecho Natural como fundamento del precepto positivo. Por otra parte, lo dispuesto en el texto anteriormente transcrito, no es sino otra forma de obedecer y no cumplir lo que ordena el soberano.

La ordenanza XX señala los inconvenientes que suele haber en resolver asuntos únicamente sobre la base de precedentes sentados en resoluciones análogas, porque:

“No en todos pueden concurrir unas mismas

causas y circunstancias, y así encargamos... Que se advierta mucho al estado que las cosas tuvieren al tiempo que se tratare dellas... Para que con esta consideración se traten y resuelvan las materias mas ajustadamente”.

Un principio de equidad es el que establece este texto, a fin de resolver con más apego a la Justicia; más ajustadamente como lo expresa la ordenanza. Se asientan, a continuación, algunas normas relativas a la costumbre, mandando a este respecto que ésta, para tener fuerza obligatoria, ha de ser fija y sin contradicción.

En varios textos de la Ley que comentamos, se da especial importancia al conocimiento que debe tener el Consejo y sus miembros de todos los hechos relacionados con los asuntos que se le encomiendan y, en general, de todos los acontecimientos relativos a las Indias, con las circunstancias que en cada caso concurren. Muy especialmente en la ordenanza XXVII, se establece la obligación a los miembros del Consejo de enterarse cuidadosamente de toda la correspondencia que se reciba, hasta el grado de suspender todo otro asunto que el Consejo tenga pendiente, mientras se entera de la correspondencia e informes llegados de las Indias. Y más adelante, en la ordenanza XXX, se pondera la necesidad de consultar e inquirir con otras personas para tener datos ciertos y fidedignos en que poder fundar resoluciones y opiniones. Igual recomendación se hace para el caso de tener que designar personas para el desempeño de algún cargo o

función, a efecto de estar ciertos quienes tengan que resolver que la persona que propongan o nombren sea capaz en sus conocimientos y rectitud.

Para los casos de nombramientos, además de las medidas anteriormente mencionadas, deberá atenderse a los derechos de promoción o escalafón, como hoy se diría. Previene además la Ley que comentamos, en cuanto a nombramientos se refiere, que los miembros que constituyen una Audiencia no deben estar ligados por parentesco, como tampoco pueden los miembros del Consejo nombrar a sus propios parientes en puestos que deban proponer o designar. Y especial rigor establece para el caso que hubiere mediado pago para la obtención de un puesto.

Siguen diversas normas relativas a la imposición de sanciones, que el Consejo estaba facultado a imponer a todos aquéllos que desempeñaran cargos dependientes del propio Consejo o puestos bajo su vigilancia, cuando sus labores no se ajustaren a la Justicia, a las normas o a las disposiciones que recibiera. En las últimas ordenanzas de carácter general, la Ley que comentamos hace alusión a las *residencias* y a las *visitas*; procedimientos judiciales unas y otras que merecen especial atención.

Después de lo anterior, la parte de la compilación que nos ocupa son las ordenanzas LXIX a la XCVII, relativas al *Presidente y los del Consejo*. Sin duda que de menor importancia para el objeto de nuestro estudio, que es buscar los elementos esenciales del pensamiento jurídico,

pero complemento indispensable de las normas generales de que nos hemos ocupado, son las relativas al fiscal, a los secretarios, a los relatores, etc.

La ordenanza LXIX lleva como epígrafe el siguiente: *“Que el Presidente vaya al Consejo las mañanas y tardes, y reparta salas, y negocios: y cuando faltare, presida el mas antiguo”*. Suficientemente explícito es tal epígrafe para que amerite estudiarse el texto de la norma enunciada por él.

A continuación siguen diversas normas relativas a la facultad ejecutiva del presidente, a quien se le encomienda velar y hacer cumplir las resoluciones dictadas en el Consejo. Se encuentra después una norma,⁸³ que hace una distinción entre los presidentes que fueren letrados y los que no lo fueren:

“Siendo letrados (peritos en Derecho) tengan voto en las cosas de gobierno y guerra, gracia y merced que en el Consejo se trataren, y en las visitas y residencias que en el se vieren; y no en pleitos algunos, que fueren de Justicia contenciosa entre partes. Y no siendo letrado, tenga solamente voto en las cosas de gobierno, guerra, gracia y merced”.

Se encuentran a continuación varias normas relativas

83 Ordenanza LXXIII.

a las obligaciones de los consejeros para asistir a juntas, estudiar los asuntos que se les encomienden, hacer funciones de semaneros en el turno que les corresponda, guardar el secreto debido, etc. Posteriormente, de la LXXXIII a la LXXXVIII y última de esta materia versan de los impedimentos de los consejeros para tratar asuntos en que intervengan miembros de su familia; prohibición a los mismos consejeros y a sus hijos de tener encomiendas de indios; prohibición de recibir dádivas, préstamos o presentes, así como escribir cartas de recomendación; prohibición a los oficiales del Consejo, a sus hijos, deudos, criados y familiares para ser procuradores o solicitadores en negocios de Indias, así como para interceder en ellos.

Siguen bajo el título de *Gran Canciller*, nueve Leyes u ordenanzas, la primera de las cuales dice:

“Mandamos que aya... un Gran Canciller... El que tenga a su cargo nuestros sellos reales. Sirviendo por sus Tenientes la Chancelleria, y registro de todas nuestras cartas y provisiones, y despachos que se hubieren de despachar selladas y registradas”.⁸⁴

Son las siguientes normas relativas al uso de los sellos, reales y derechos de sellos del que expresamente se exceptúan a los monasterios, a los hospitales y a los pobres.

84 Ordenanza LXXXIX.

De la Ley XCVIII a la CXIII, corresponde al *Fiscal* la defensa de la jurisdicción, patrimonio y hacienda real, y saber cómo se cumple lo proveído, y la protección de los indios, según reza el epígrafe de la primera entre las ordenanzas anteriormente citadas. Dentro de nuestro somero análisis, no sería posible detallar el contenido de las demás normas sobre este punto. De los *Secretarios* es el capítulo siguiente, estableciéndose en él dos funcionarios con ese título, uno que tenía a su cargo los asuntos del Perú y otro los de la Nueva España;⁸⁵ detallada y minuciosa es la reglamentación relativa a las funciones de los secretarios que abarcan no menos de cuarenta y cuatro ordenanzas. Siguen, por su orden, las relativas a los *Relatores*, *Escrivano de Cámara*, *Contadores*, *Recetor*, *Coronista*, *Cosmógrafo* y *Alguazil*, y *Oficiales*.

De los funcionarios anteriormente citados, no es posible examinar en detalle las normas que a ellos se refieren; citamos, llamando especialmente la atención, la función del cronista, cuya obligación era la de escribir la Historia de las Indias; demostrando con esto la importancia que se daba al conocimiento de los hechos históricos como medio eficaz para la mejor aplicación del Derecho.

Hecha así una brevísima exposición de las *Ordenanzas del Consejo de Indias*, veremos a continuación de qué manera cumplía ese organismo su misión en cada uno de los aspectos, judicial, legislativo y administrativo.

85 *Ordenanza CXV.*

Comenzando por la materia judicial, dada su preponderancia, hemos visto que de acuerdo con la ordenanza II, el Consejo tenía la jurisdicción suprema de todas las Indias occidentales, estableciendo además la III que ningún otro tribunal se enfrente a conocer ni conozca de negocios y cosas pertenecientes al *Consejo de las Indias*, y aun cuando en un principio conocía de muchos asuntos en primera y única instancia, fue tal el cúmulo de ellos que se restringió más tarde esta facultad, reservándose para dicho cuerpo la segunda o última instancia de los juicios ventilados ante las Audiencias en primera. Se impuso, además, la obligación de que los apelantes se presentaran ante el Consejo a continuar el recurso dentro de los ocho meses siguientes, bajo pena de caducidad. Dicho plazo que parecía más que suficiente, no lo fue en muchos casos, dadas las difíciles comunicaciones, obteniéndose por este medio descargar algún tanto las labores judiciales de aquel máximo cuerpo jurisdiccional.

Consideramos preferible tratar de los juicios, de las súplicas y apelaciones ante el Consejo al ocuparnos de las Audiencias, a fin de no recargar la materia que hoy nos ocupa, y poder pasar al examen de las instituciones y cuerpos radicados en la Nueva España; sin embargo, apuntaremos ciertos datos acerca de los juicios de la exclusiva competencia del Consejo, como son las residencias y las visitas.

Uno y otro de estos procedimientos, tenían como objeto establecer la responsabilidad de los funcionarios. La resi-

dencia era un juicio público, cuyo nombre obedece a que el funcionario a quien se aplicaba o residenciaba, se le señalaba un lugar en donde había de permanecer durante la investigación de causa, y dicho lugar era siempre alejado de aquél en donde había ejercido sus funciones. Se iniciaba el juicio de residencia mediante pregones, con los que se convocaba a toda persona que tuviera alguna queja o agravio en contra del funcionario residenciado; y con todas las acusaciones, se formaba expediente a la manera de instrucción del proceso, que una vez integrado era turnado por el juez a quien se había encomendado al Consejo de Indias, para que éste resolviera lo procedente respecto a la responsabilidad del residenciado.

El Consejo conocía de las residencias contra virreyes, oidores y altos funcionarios en las Indias, que siempre eran sometidos a ese procedimiento al terminar su cargo; debiendo tener presente que como los oidores eran vitalicios, se les sometía a residencia cuando eran removidos de un lugar a otro o ascendían a puestos más elevados. Muchas son las residencias a las que fueron sometidos los funcionarios en la Nueva España, y muchas constancias de ellos nos han quedado, especialmente las relativas a los virreyes, pero, con poquísimas excepciones, todas ellas guardadas o semiperdidas en el Archivo General de la Nación. Otras residencias famosas existen, como la de Cortés y las de Pedro de Alvarado. El campo para las investigaciones y estudios jurídicos sobre este tema, está poco menos que inexplorado.

Las visitas se hacían mediante procedimiento secreto, y no se referían a un sólo funcionario sino a un cuerpo colegiado o a un grupo de funcionarios, a quienes no se les hacía saber de qué se les acusaba, ni quien los acusaba, guardándose este secreto aun después de dictada la sentencia condenatoria. El juez visitador, valiéndose de todos los medios a su alcance, hacía la investigación lo más minuciosamente posible, formando la sumaria que enviaba al Consejo firmada y sellada. Tal procedimiento dio lugar, en más de una ocasión, a casos como el referido por Solórzano en su *Política Indiana*, según el cual el visitador permitió que los visitados presentaran sus descargos, pero como no se les daban a conocer los cargos, contestaban procurando adivinar, acertando en algunos casos pero equivocándose en otros, habiendo ocurrido que a alguno de los condenados, cuando después de muerto se dio a conocer a sus hijos la acusación, éstos pudieron comprobar la inocencia del padre, después que la privación del oficio que fue la pena impuesta no tenía ya medio de reparación.

El mismo Consejo podía ser sometido a visita, como efectivamente lo fue en más de una ocasión, habiendo practicado la primera el mismo emperador Carlos V, que encontró culpables a los consejeros doctor Beltrán, por haber dado cartas de recomendación a un pariente suyo, y al licenciado Suárez de Carvajal, sin que se sepa de cierto la responsabilidad de éste. A ambos se les impusieron fuertes multas, amén de la destitución de sus empleos.

La labor legislativa del Consejo es también de gran interés, tanto por las normas que él expidió como por las compilaciones de Leyes que llevó a cabo, que culminaron con la famosísima *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, dadas a la luz en el reinado del último monarca de la casa de *Austria*, Carlos II, en el año 1680. Pero antes de esta labor extraordinaria que se ha tenido, y con justicia, como una de las compilaciones o cuerpos de Leyes más famosas en toda la Historia Universal, varios fueron los intentos, fracasados unos y mal realizados otros.

Entre las recopilaciones que merecen citarse, está, en primer lugar, la conocida como *Cedulario de Puga*, realizada por el oidor de México don Vasco de Puga, a quien el virrey don Luis de Velasco el primero encomendó la labor por instrucciones del rey Felipe II, expedidas el 4 de septiembre de 1560, compilación de cédulas y provisiones de especial interés entre nuestros antecedentes legislativos, ya que se refieren al gobierno de la Nueva España.

El licenciado don Juan de Ovando, fue nombrado por Felipe II visitador del *Consejo de Indias*, no encontró cargos serios que hacer a los consejeros, pero sí descubrió el desorden que había en el registro de las reales órdenes, cédulas, decretos, instrucciones, etc., lo que hizo ver la necesidad de una compilación de todas esas disposiciones legislativas, lo cual fue encomendado al mismo Ovando, quien se puso desde luego a trabajar en ello,

demostrando buen orden y mejores conocimientos en materia jurídica, pero esta labor no llegó a consumarse. Quedó, sin embargo, en el Consejo la idea, que nunca desapareció, de llevar a cabo la recopilación. A fines del siglo XVI, se encargó el mismo trabajo de una recopilación que lleva el nombre de su autor; sin embargo, la ignorancia de Encinas en materia jurídica, hizo que su labor hubiera resultado poco menos que inútil, debido al enorme desorden en que fueron agrupadas sus partes, y, prácticamente, se desistió de la edición de la obra, habiéndose hecho de ella muy pocos ejemplares, lo que es motivo de su extraordinaria rareza.

Labor mucho más benéfica fue la realizada más tarde por don Antonio de León Pinelo, quien en cierta forma preparó, o puso las bases, de la *Recopilación de Leyes de Indias* a que nos hemos referido. Pero Antonio de León no vio realizada su obra, en la que trabajó también uno de los juristas más notables de su época: don Juan de Solórzano Pereira.

CAPÍTULO XXVIII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA

(Cuarta Parte)

El Municipio

Aún cuando este libro tiene por objeto los antecedentes o hechos históricos que sirven de fundamento y dan razón de ser a nuestras instituciones jurídicas actuales, o explican nuestras ideas jurídicas, debe recordarse que el municipio no es una organización exclusiva nuestra, sino que se encuentra en casi todos los pueblos, con matices o modalidades adecuadas a cada grupo social, pero con no pocas características comunes. Por más que el municipio español, tal como fue importado a América, en donde arraigó tan fuertemente, presente aspectos muy peculiares, hay algo en él de carácter universal, como pedido o exigido por todos los grupos humanos, que obedece a una necesidad o a un instinto común de todos los hombres en todo tiempo y en todo lugar.

Y no sería difícil encontrar la razón de ser de este fenómeno, que no es otra cosa que la sociabilidad natural de los hombres, ya que el hombre, como diría Aristóteles, es un *animal político*. No le basta la unión de los sexos para constituir la familia, célula social, sino que requiere la unión de las familias debido al impulso de su instinto social y para el mejor logro en la satisfacción de sus necesidades, no para vivir en simple forma gregaria, sino en sociedad organizada y regida de la manera más eficaz para la realización del bien común, inteligentemente constituida. Esta sociedad así organizada, con miras a la

convivencia, es, en esencia, el municipio, que es, por lo tanto, una institución natural; es decir, conforme y adecuada a la naturaleza humana.

Materia es ésta que hoy nos ocupa, de extraordinario interés y que merece especial dedicación, tanto por lo que hace a los conceptos generales y básicos del municipio, cuanto a su desarrollo histórico, a su estructura, sus funciones y su adaptabilidad al más puro y efectivo sistema democrático. Aun cuando los estudios y tratados acerca del municipio no puede decirse que escasean, no dudamos en afirmar que entre los tratadistas que se dedican a la rama del Derecho Público, en general si no desdeñan, no dan a la institución que nos ocupa toda la atención que merece, y probablemente se deba esto, en parte, a cierto desdén con que usualmente ven los antecedentes histórico-jurídicos, debido a que son más afectos a la especulación doctrinal que al aspecto práctico de las instituciones, no nacidas en virtud de elucubraciones sino de las necesidades y de la propia naturaleza humana.

Se ha discutido si el municipio tiene sus antecedentes en Roma, o si éstos fueron aportación de los germanos. Largamente podría disertarse en favor de una y otra opinión y, en realidad, puede afirmarse que romanos y germanos aportan elementos que el mundo medioeval fusiona y acrisola dentro del Cristianismo, para hacer surgir el municipio con las características y cualidades que lo han constituido como organismo indispensable y de profundísimo arraigo entre todos los pueblos de cultura cris-

tiana, muy particularmente en España, de donde pasó a América.

Difícil es también afirmar categóricamente cuándo nació el municipio en España o, al menos, cuándo quedó plenamente organizado, pero sí puede afirmarse que ya en el siglo XI habían aparecido los Consejos de los pueblos, cuando en la lucha por la reconquista del territorio en poder de los moros, en las sucesivas incorporaciones de poblaciones al territorio reconquistado, se hacía el reconocimiento que el rey o señor conquistador hacía de las normas y escritura de los grupos reincorporados, constituyendo así los Fueros municipales, que los reyes no imponían sino que reconocían y juraban respetar, dando así la autonomía local o municipal en materia de jurisdicción, tanto civil como penal, económica y política, reservándose casos excepcionales de los que conocía generalmente en segunda instancia, o en aquéllos que por su naturaleza no podían quedar bajo el conocimiento de la Justicia del pueblo.

Originariamente, el gobierno del municipio se ejercía por medio de intervención directa del pueblo, habiendo subsistido este sistema en varias localidades de España, prácticamente hasta nuestros días, como lo hace ver en sus investigaciones don Joaquín Costa, pero, en general, ante el aumento de las poblaciones que hacía difícil el acuerdo de todos los vecinos, cuando no su presencia misma en las asambleas, fue necesario recurrir al sistema de representación ostentada por concejales o munici-

pes, entre los cuales era usual que se designara a quienes habían de constituir el gobierno del Ayuntamiento: Alcaldes, regidores, síndicos, etc., en número variable por lo que hace a los regidores, según la importancia de la comunidad. Al primer sistema, o sea el de gobierno u organización directa, se le denomina *cabildo abierto*; en tanto que el segundo, es el *cabildo cerrado*.

Constituido un Ayuntamiento funcionaba como una pequeña república, que contaba con todos los medios y con la plenitud de facultades para realizar los fines comunes de la sociedad que constituía el municipio, y para esto, cuidaba de que no faltaran los elementos principales para la subsistencia; vigilaba la exacta aplicación de pesas y medidas, enmendando o corrigiendo los errores y los abusos; velaba por la sanidad y limpieza; cuidaba del orden entre los habitantes o vecinos, mediante las normas y personal de policía necesarios; administraba los bienes propios y, en su caso, recaudaba y administraba los *arbitrios*; cuidaba de los *pósitos*, de la distribución y exacción de contribuciones y rentas públicas y, en general, ejercía todos los actos de gobierno económico y político del pueblo, sin que las autoridades superiores pudieran intervenir sino por vía de apelación y agravio. Estas funciones se perpetuaron dentro de la estructura municipal a través de la Historia en esas instituciones, que concretamente examinaremos a continuación en la Nueva España.

El primer Ayuntamiento establecido en nuestro terri-

torio fue como hemos visto y es bien sabido, el de la Villa Rica de la Veracruz, a raíz del desembarco de los españoles que vinieron con Cortés, “*acto trascendentalísimo en la Historia del Derecho en México, –dice el maestro Esquivel Obregón– no sólo por su prioridad cronológica respecto a todo lo que se hizo después para la creación de una nación nueva, sino porque revela el espíritu jurídico que presidió en los actos de Cortés y sus compañeros en el descubrimiento de esta tierra*”. Y añade: “*Para Cortés, la empresa de conquista y de colonización de las tierras que se extendían ante él, no era sólo obra de audacia y esfuerzo militar, sino ante todo de orden y composición legal*”.

El conflicto entre Cortés y Velázquez; la falta de facultades de aquél, dada la forma como escapó de la potestad del segundo, cuando éste le había retirado las atribuciones que en un principio le había conferido; por otra parte, la dudosa potestad de Velázquez para nombrar a un capitán que había de realizar sus funciones fuera del territorio bajo la jurisdicción del gobernador de Cuba, y la necesidad de poder realizar una obra como la que Cortés se proponía llevar a cabo, sin estar investido con la autoridad suficiente para ello, hizo recordar a todo aquel grupo, seguramente que movidos por el que fungía como su jefe, las tradiciones hispánicas relativas a la potestad del pueblo, y esto dio la clave para la solución del problema; había pueblo, había territorio, pero faltaba el órgano que les diera fuerza política; por voluntad general, por expresión de soberanía, surgió el cuerpo político, fuente de toda autoridad en ausencia del soberano, constituyéndose-

se con el procedimiento de cabildo abierto el Ayuntamiento de Veracruz, en un acto de suprema democracia.

Bernal Díaz del Castillo describe este acontecimiento, después de relatar los temores de unos, los entusiasmos de otros y los argumentos convincentes de Cortés, que decidieron la cuestión. Describe el autor citado el hecho, de la siguiente manera:

*“Y volvamos a nuestra relación, que fundada la villa hizimos alcaldes y regidores; y fueron los primeros alcaldes Alonso Hernández Puertocarrero y Francisco de Montejo; y a este Montejo porque no estaba muy bien con Cortés, por metello en los primeros y principal, le mando nombrar por alcalde; y los regidores dejellos e de escrevir, porque no haze al caso que nombre algunos. Y diré como se puso una picota en la plaza, y fuera de la villa una horca; y señalamos por capitán para las entradas a Pedro de Alvarado, y maestre de campo a Cristóbal de Olí, y alguazil mayor a Joan de Escalante, y Tesorero Goncalo Mexía, y contador Alonso de Avila, y Alférez a Hulano Corral... y alguazil del real a Ochoa, Vizcaíno, y a un Alonso Romero... y esto que aquí digo, pasó así...”*⁸⁶

Está trazada en la descripción anterior la organización de un municipio castellano con todos sus elementos, y su

potestad y soberanía aparecen patentes con el hecho de la renuncia que hizo Cortés de todos los poderes que le había otorgado Diego Velázquez, y el nombramiento de Capitán General y Justicia Mayor con que el Ayuntamiento invistió a Cortés, según ya lo hemos visto. De acuerdo con la tradición castellana, las villas de aquellos tiempos, cuando aún no habían sido derrotados los comuneros en Villalar, tenían pendón, milicia y alférez que les permitía emprender empresas guerreras y conquistadoras; Cortés, con los títulos que el Ayuntamiento de Veracruz le otorgó, pudo emprender la conquista del imperio de Moctezuma, extendiendo su jurisdicción de Justicia Mayor a todo el territorio y habitantes que se le sometieran.

Otros Ayuntamientos fueron organizados desde los primeros tiempos de la venida de los españoles: Segura de Frontera (Tepeaca), Medellín, y cuando la ciudad de Tenochtitlán fue tomada, se asentó en ella la capital del nuevo reino, aún cuando temporalmente, y mientras comenzaba su reconstrucción después del sitio, se fundó el Ayuntamiento de Coyoacán. Ajustándose también a las tradiciones y usos jurídicos, se expidieron ordenanzas para la estructura municipal de la ciudad de México, que no son otras que las que Cortés expidió y de las cuales hemos tratado. Tales ordenanzas estuvieron en vigor hasta la expedición por el rey don Felipe II de las *Ordenanzas sobre descubrimientos, población y pacifica-*

86 Díaz del Castillo, Bernal. *Historia Verdadera de la Conquista de la Nueva España*. Cap. XLII.

ción de las Indias, de fecha 13 de junio de 1573, y cuyas disposiciones, en gran parte, formaron más tarde parte integrante de la *Recopilación de Leyes de Indias*.

Los Ayuntamientos que se fueron constituyendo se dieron sus ordenanzas y Leyes reglamentarias que, previa aprobación del *Consejo de las Indias*, eran puestas en vigor; y tales normas se ajustaban a las *Ordenanzas de Población* anteriormente citadas, habiéndose tomado en muchos casos por arquetipo de ordenanzas municipales las que regían para la ciudad de México, considerada como cabeza del reino. Las ordenanzas de la ciudad de México, estaban constituidas por una serie de disposiciones provenientes unas de las que Cortés había expedido, otras que el propio Ayuntamiento había dado; algunas tenían como fuente diversas cédulas reales, etc., y todo ese conjunto fue objeto de una compilación mandada hacer por cédula real de 1 de junio de 1680, realizada por el capitán D. Francisco de Gatica Zerda, procurador mayor de la ciudad, aprobadas por el virrey Conde de Paredes el 7 de julio de 1683, publicadas con el siguiente título:

“Ordenanzas de la muy noble y muy leal Ciudad de México, cabeza de los Reynos de la Nueva España. Hechas en virtud de real cédula de su Majestad. Su fecha en Madrid, a primero de julio de 1680 años. Por el Capitán D. Francisco de Gatica Zerda, siendo procurador mayor de la dicha ciudad; Lic. D. Joseph Arias

Maldonado, Abogado desta Real Audiencia, Regidor y Abogado de la dicha ciudad; y Lic. Juan de Valdés, asimismo abogado de ella. Aprobadas, y Confirmadas por el Exmo. Señor Conde de Paredes, Marqués de la Laguna, virrey gobernador, y Capitán General desta Nueva España, y Presidente de la Real Audiencia de ella; con parecer del Señor Fiscal de su Majestad. Y de su Assessor General. Año de 1683. Publicada con licencia en México. Por la Viuda de Bernardo Calderón, en la calle de S. Agustín”.

Las dos fuentes más importantes para el conocimiento de la estructura, función y, en general, gobiernos de los Ayuntamientos son, por lo tanto, los dos cuerpos de Leyes citadas: las *Ordenanzas de Población* y las *Ordenanzas de la Ciudad de México*, de los que procuraremos entresacar resumiendo los datos esenciales de este tema que hoy nos ocupa.

En las *Ordenanzas de Población*, uno de los preceptos más repetidos y en los que se hace mayor fuerza, es que al fundarse una nueva población se respeten las propiedades de los indios, consignándose en el capítulo 38 que: “*los sitios para fundar pueblos e cabeceras y sujetos, sin perjuicio de los indios por no los tener ocupados, o porque lo consientan de su voluntad*”. El capítulo 20 manda que no se empeñe guerra contra los indios “*ni los tomen contra su voluntad cosa alguna*”; el 29 ordena: “*los descubri-*

mientos no se den con título y nombre de conquistas, pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos no queremos que el nombre de ocasión ni color para que se pueda hacer fuerza ni agravio a los indios”. Más adelante, el capítulo 110 ordena: “llegando al lugar en donde se ha de hacer la población, el cual mandamos que sea de los que estuvieren vacantes, y que por disposición nuestra se puedan tomar, sin perjuicio de los indios, o con su libre consentimiento, se haga la planta del lugar”. Otros preceptos de las citadas ordenanzas de Felipe II, insisten acerca del respeto a las propiedades de los indios cuando se trate de fundar una población nueva, en tierras nuevamente descubiertas.

Vienen enseguida varias disposiciones acerca de los sitios en que debían fundarse las nuevas poblaciones, y al efecto se establece que debe atenderse a la salubridad del lugar: *“lo cual se conocería, –dicen las citadas disposiciones–, en la copia que hubiere de hombres viejos y mozos de buena complexión, disposición y color y sin enfermedad”,* y se procuraría que el clima fuese templado, la tierra fértil y abundante en pastos, montes y aguas para beber y regadíos, de fácil comunicación, procurando, además, que hubiera cerca materiales de construcción y, preferentemente, pobladas de indios para predicarles el Evangelio.

Se daba el título de gobernador o adelantado, a quien se hubiere facultado para llevar a cabo nuevos descubrimientos y fundación de poblaciones, imponiéndose una serie de obligaciones a cambio de los derechos que se le conferían. Escogido el sitio para una nueva fundación, el

gobernador ordenaba la categoría que había de tener:

*“y conforme a lo que declare –dicen las Ordenanzas de Población–, se forme el consejo, república y oficiales y miembros de ella... de manera que, si hubiere de ser ciudad metropolitana, tenga un juez con título y nombre de adelantado, gobernador o alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario, que tenga la jurisdicción in solidum y, juntamente con el regimiento, tenga la administración de la república, tres oficiales de la real hacienda, doce regidores, dos fieles ejecutores, dos jurados de cada parroquia, un procurador general, un escribano de consejo, dos escribanos públicos, uno de minas y registros, un pregonero mayor, un corredor de lonja, dos porteros; y, si diocesana o sufragánea, ocho regidores y los demás dichos oficiales perpetuos; para las villas y lugares, alcalde ordinario, cuatro regidores, un alguacil, un escribano del consejo, y uno público y un mayordomo”.*⁸⁷

A quien se otorgaba facultad de fundar población, se obligaba a poblar la villa dentro del término que se le hubiere señalado, con treinta vecinos cuando menos, debiendo contar cada uno de ellos con cierto número de animales de cría y de labranza que las ordenanzas fijaban con minuciosidad; había de existir un clérigo que ministrara los sacramentos; iglesia con ornamentos y lo

87 Capítulo 43.

demás necesario al culto. Para garantía del cumplimiento de aquello a que se obligaba el asentista de nueva población debía dar fianza, y si no cumplía debía pagar cien pesos de multa y perdía todo lo que hubiere fincado y labrado. La tierra para formar la población debía tener cuatro leguas cuadradas, y había de estar a una distancia no menor de cinco leguas de cualquier ciudad o villa de españoles ya poblada, y donde no causara perjuicio a los indios. De esta extensión de tierra se tomaba, en primer lugar, la extensión necesaria para la plaza, las calles, el templo y las casas de cabildo; propios y ejido y la dehesa de la población; y del resto se hacían cuatro partes: una para el que se había obligado a establecer la población, y las tres restantes se dividían en lotes distribuidos entre los pobladores.⁸⁸

En los capítulos 110 a 127 de las *Ordenanzas de Población*, se consignan con gran minuciosidad las normas relativas a la traza de la ciudad o villa; señalándose las dimensiones de la plaza, la aplicación de los lotes que la circundan para iglesia, casas reales y casa de cabildo; señala cuál ha de ser el trazo de las calles, su mayor o menor anchura, según sea el clima de la región, frío o caliente; se marcan cuáles han de ser los bienes comunes y los propios, de los que se tratará al exponer el aspecto económico de los municipios, etc.

Después de estos antecedentes, que pudieran clasificarse como la parte material de los municipios, debemos

88 Capítulos 88 a 90.

tratar acerca del régimen municipal, estableciendo, de acuerdo con las Leyes, las atribuciones de sus diversos elementos así como la forma de nombramientos de alcaldes, regidores y demás miembros que constituían el Ayuntamiento.

CAPÍTULO XXIX

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA

(Quinta Parte)

El Municipio (Segunda Parte)

En la ordenanza o capítulo 43 de las expedidas por Felipe II para descubrimientos y población de las Indias, a que hemos hecho alusión, se ordena cómo ha de estar constituido el cabildo municipal, *“de manera que si hubiere de ser ciudad metropolitana, tenga un juez con título y nombre de adelantado o gobernador o alcalde mayor, corregidor o alcalde ordinario, que tenga la jurisdicción in solidum, y juntamente con el regimiento, tenga administración de la república, tres oficiales de la Hacienda Real, doce regidores, dos fieles ejecutores, dos jurados de cada parroquia, un procurador general, un escribano de consejo, dos escribanos públicos, uno de minas y registros, un pregonero mayor, un corredor de lonja, dos porteros”*. Añade la misma ordenanza: *“si diocesana o sufragánea (se refiere a la población), ocho regidores y los demás dichos oficiales perpetuos”*. Para las *“villas y lugares, alcalde ordinario, cuatro regidores, un alguacil, un escribano del Consejo y un público, un mayordomo”*.

El corregidor, gobernador o alcalde mayor era quien presidía el cabildo; y conviene hacer notar que este cargo no era conforme con la tradición española, sino que se estableció cuando el poder real vino de cierto modo a limitar la soberanía municipal, exigiendo la presencia del gobernador como representante del poder central y designado por él mismo.

Los alcaldes ordinarios, usualmente en número de dos, tenían, como se ha visto, la función judicial como primordial, conociendo en primera instancia de negocios de españoles y, en casos excepcionales, de asuntos entre españoles e indios. Los alcaldes ordinarios eran nombrados por los regidores, y al primer electo se le denominaba alcalde ordinario *de primer voto*, lo que le daba preeminencia sobre el segundo, el *de segundo voto*, para suplir las ausencias del corregidor. En caso de apelación contra las sentencias de los alcaldes, conocía de ellas el alcalde mayor, y en ausencia de éste conocía la Audiencia. Además de las funciones judiciales, los alcaldes tenían voto en el cabildo cuando no hubiere gobernador, aún cuando en algunos casos se estableció la costumbre de dar voto al alcalde ordinario, aún en presencia del gobernador. Por muerte del gobernador, el alcalde se encargaba interinamente del gobierno.

Los regidores constituían el elemento esencial del cabildo municipal, y eran designados al organizarse el municipio por voto popular de todos los vecinos, en caso de seguirse la forma de cabildo abierto, como aconteció en Veracruz y en León, lo cual no fue frecuente, o bien los nombraba el que con carácter de adelantado o gobernador había recibido autorización del rey para fundar la ciudad, pueblo o villa, según se ha visto, ya que lo establecían las ordenanzas de Felipe II. En las siguientes designaciones de regidores, es decir, después de los primeramente nombrados, los sucesores entraban a ocupar

esos cargos, de acuerdo con el procedimiento que era usual, que se conoce con el nombre de *oficios vendibles y renunciables*, de los que debemos ocuparnos. Sin embargo, en la ciudad de México este procedimiento no entró desde luego en vigor, sino a partir del año de 1529, en que aparecen los regidores perpetuos.

El alférez tenía por misión llevar el pendón de las ceremonias y festividades, y de acuerdo con las *Ordenanzas de la Ciudad de México* su función no era perpetua, sino que cada año y por turno sacaba el pendón real un capitular, siguiendo en esto la costumbre que ha habido, dicen las citadas ordenanzas. Al alguacil o sus tenientes correspondía la ejecución de las resoluciones del cabildo, la vigilancia del orden público, la aprehensión de los delincuentes descubiertos *in fraganti*, o por orden de las autoridades superiores.

Las funciones principales del Ayuntamiento eran el cuidado de las obras públicas que se mandaran ejecutar, tales como las casas de cabildo, alhóndigas, puentes, caminos u otras semejantes, siempre bajo la superintendencia de los regidores; el cuidado y vigilancia de los mercados, ventas, mesones y establecimientos similares, en los que intervenía de manera especial para verificar la exactitud de las pesas y medidas, ordenar su rectificación y velar por el buen orden de los mercados y abastos; cuidar del disfrute por los vecinos, en diez leguas a la redonda, de los pastos y montes, así como el corte y plantación de árboles; sacar a remate cada año, y cuidar que se adjudicaran

al mejor postor, los derechos de vender carne y pan; expedir sus propias ordenanzas que debían ser enviadas al virrey para su aprobación, como aconteció con las de la ciudad de México, de que se han hecho mención. En general, correspondía al Ayuntamiento velar por el más exacto cumplimiento de los servicios públicos de la ciudad, pueblo o villa, ya fuera por medio de sus miembros o subordinados, o por aquéllos a quienes se hubieren encomendado en virtud de contrato o disposición dada al efecto.

Tuvieron en un principio los Ayuntamientos la facultad de otorgar mercedes o concesiones de tierras y aguas dentro de sus respectivas jurisdicciones, cuyos títulos debían ser firmados por todos los miembros del cabildo en presencia del escribano, quien lo asentaba en el libro de cabildo. Pero si se trataba de concesión de tierras para ingenios, debía presentarse la solicitud ante el virrey, quien la remitía al cabildo para que informara, y una vez rendido el informe, era el propio virrey quien resolvía; en la inteligencia de que, en todo caso, las tierras otorgadas a vecinos españoles quedaban sujetas a uso común para pastos y aprovechamiento de frutos silvestres, una vez levantada la cosecha; pero las tierras concedidas a los indios no tenían esa carga, pues los ganados de los españoles no podían pastar en ellas.

Estas facultades de que gozaban en un principio los Ayuntamientos, fueron restringidas en virtud de disposiciones dadas por Felipe II el 20 de noviembre de 1578, en virtud de las cuales se ordenó a los virreyes y presidentes de las Audiencias que revisaran los títulos de propiedad

de las tierras, y más tarde, el 10 de enero de 1589, se ordenó a dichos funcionarios que revocaran las mercedes otorgadas por los cabildos, a menos que hubieren sido confirmadas por el rey o fueren dadas en favor de los indios. Estas medidas acusan claramente la tendencia que desde el siglo XVI existía de restringir o mermar las atribuciones municipales, que la tradición medieval había confirmado a favor de los consejos.

Otras atribuciones de gran importancia para los Ayuntamientos, era el manejo o administración de su propio patrimonio con fines a su sostenimiento, y la prestación de los servicios a su cargo, sin tener que recurrir para ello a impuestos o gravámenes, salvo en casos excepcionales, acerca de lo cual trataremos después de examinar la materia relativa a los puestos vendibles y renunciables, como eran los de regidor, alguacil y otros dentro del sistema imperante.

Sin duda que en nuestros días, nos parecería poco menos que absurdo el procedimiento de desempeñar cargos o puestos públicos en virtud de compra que de ellos se hubiera hecho al estado, o en virtud de cesión que el titular de un cargo hiciera de él a favor de otra persona; y sin embargo, tal sistema fue corriente, y legalmente admitido y reglamentado en las épocas de que tratamos. En virtud de cédula expedida por la reina doña Juana, con fecha 15 de octubre de 1522, el cargo de regidor debía ser vendible y renunciable, es decir, que se vendía al mejor postor, y que éste podía renunciarlo en otra persona; pero

si moría sin hacerlo, volvía el empleo a la Corona, quien podía venderlo nuevamente.

Deberá tenerse en cuenta que si ciertos oficios se adquirirían por compra, mediante subasta y previo pregón, no se admitía a la postura sino a aquellas personas que llenaran las condiciones de idoneidad y competencia, y se había de otorgar a quienes tuvieran mayores títulos para ellos, aún cuando otros hubieren ofrecido mayor precio. Por lo que hace a las renunciaciones que se hicieran de los puestos, la persona a cuyo favor se renunciaba debía pagar la mitad del valor del puesto para poder entrar en funciones, y las siguientes renunciaciones o transmisiones se hacían mediante el pago de una tercera parte del valor, por parte de aquéllos a cuyo favor se hacía la renunciación.

No se introdujo este sistema en la Nueva España durante los primeros años de la dominación española. Por lo que hace a los regidores, apareció este procedimiento desde el año de 1529, pero para otros oficios tardó en introducirse, hasta que terminantemente se dispuso por el rey Felipe III, el 30 de junio de 1620, que:

“en todas las ciudades y villas y lugares de españoles de todas las Indias y sus islas adyacentes, no se provean los regidores por elección o suerte, ni en otra forma, y que en todas partes donde se pudiere se traigan en pregón y pública almoneda por los oficiales de nuestra real hacienda, por término de treinta días, y vendan

en cada lugar los que estuviere ordenado que haya y pareciere conveniente, rematándolos en su justo valor, conforme a las ordenes dadas al respecto a los demás oficios vendibles; y los sujetos a quienes se remataren, sean de capacidad y lustre que convenga, teniendo en consideración a que, donde fuere posible, se beneficien y los ejerzan descubridores y pobladores o sus descendientes”.⁸⁹

Era requisito para que la renuncia de un puesto a favor de otra persona fuera válida, que la sustituta fuera idónea, y además que el renunciante viviera por lo menos veinte días después de su renuncia. En los casos en que el titular de uno de estos oficios vendibles y renunciables muriera sin haber hecho renuncia de él, volvía el puesto a la Corona, quien volvía a venderlo como si se tratara de la primera vez; lo mismo acontecía cuando el nuevo beneficiario no acudía, dentro de setenta días, a pedir la confirmación a su favor.

Debe tenerse en cuenta que los oficios vendibles y renunciables no eran retribuidos por el estado, sino que la retribución por los servicios que prestaba el titular de uno de estos cargos, la recibía de aquéllos a quienes prestaba los servicios que dentro de sus funciones debía; de esta manera, el empleado o funcionario público se vinculaba directamente con la población a la que prestaba sus

⁸⁹ *Recopilación de Leyes de Indias*. 8, 20, 7.

servicios, y esta relación directa entre servidor y población es sin duda más eficaz para la realización del servicio, que la del sistema en virtud del cual el servicio del servidor del estado percibe una remuneración fija, que no se altera en virtud de mayor o menor grado de eficacia, dando por resultado que el empleado o funcionario público, siguiendo la Ley del menor esfuerzo, cumple con su cargo hasta el grado de no resultar responsable de omisiones, pero de ninguna manera se excede en él. Por el contrario, quien sabe que mientras más servicios preste ha de gozar de mayor remuneración, procurará despachar el mayor número de asuntos y se esforzará por hacerlo eficientemente, ya que, de lo contrario, no habría quién solicitara de él los servicios. En otros términos, la retribución dentro del sistema que nos ocupa está directamente relacionada con el trabajo desempeñado.

Amerita tenerse también en consideración, que los recursos con que el estado cuenta para remunerar a sus empleados y funcionarios proviene de las aportaciones que la población hace cubriendo los impuestos y contribuciones, de manera que el estado es un intermediario, y por cierto muy costoso, entre la población y el empleado público, y que de poderse eliminar ese intermediario la recaudación de los impuestos podría decrecer en cantidad muy apreciable, en beneficio de los causantes y sin perjuicio de los servicios que les presten.

Por otra parte, las compensaciones cubiertas por los interesados a los servicios que se les prestaban, no quedaban al arbitrio de quienes recibían el pago, sino que

éste, en cuanto a su monto, estaba fijado por aranceles a los que debían someterse, bajo pena de serias responsabilidades. Los juicios de residencia, las visitas y otros procedimientos que demostraran el incumplimiento del empleado o funcionario público, ya sea por lo que hace a la eficiencia de su trabajo o al cobro que hiciera de cantidades no establecidas en los aranceles, traía como consecuencia la destitución, en virtud de la cual no solamente se perdía el puesto, sino lo pagado por él; en esta virtud, el cuidado en cumplir debidamente era mayor del que aquél que únicamente perdía el puesto.

Estas consideraciones no deben entenderse como una defensa del sistema de los puestos vendibles y renunciabiles, ni menos aun como argumentos de reimplantación, sino como simple explicación del criterio imperante en épocas pasadas, que no era a este respecto tan contrario a la conveniencia social y a la Justicia, como aparentemente pudiera estimarse. Sin embargo, hay que hacer notar que semejante proceder era debido más a la penuria constante del fisco de entonces, que a otras razones; penuria que no se sabía o no se podía corregir con medidas económicas más eficaces.

Es verdad que la autonomía municipal, como existió en España hasta antes de los primeros años del siglo XVI, y que traían en la mente los primeros españoles venidos de América, sufrió serio menoscabo con la lucha de la Corona contra los comuneros, y no pocas limitaciones a la antigua libertad se hicieron también sentir en el Nuevo Mundo, como fue la participación dominante que

en el gobierno de las ciudades tuvieron los representantes del rey, en las personas de los corregidores o alcaldes mayores. Pero la autonomía económica de los municipios subsistió en gran parte, y el hecho de ser económicamente libres se traducía en libertad política. El sistema económico municipal es, por lo tanto, de especial interés.

Para cubrir sus necesidades y para prestar los servicios a que estaba obligado, todo Ayuntamiento disponía de un patrimonio compuesto de dos clases de bienes: los *propios* y los *comunes*. Los bienes comunes, eran aquéllos que las *Siete Partidas* describían y enumeraban en el siguiente texto de la Ley 9, Título 28, de la Tercera Partida:

“Apartadamente son del común de cada una cibdad o villa las fuentes e plazas do fassen las ferias e los mercados, e los lugares do se ayuntan a consejo, e los arenales que son en las riberas de los ríos, e los otros exidos, e las carreteras o corren los caballos, e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes de estos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada cibdad, o villa o castillo u otro lugar”.

Entre los bienes comunes, unos eran de uso y disfrute de la comunidad, como los enumerados en el texto citado, en tanto que otros eran de uso exclusivo de las autoridades o instituciones, tales como escuelas y hospitales entre estas últimas, o las casas de cabildo para las primeras. El Ayuntamiento debía velar por el más eficaz y equitativo disfrute y uso de los bienes comunes.

Los bienes propios, que se designaban simplemente por *propios*, no eran de uso ni disfrute común, sino que se daban en arrendamiento o se administraban directamente por el Ayuntamiento que destinaba los productos a los gastos públicos, evitando con esto toda carga o gravamen de carácter impositivo a los vecinos, salvo casos excepcionales en que hubiera déficit, debido a razones imprevistas o de fuerza mayor. Los propios eran unos urbanos y otros rústicos; los primeros estaban situados usualmente como lo establecían las *Ordenanzas de Población*, en la Plaza Mayor, y consistían en tiendas que el Ayuntamiento explotaba mediante arrendamientos. Los propios rústicos también estaban previstos en las citadas Ordenanzas, y su explotación se hacía ya por administración directa del Ayuntamiento, ya por medio de arrendamiento, siendo este procedimiento el más usual.

Los arrendamientos debían constituirse mediante subasta, otorgándose al mejor postor, y el remate tenía que hacerse en presencia de los alcaldes y regidores, y si en el lugar residía una Audiencia era necesaria también la presencia de un oidor; la aplicación de los productos de los propios debía de hacerse de acuerdo con el presupuesto previamente formulado, en el que estaban previstos los gastos, pues, de lo contrario, tratándose de gastos extraordinarios, no se podía disponer sobre fondos de los propios en una cantidad mayor de tres maravedís. Anualmente debía rendirse cuenta minuciosa de los propios y sus productos, así como de los egresos, que previa

glosa y aprobación por la Audiencia, eran remitidas al *Consejo de Indias*. La formulación de las cuentas de los ingresos y egresos del municipio era objeto de una minuciosa reglamentación.

Si la recaudación de los propios no alcanzaba a sufragar los gastos, se recurría a los *arbitrios*, que usualmente consistían en *sisas*, *derramas* y *contribuciones*, cuando no eran concesiones que el rey hacía de la parte que a él correspondía por concepto de tributos. Solamente se podía recurrir a los arbitrios mediante autorización real. Podían establecerse derramas para combatir alguna plaga, en cuyo caso todos estaban obligados a contribuir, menos los indios, con excepción del caso en que se estableciera con fines a la construcción de puentes que beneficiaran a los propios indios; pero aun en este caso, los indios no estaban obligados a contribuir con más de la sexta parte de lo que el rey aportara para la realización de la obra.

Los egresos municipales se distribuían dentro de las siguientes cinco clases:

- Dotaciones de costas a los justicias, capitulares y dependientes de los Ayuntamientos, salarios de oficiales públicos, médico, cirujano y maestro de escuela que siempre debían de residir en los pueblos;
- Réditos o censos impuestos sobre fondos

municipales;

- Festividades votivas y limosnas;
- Gastos que no tuvieran partida fija; y,
- Un 4% en pueblos de españoles, y un 2% en los de indios, aplicables como compensación por las labores de los contadores, tesoreros y otros oficiales. Los sobrantes se invertían en la adquisición de fincas o imposición de rentas que se destinaban, cubiertos los gastos, para establecer obras útiles a la comunidad.

Dentro del régimen económico de los municipios, existía una institución que no puede pasarse por alto, nos referimos a los *pósitos*. Éste era un fondo destinado a la compra de trigo, maíz u otras clases de semillas durante la época del año en que eran más abundantes, a efecto de venderlas en las épocas con mayor beneficio para aplicarse al fondo, o, en caso de necesidad pública, disponer de dichas semillas para auxilio de los más necesitados. Este fondo estaba bajo la guarda del Ayuntamiento, a través de junta compuesta por un alcalde como presidente, un regidor, el procurador síndico y un depositario o mayordomo. La guarda del fondo se hacía en arca de tres llaves, y para el almacenamiento de las semillas se disponía de graneros especiales en cada pueblo, a los que se daba el nombre de *paneras*, cuyas puertas también debí-

an tener tres llaves.

Los *pósitos* suministraban semillas a los labradores pobres en el tiempo de la siembra, obligándose éstos a devolver las semillas al lograr las cosechas, y garantizando la devolución mediante fianza lega, llana y abonada. Sólo la tercera parte de los granos disponibles debían aplicarse a ese fin, pues el resto se aplicaba a la subsistencia de labradores pobres. El detalle sobre el funcionamiento de los *pósitos* sería largo de describir, y creemos suficiente estas ideas esenciales sobre dicha institución.

Otra institución digna de mención es la *alhóndiga*, cuya principal finalidad era eliminar a los intermediarios en el comercio de artículos de primera necesidad, a efecto de evitar el encarecimiento de los mismos como siempre sucede. Las alhóndigas fueron objeto de minuciosas reglamentaciones que sería largo describir.

La estructura y funciones del régimen municipal no era exclusivo de las comunidades o pueblos de españoles, pues los indios en sus pueblos también fueron provistos de esa misma organización. Muy importante sería estudiar los municipios de indios, en los cuales, además de las notorias ventajas del sistema, habría que añadir algunos detalles exclusivos de dichos pueblos, con miras a la protección de ellos y el respeto de sus costumbres, en cuanto no se opusieran a los principios cristianos de la civilización aportada por España. Entre algunos aspectos peculiares propios de los pueblos indios, merecería citarse las

cajas de comunidad que, de cierta manera, hacían las veces de los *pósitos* en los pueblos de españoles. Mediante los fondos recaudados y guardados por las *cajas de comunidad*, no fueron pocos los pueblos de indios que llegaron a tener caudales cuantiosos con que ayudarse recíprocamente en casos de necesidades, habiendo acontecido que algún pueblo de indios hubiera estado en situación de prestar dinero al rey de España, tomando la suma necesaria de su *caja de comunidad*.

CAPÍTULO XXX

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA

(Sexta Parte)

La Audiencia

Se ha hecho alusión a las *Audiencias* o *Chancillerías* existentes en España, desde antes del descubrimiento de América. Tales organismos eran tribunales colegiados, que conocían de las causas tanto civiles como penales; y que en tiempo de los reyes Católicos, dos de estos cuerpos se dividían todos los asuntos judiciales dentro del territorio español como tribunales superiores de justicia, a saber, la *Audiencia de Valladolid* en el norte, y la *Chancillería de Ciudad Real*, más tarde trasladada a Granada, en el sur. De España fueron, en lo fundamental, establecidas en el Nuevo Mundo, siendo la primera de ellas la de la isla de Santo Domingo, establecida en el año de 1511. Posteriormente, a medida que se realizaban nuevos descubrimientos y España tomaba posesión de nuevas tierras, se establecieron nuevas Audiencias, entre las cuales, por lo que a nosotros interesa, la de México, y poco después la de Guadalajara. En el resto del continente se crearon otras más, que no son el caso citar.

También se han recordado los acontecimientos esenciales de los primeros años de la dominación española en nuestro territorio: los primeros actos del gobierno de Cortés, los conflictos surgidos con ocasión de su viaje a las *Hibuerras*, el juicio de residencia de que fue objeto el Conquistador y el nombramiento de la primera *Audiencia* de triste memoria, debido a las injusticias y

desmanes cometidos en gran parte por su presidente, Nuño de Guzmán.

Esta primera Audiencia fue creada en virtud de Real Cédula de 13 de diciembre de 1527, expedida en Burgos.⁹⁰ Se citan en esa Cédula a los términos territoriales dentro de los cuales debía tener jurisdicción dicha Audiencia, y enseguida dice:

“Sepades que para la buena governación des-sas dichas tierras é administración de la nuestra justicia en ellas, nos avemos acordado demandar proveer una nuestra audiencia y chancillería real que aya quatro oydores con nuestro presidente que resida en la gran ciudad de Tenxtitlán México...”.

El 20 de abril de 1528, se expiden en Madrid las *Ordenanzas de la Real Audiencia de México*, detallándose sus atribuciones con meticulosidad en todo lo relativo a los asuntos judiciales, pero en algunas cuestiones dando por conocidas las ordenanzas o reglamentos con que se regían las de España.⁹¹

Poco después, se expiden nuevas ordenanzas con fecha 4 de diciembre de 1528, completando a las anteriores, pero ampliando las atribuciones de la Audiencia en materias no exclusivamente judiciales, sino para poder conocer y resolver sobre otra clase de actos de gobierno, muy

90 *Cedulario de Puga*. Págs. 41 a 43. Segunda edición. México. 1878.

91 *Ibidem*. Págs. 85 a 108.

especialmente el velar por el buen tratamiento a los indios. De esta manera resultó ser que las Audiencias del Nuevo Mundo fueron investidas con facultades que las de España no tenían, dándoles un carácter de mayor autoridad que, como veremos, comprendía la función legislativa, de la que no pocas veces usó la de México, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

Los miembros de la primera Audiencia fueron sustituidos por otros que, según expresión de Bernal Díaz del Castillo, *“eran tan buenos jueces, y rectos en hacer justicia... que no entendían sino en hacer lo que Dios y su majestad mandaban...”*. Merecen citarse los nombres de tan buenos funcionarios; estos eran: don Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, como presidente de la Audiencia; los licenciados Vasco de Quiroga, Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón, como oidores, quienes entraron en funciones a principios del año de 1531.

Nuevas instrucciones se habían expedido poco tiempo antes para la segunda Audiencia, fechadas el 12 de julio de 1530.⁹² Al mismo tiempo, es decir, con la misma fecha, fueron reformadas las anteriores ordenanzas, quedando expresamente consignadas las facultades judiciales del citado cuerpo, en los términos siguientes:

“Otrosí ordenamos y mandamos que de las

92 *Ibid.* Tomo I. Págs. 154 a 185.

sentencias que de los dichos nuestros presidentes é oidores dieren en cualquier causa cevil siendo la condenacion dellos de mill é quinientos pesos de oro é dende abaxo no se puede apelar sino suplicar para ante ellos mismos y en grado de suplicación conozcan con ellos dello y la sentencia que fuere dada en grado de revista sea llevada a pura e divida execución pero de las sentencias que los dichos presidentes é oidores dieren que sean de los dichos mill y quinientos pesos de oro arriba puedan las partes que se sintieren agraviadas apelar para ante nos al nuestro Consejo de las Yndias y los dichos presidentes é oydores sean obligados é se le otorgar”.

Sigue diciendo la citada cédula:

“Ytem: ordenamos que de las sentencias que se dieren por los dichos nuestro presidente é oidores en las causas criminales en casos de muerte absolutoria o condenatoria aya lugar a apelación para el dicho nuestro Consejo de las Yndias y ansimismo sea si fuere la sentencia de condenacion o confiscacion de bienes de los dichos mill y quinientos pesos de oro arriba y en todas las otras sentencias de causas cryminales absolutorias ó condenatorias se puede suplicar ante ellos y no apelar y mandamos que en las sentencias de muerte o mutilación de miembro o destierro perpetuo o pena pecuniaria de mill y quinientos

pesos de oro arriba aya de aver y aya tres votos conformes”.

Establece a continuación, que la Audiencia tendrá jurisdicción en segunda instancia o por vía de apelación, de los asuntos de que hubiere conocido en primera alguno de los tribunales o justicias en la ciudad de México, o de otro lugar dentro de la Audiencia. Diversas normas procesales y de competencia siguen a continuación, que sería largo de examinar en detalle.

Pero como ya se ha dicho, la *Audiencia de México*, como las demás del Nuevo Mundo, fueron investidas de poderes más amplios que las *Audiencias* o *Chancillerías* de España, pues además de los asuntos de carácter judicial que pudieran llamarse ordinarios, se les dieron facultades para entablar y conocer de los *juicios de residencia* y de *visita*, y aparte de estas facultades, fueron investidas con otras de carácter legislativo y de gobierno; de manera que siguiendo la síntesis que hace el maestro Esquivel Obregón, puede decirse que las funciones que correspondían a las Audiencias indianas y no a las peninsulares, eran principalmente las siguientes:

- Conocer de las residencias formadas contra funcionarios que no fueran virreyes, gobernadores ni oidores;
- Nombrar jueces pesquisidores en casos graves;
- Conceder ejecutores en caso que las justicias locales fueran remisas en cumplir con

su deber;

- Cuidar de la instrucción y buen tratamiento espiritual y corporal de los indios, no sólo a pedimento de parte, sino de oficio;
- Conocer de causas relativas a *diezmos*, *Real Patronato*, retención de bulas y usurpación de jurisdicción real;
- Hacer los aranceles según los que debían cobrar sus derechos o *espórtulas* los notarios y otros ministros oficiales de los tribunales eclesiásticos, y decretar las visitas de tales funcionarios;
- Recoger cuando murieren los obispos, los bienes o *espolios* que dejaban, conociendo de los pleitos que con motivo de ellos se suscitaren, y pagando a los sirvientes y acreedores del finado;
- Vigilar que en los procedimientos de los comisarios, vicarios generales, visitadores y conservadores de las religiones, no se hagan agravios, “*e interpongan sus partes y autoridad en amparo de los oprimidos y agraviados*”, y conocer de los recursos de fuerza;
- Conocer de las apelaciones que se interpu-

sieren contra actos del virrey, oyendo judicialmente a los interesados y confirmando, revocando o moderando sus autos y decretos; pero si el virrey no se conformare con lo resuelto por la Audiencia, se ejecutaría provisionalmente lo por él mandado, remitiendo los autos al Consejo de Indias para resolución final. Debe tenerse en cuenta que la Audiencia de México fue aumentada en el número de sus oidores, que llegaron a ocho.

Pero volviendo a las atribuciones de la Audiencia, debe hacerse alusión a un procedimiento que con especial cuidado hace notar el maestro Esquivel Obregón, por aparecer en él ciertos aspectos que bien pudieran considerarse como antecedentes del juicio de amparo que había de aparecer y desarrollarse en el México independiente. Dicho procedimiento consistía en recurrir a la Audiencia contra resoluciones del virrey, por suponer que éste se había extralimitado en sus funciones, dando disposiciones de carácter judicial que sólo correspondía a la Audiencia. En virtud de la apelación que una persona interpusiera ante la Audiencia respecto de una resolución dada por el virrey, y de la cual el apelante se consideraba agraviado, la Audiencia mandaba pedir los autos al virrey y éste no podía excusarse, sino que tenía que mandarlos para que aquélla, como tribunal, decidiera si el asunto era de justicia o de gobierno, declarando al virrey incompetente en el primer supuesto.

Sobre el particular, existen entre otros dos textos de mucha importancia, que se encuentran uno en las *Instrucciones que los virreyes de Nueva España dejaron a sus sucesores*,⁹³ y el otro, en las *Instrucciones reservadas que el Conde de Revillagigedo dio a su sucesor en el mando, Marqués de Branciforte*.⁹⁴ El primero de dichos textos dice, en lo conducente, a la letra:

“siendo práctica de la Audiencia que cuando alguna parte recurre en apelación de auto de gobierno, el que provee es: haga su diligencia, y esta es presentar memorial al virrey diciendo que tiene apelado su auto, y que mande pasar el proceso a la audiencia, para que pueda seguir su instancia, porque la dilación que ocasiona esta práctica hace dudar si contiene algún, perjuicio de las partes: os mando que, sin innovar por ahora, sino es manteniendo la práctica, como hasta aquí, averigüéis cuándo y por qué causa se introdujo, y si el proseguir en ella ocasiona perjuicio a los litigantes, y que me informéis en mi Consejo de Indias, con pleno conocimiento y experiendia de este estilo, de lo que se ofreciere a vosotros acerca de sí conviene o no continuarlo...”

El párrafo transcrito, se refiere a instrucciones dadas al virrey Marqués de Amarillas, pero, desgraciadamente,

93 Impreso en México. 1867. Págs. 70 y 71.

94 Impreso en México, 1831. Págs. 84-86.

no se conoce la opinión que éste haya dado según se le pide; pero sí se tiene conocimiento de que no sólo se siguió en uso tal procedimiento, si no que de cierta manera fue confirmado simplificándolo, pues en lugar de acudir al virrey para que enviara el proceso, se dirigían los agraviados al escribano, quién, como simple subordinado, mandaba los autos a la Audiencia sin más trámite, inhibiendo así al virrey del conocimiento de ellos.

Esta práctica ocasionó que el virrey Revillagigedo, en el famoso informe que dejó a su sucesor, hiciera especial alusión de tal procedimiento, no sin lamentarse que con él se mermaran las atribuciones del virrey, y, al efecto, dice:

“los virreyes están, como he dicho ya, prohibidos de conocer y aún de votar en materias de justicia; pero vienen tales casos y circunstancias, que es imposible que dejen de hacerlo, y así lo han estado practicando. Muchas veces unidos íntimamente los puntos de gobierno con los de justicia, o nacen de algunos de aquellos, otros de esta clase, de modo que no es fácil el que corran con separación, y otras veces aún en aquellos puntos de jurisdicción privativa del virrey, o de otros tribunales, con inhibición de la audiencia, haya ésta motivo de tomar conocimiento, porque hay alguna parte que reclame, y esto se tiene por bastante para calificarlo de asunto entre partes.

En los de esta naturaleza debe haber recurso de apelación a la audiencia pero no en los de otra. Antiguamente, cuando los virreyes conservaban mayores restos de su primera autoridad, siempre que algún litigante apelaba a la audiencia, el decreto que ésta proveía era el de haga su diligencia, que quería decir, que acudiese ante el virrey, a pedir el pase de los autos, para que éste calificara de ellos. Posteriormente se innovó aquella práctica, y se empezaron a proveer decretos, mandando desde luego que el escribano fuese a hacer relación.

Se persuadirá V. E., que para una novedad de esta clase, y en que se despojó a la autoridad del virrey, de una facultad tan notable, de que se había hallado en posesión desde su creación misma, procedería alguna clara y terminante declaración de S. M.; pero nada de esto, ofrecióse un caso particular en que el virrey que entonces mandaba, negó el pase de unos autos en que se había interpuesto el recurso de apelación. Dióse cuenta a S. M., y por real cédula de 15 de marzo de 84, se mandó que los casos de igual naturaleza que ocurriesen, no debía impedir el que se pasaran los autos, esperando de la justificación de la Audiencia, que los devolvería si no pertenecían a ella su conocimiento”.

Muy dignos de atención son, de manera indudable, los

párrafos anteriormente transcritos, pues, además de aparecer en ellos algo que evidentemente hace pensar en el juicio de amparo, claramente se desprende, una vez más, la preponderancia de los asuntos judiciales sobre los administrativos, haciendo intervenir al tribunal para corregir los actos de la autoridad administrativa, cuando en virtud de extralimitación de funciones se avocaba en el conocimiento de asuntos entre partes. Además, y en esto también hay similitud con el juicio de amparo, la resolución que la Audiencia dictaba en casos como los que nos ocupan no establecía regla general, sino que se limitaba al punto litigioso.

En cuanto a las funciones de administración de la Audiencia, tal organismo era cuerpo consultivo del virrey, quien estaba obligado a recurrir a la opinión de ella en todos los casos difíciles de gobierno, así como en la provisión de oficios; pero si el virrey no estaba obligado a seguir el parecer del citado cuerpo, las personas que se consideraban postergadas por el virrey podían recurrir a la Audiencia, para que ésta confirmara o revocara el nombramiento. También era consultada la Audiencia en caso de gastos extraordinarios que tuvieran que hacerse, así como para resolver casos dudosos que afectaran a la real hacienda. Para tales casos, los virreyes debían constituir una junta compuesta de oidores, oficiales reales y contadores, a la que se le daba el nombre de *Acuerdo General de Hacienda*, hasta que más tarde se erigió la *Contaduría Mayor de Cuentas*, asesorada por uno de los oidores. En caso de ausencia o muerte del virrey, la

Audiencia gobernaba con las mismas facultades que aquél tenía, entre tanto llegaba el sustituto; y tratándose de la Audiencia de la ciudad de México, en estos casos, la de Guadalajara le quedaba en calidad de subordinada.

En cuanto a la Audiencia como cuerpo legislativo, debe tenerse presente que con asistencia del virrey, lo que se llamaba *Real Acuerdo*, podía dictar normas para el buen gobierno de la tierra. Así lo establecieron, entre otras disposiciones, la Real Cédula de 8 de marzo de 1619, que se incorporó en el Título I, del Libro 2 de la *Recopilación de Indias*. Las normas así dictadas eran los llamados *autos acordados*, en virtud de los cuales, no pocas veces, fueron derogadas las Leyes generales. Pero lo más usual en la función legislativa de la Audiencia, era la aprobación de los reglamentos y ordenanzas municipales, así como los relativos a la Universidad, a los gremios y, en algunos casos, lo relativo a los cabildos eclesiásticos.

Un caso que merece especialmente citarse, fue el acuerdo tomado para establecer el tribunal usualmente llamado de la *Acordada*. Originó la creación de dicho organismo, la inseguridad que en cierta época existió en los caminos y despoblados, lo que daba lugar a constantes y muy graves dificultades en las relaciones entre las diversas partes del reino. Los salteadores de caminos se habían organizado de tal manera que prácticamente no había camino seguro, y no se daban abasto las autoridades para proteger a los viajeros y a las mercancías que iban de un lado a otro.

Ante esta situación, la ciudad de Querétaro organizó una especie de cuerpo de defensa, por iniciativa y bajo la dirección de don José Velázquez de Lorea; y habiendo dado excelentes resultados para la tranquilidad de la región, la Audiencia decidió aprovechar el celo de Velázquez de Lorea, invistiéndole con toda clase de facultades para poder perseguir a los malhechores de todo el reino de la Nueva España, incluyendo la Nueva Galicia y la Nueva Vizcaya. La organización tuvo el carácter de tribunal itinerante, que operaba dentro de un sistema que hoy llamaríamos de suspensión de garantías, de manera que en el lugar donde se encontraban a los salteadores, se les juzgaba y, de ser condenados, se les ejecutaba. El juez iba siempre acompañado de un escribano, un comisario, un sacerdote y un verdugo. En más de una ocasión, fue necesario reunir a grupos de individuos más o menos numerosos para luchar contra las bandas de salteadores, entablándose a menudo batallas en forma, después de las cuales se juzgaba a los prisioneros en el sitio y se les aplicaban las sanciones correspondientes, inclusive la de muerte.

Velázquez de Lorea organizó diversos tribunales, que dependían de su autoridad en diversas poblaciones, escogiendo para ello a las personas más distinguidas y capaces de cada localidad, las cuales se prestaban para rendir tal servicio sin remuneración alguna. Con tales procedimientos, se logró eficaz y prontamente limpiar los caminos de las bandas de salteadores, haciendo pronta justi-

cia y sin costo para el estado. A la muerte de don José Velázquez de Lorea, desempeñó el cargo de juez de *Acordada*, su hijo don Miguel, y a la muerte de éste, les sucedió su hijo don José. Fueron señalados e importantes los servicios prestados por las tres generaciones.

Por *auto acordado* de 17 de junio de 1755, el citado tribunal pasó a residir a la ciudad de México, para que en ella fueran juzgados los salteadores de caminos aprehendidos por los cuadrilleros, a quienes se encomendaba, bajo la dirección del tribunal, la persecución y prisión de los delincuentes. Se estableció en la misma ciudad de México una cárcel especial para dichos delincuentes, llamada también cárcel de la *Acordada*. Al morir el último de los Velázquez de Lorea en el año de 1756, el virrey Revillagigedo ordenó que antes de ejecutarse las sentencias dictadas por el tribunal de la *Acordada*, pasaran a revisión del propio virrey o un abogado que, por la confianza que merecía, se le nombraba para ese puesto. El establecimiento del tribunal de la *Acordada* que subsistió hasta el final del régimen español en la Nueva España realizó eficazísima labor, habiéndose logrado completa tranquilidad en los caminos y operaciones comerciales a través del país, y todo ello con escaso o casi sin costo alguno para el estado, ya que bastaron aproximadamente unas 2,500 personas que a través del país contribuyeron a esta labor de saneamiento, y que ejercían estos servicios gratuitamente.

Otros muchos *autos acordados* dicto la Audiencia con

el virrey, y la compilación de ellos consta en la obra que con el título de *Autos Acordados*, realizaron los señores Montemayor y Beleña. Tales eran, en esencia, las diversas funciones de la Audiencia de México, que en la Nueva España no fue la única, ya que también existió la de la Nueva Galicia, establecida originariamente en Compostela y más tarde en Guadalajara. La de México tenía prelación sobre aquélla, especialmente en los casos de vacante por muerte del virrey, pues era entonces la Audiencia de México la que ejercía las funciones de gobierno hasta el nombramiento del sustituto, de acuerdo con las instrucciones recibidas en los llamados *pliegos de mortaja*, instrucciones privadas que eran dadas a conocer cuando un virrey moría.

CAPÍTULO XXXI

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA

(Séptima Parte)

El virrey

Laborioso y largo sería examinar la extensión del territorio que constituyó el virreinato de la Nueva España, aún cuando no sin cierta importancia, si se toman las diversas partes integrantes de él como antecedentes de nuestra actual división política; pero para los fines de encontrar el pensamiento jurídico, que es lo que nos interesa, basta con estudiar la personalidad que dentro del estado tenía el virrey, así como apreciar sus funciones dentro de su evolución histórica.

Ante el aumento cada día mayor de los asuntos de gobierno en la Nueva España, y las nuevas complicaciones que con ello se presentaban, pronto pudo apreciarse que la labor de un cuerpo colegiado, como era la Audiencia, para hacerse cargo de todos ellos no era suficiente, y se apreció la necesidad de establecer un órgano que con más celeridad se hiciera cargo de multitud de asuntos que no cayeran bajo las demoras propias de un tribunal; si para la administración de Justicia parecía adecuado un cuerpo deliberante, para los asuntos de gobierno o de simple administración, se vio la necesidad de que un sólo individuo fuera el encargado de su despacho y ejecución con la celeridad que tales asuntos requerían; esto dio lugar a que con fecha 17 de abril de 1535, firmara Carlos V tres provisiones, en virtud de las cuales se nombraba a don Antonio de Mendoza virrey de la

Nueva España en una, presidente de la Audiencia en la segunda, y lo facultaba en la tercera para nombrar persona que desempeñara las funciones que Cortés como Capitán General debía desempeñar, en atención a que el conquistador no podía hacerse cargo de tales funciones si la Audiencia o su presidente lo facultaban para ello. Esta tercera provisión, se tomó como un nombramiento de Capitán General en la persona del propio virrey Mendoza.

Cada una de las citadas provisiones, contenía detalladas instrucciones para cada función que en ellas se otorgaban a don Antonio de Mendoza, quien en calidad de virrey quedó investido con los mismos poderes que el rey mismo tenía. En el documento en que Carlos V creó los virreinos de Perú y Nueva España expresa:

“Establecemos y mandamos que los reinos del Perú y Nueva España sean regidos y gobernados por los virreyes que representen nuestra real persona, y tengan el gobierno superior, hagan y administren justicia igualmente a todos nuestro súbditos y vasallos, y entiendan en todo lo que conviene al sosiego, quietud, ennoblecimiento y pacificación de aquellas provincias”.

Estas atribuciones de los primeros virreyes fueron restringiéndose paulatinamente, aún cuando siempre representaban a la persona del rey y con tal representación eran la primera figura del reino, cuyo gobierno tenían a su cargo.

Si este poder que en un principio gozaron los virreyes pudiera parecer excesivo, obedecía, sin duda, a las necesidades del momento, ya que se requería una potestad capaz de unificar a los diversos elementos que constituían el nuevo estado; pero, por otra parte, el cuidado que se tuvo, salvo pocas excepciones, en designar personas cuyas capacidades y rectitud fueran en todos sentidos garantía de juicio, de buen tino, limitaba el inmoderado uso de tan amplias atribuciones; así se demostró con muchos de los virreyes, especialmente de la primera época, como el mismo Mendoza, los dos Velascos y otros más. Pero a pesar de la confianza que merecidamente tuvo Carlos V en el primer virrey, nombró a don Francisco Tello de Sandoval para que vigilara la conducta del virrey.

Se ha dicho que las omnímodas atribuciones de gobierno de los primeros virreyes se restringieron paulatinamente, y esto en épocas tardías del virreinato se acentuó, especialmente por medio de la creación de los intendentes, en virtud de las ordenanzas que con ese objeto se expidieron con fecha 4 de diciembre de 1786.

Conviene advertir cómo la función de gobierno traía aparejada en aquellos tiempos un riguroso ceremonial, que si pudiera considerarse como algo ficticio y hasta indebido a la luz de nuestras costumbres actuales, para los hombres del renacimiento y épocas posteriores se consideraba como algo inherente a la misma autoridad, y seguramente que cuando la persona la ejercía era acree-

dora de respeto y consideraciones, el ceremonial producía efectos psicológicos saludables, siempre que no apareciera como cosa forzada. Sería interesante, desde el punto de vista puramente histórico de los hechos, relatar cómo hacían el viaje los virreyes que venían de España a la sede de su gobierno, cómo eran recibidos por las demás autoridades, cómo se les entregaba el mando en San Cristóbal Ecatepec, cómo asistían a las funciones civiles y religiosas, cómo salían al dejar el gobierno, etc., pero tal exposición saldría de los elementos esenciales de nuestros temas.

Antes de tratar acerca de las funciones administrativas en los diversos aspectos del gobierno que correspondían a los virreyes, debe recordarse que la primera misión que se les encomendaba a todos y a cada uno de ellos desde los primeros a los últimos, era la cristianización y el buen tratamiento de los indios. Ahora bien, ¿cómo se cumplió con estas persistentes recomendaciones? Materia es ésta, sin duda alguna, de las más delicadas, y respecto de la cual historiadores y juristas no parecen estar de acuerdo, especialmente por lo que atañe al trato de los indios, pues mientras unos pretenden que éstos a través del régimen español ocuparon siempre el papel de explotados, para otros, fundándose especialmente en el contenido de las Leyes y constantes recomendaciones a los gobernantes, los indios fueron objeto de buen trato en general, y la situación de abatimiento que hasta nuestros días guardan no es debida a la política que con ellos se observó, sino por el carácter de los

mismos indios que, debido a su indolencia, falta de ambición, rebeldía al trabajo y falta de espíritu ahorrativo, han sido víctimas de sí mismos.

Resolver este problema es, sin duda, cosa ardua, y hasta la fecha está pendiente tal resolución, pero, apuntando simples nociones, deberá tenerse en cuenta que tanto los preceptos legales relativos a los indios, como la conducta asumida, por regla general, por parte de las autoridades virreinales, fueron siempre de protección y de tutela, no así por parte de aquéllos que al emprender el viaje a las Indias traían, como primordial propósito, la satisfacción de la codicia con pocos o ningún principio de conciencia moral; éstos que así procedían, se encontraban, por una parte, contra la Ley y los actos de gobierno, pero por otra, encontraban todas las facilidades que la sumisión del indio, con todas sus características, les ofrecía, como medio eficaz para satisfacer su codicia mediante la explotación de aquél. La violación de la Ley de unos, y la pasividad de los otros, fue, sin duda, causa de muchos abusos y malos tratos, no imputables a las Leyes, y raras veces a las autoridades.

Es idea de Von Ihering (*La lucha por el Derecho*), citada por el maestro Esquivel Obregón, que entre las máximas: “no cometas una injusticia” y “no sufras ninguna injusticia”, es más importante la segunda, pues “no hay duda que la certidumbre de encontrar una resistencia firme y resuelta, dice Ihering, será medio mejor para que no se cometa una injusticia”, y añade el citado maestro:

“El indio, con su obediencia pasiva e incondicional, con su sufrimiento sin protesta, a pesar de su fuerza numérica, ha faltado a la primera de las máximas indispensables para que reine un orden de Derecho, para que exista una resistencia firme y resuelta, y sin la cual los abusos del poderoso no tienen límites, porque no hay en la naturaleza una fuerza que se limite a sí mismo”.

Estas breves consideraciones, sólo apuntan al grave y difícil problema que está por resolver.

Abordando temas más concretos de las funciones administrativas del virrey, éstas eran en todos los aspectos de la administración pública: beneficencia, obras públicas, salubridad, instrucción pública, previsión social, materias hacendarias, minería, moneda, comercio, etc., acerca de las cuales, en sus aspectos más importantes, brevemente trataremos.

Beneficencia

En este ramo de la administración, dos aspectos de la intervención de las autoridades deben considerarse: uno, el de fundadora de gran número de establecimientos especialmente destinados a los indios, generalmente en los pueblos, aún cuando no con grandes recursos ni importancia por el tamaño de cada uno de ellos; y otro, la actitud protectora y siempre coadyuvante en las funcio-

nes de particulares, las que generalmente fueron bien dotadas y organizadas dentro de los elementos con que entonces se contaba. La actitud asumida por el gobierno del virreinato, durante tres siglos, fue el de infundir plena confianza a los fundadores y administradores, de manera que dejándolos en plena libertad se les daban todas las facilidades y, en ciertos casos, ayuda para la realización de sus benéficas disposiciones. De esta manera, se establecieron hospitales, casa de cuna, hospicios, y otros establecimientos de esa índole en cantidad y calidad, teniendo en cuenta los tiempos que no han sido superados en épocas posteriores. Sea una muestra de esto, la enumeración de los más importantes en la ciudad de México.

Hernán Cortés, el primero en dar ejemplo en esta benéfica labor, fundó el *Hospital de San Lázaro* para leprosos, en terrenos de la Tlaxpana, y habiendo sido destruido por Nuño de Guzmán, fue fundado otro bajo la misma advocación en el año de 1572, a expensas y con fondos colectados por el doctor Pedro López, habiendo subsistido en el barrio al que el mismo hospital dio el nombre, hasta después de la Independencia. Más importante fue otra fundación de Cortés, nos referimos al *Hospital de la Concepción y Jesús Nazareno*, más conocido bajo esta última denominación, que provisto de suficiente dotación para su sostenimiento, ha prestado incalculables servicios hasta nuestros días, en que aún subsiste.

Fundado por orden del rey, el *Hospital Real de Naturales* fue también uno de los primeros y, como su nombre lo indica, se destinó para la curación de los indios, para lo cual fue ampliamente dotado, gracias a lo cual duró hasta después de la independencia. El *Hospital de San Hipólito* para dementes, fue fundado por don Bernardino Álvarez, y dio lugar a que se fundara una congregación religiosa mexicana con el nombre de San Hipólito, que desempeñó benemérita labor durante siglos.

El *Hospital de San Andrés*, fue fundado por el obispo don Alonso Núñez de Haro y Peralta, en 1779. El patronato de esta institución lo ejerció el mismo fundador, y a su muerte fue sucesivamente desempeñado por los arzobispos de México, con la circunstancia que no tenían que dar cuenta ni al virrey ni al *Consejo de Indias*, como era usual, lo que no impidió que se le ayudara por medio de arbitrios, que en 1790 se calculaba haber producido un fondo de cerca de un millón de pesos y medio. Para sacerdotes dementes se fundó en 1526, por Francisco de Olmos y Juan del Castillo, el *Hospital de la Santísima* o de *San Cosme y San Damián*.

Fundado por los hermanos de la orden de *San Juan de Dios* el año de 1604, con el nombre mismo de la orden, su hospital prestó sus servicios hasta la supresión de las órdenes hospitalarias en el año de 1820, y poco después, secularizado el establecimiento y enajenados sus fondos, desapareció, como otros muchos que los mismos hermanos juaninos habían establecido en diversos lugares del

país.

Para mujeres dementes, y fundado por un caritativo carpintero llamado José Sáyago, existió el hospital, que por razón del nombre de la calle en donde estuvo, fue más conocido por *Hospital de la Canoa*. El arzobispo don Francisco Aguilar y Seijas ayudó muy eficazmente al fundador y, a su muerte, se hizo cargo de este establecimiento la congregación del *Divino Salvador*. El *Hospital de Terceros*, fue otra fundación de aquéllos que desde su fundación duró hasta después de la Independencia. Su nombre se debe a la *Tercera Orden Franciscana*, que fue su fundadora.

La *Casa de Cuna*, fundada por el arzobispo Lorenzana, y el *Hospicio de Pobres*, debido a la liberalidad de don Fernando Ortiz de Cortés, fueron otras dos beneméritas instituciones, la primera de las cuales gozó del privilegio de que todos los niños expósitos de la casa hubieran sido declarados legítimos para todos los efectos legales, y habilitados para toda clase de empleos y honores.

Otro establecimiento del carácter y finalidades de los enumerados podrían citarse en diversos lugares del país, así como diversas obras caritativas o de beneficencia, que demuestran la libertad y seguridad de que todas ellas gozaban, y la preocupación por parte de las autoridades de hacerlas subsistir como se logró en casi todos los casos.

Obras Públicas

Varias podrían citarse, tales como el alumbrado de las ciudades y pueblos, la salubridad general y otras, pero sin duda que, por lo que a éstas se refiere, los adelantos modernos nos harían pensar que la labor realizada por el gobierno virreinal fue deficientísima, pero si en verdad en muchos casos pudo hacerse más de lo que se hizo, debe tenerse en cuenta no sólo los escasos recursos con que se contaba, sino las costumbres generales imperantes en el mundo de aquellas épocas. Sin embargo, hubo algunas obras públicas en las cuales la dedicación y los esfuerzos que se pusieron, sin contar con enormes gastos que en ellas se erogaron, son dignas de especial mención, tal es, por ejemplo, la obra del desagüe del Valle de México.

La situación topográfica de la ciudad de México, rodeada de agua, ocasionó constantes inundaciones con trágicos resultados en muchas de ellas, lo que ocasionó que el gobierno virreinal, desde sus primeros años, emprendiera trabajos de desagüe, que hasta nuestros días no han sido plenamente satisfactorios. Sin embargo, no pocas de las obras realizadas, y muy especialmente las que por iniciativa del segundo de los virreyes Velasco, Marqués de Salinas, se emprendieron en el año de 1607 para conducir las aguas fuera del Valle, construyéndose el canal de Huehuetoca al efecto, notable obra de ingeniería, si se tiene en cuenta no sólo lo que por sí mismo significa, sino los elementos con que entonces se contaba para realizarla. Dicha obra se tuvo por concluida bajo el gobernante Marqués de Mancera, con un costo que excedió de cuatro

millones de pesos. Nuevas obras se llevaron a cabo para la mayor eficiencia del desagüe del Valle, y para hacerse de recursos, en más de una ocasión, fue necesario recurrir al establecimiento de *sisas* o contribuciones, entre otras, la que fijó un medio real de plata por cada cuartillo de vino que se vendiera en la ciudad.

Íntimamente ligadas con el desagüe del Valle de México, varias obras fue necesario emprender para la salubridad de la población, tales como drenajes, pavimentos, etc., aún cuando en este sentido la ciudad de México no alcanzó grandes beneficios, lo que puede aplicarse también al servicio de alumbrado.

Instrucción Pública

Fue especial preocupación de los reyes de España y de sus representantes en el Nuevo Mundo, la educación de la niñez. Carlos V, en 8 de diciembre de 1535, ordenó que:

“Para que los hijos de caciques que han de gobernar a los indios, sean desde niños instruidos en nuestra santa fe católica... y por lo que importa que sean ayudados y favorecidos, mandamos a nuestros virreyes, que los tengan por muy encomendados (se refiere a los colegios) y procuren su conservación y aumento, y en las ciudades principales del Perú y Nueva España, se funden otros, donde sean llevados los hijos de caciques de pequeña edad y encargados a perso-

*nas diligentes y religiosas que los enseñen y doctrinen en cristiandad, buenas costumbres, policía y lengua castellana, y se les consigne renta competente a su crianza y educación”.*⁹⁵

En cumplimiento de tales disposiciones, fue fundado el *Colegio de la Santa Cruz de Santiago Tlaltelolco*, famoso en los primeros tiempos del gobierno virreinal. La mayor parte de los virreyes manifestaron su preocupación por el mantenimiento de la educación pública, siendo de citarse las instrucciones que los virreyes don Martín Enríquez, Bucareli y el Conde de Revillagigedo dejaron a sus sucesores, en los puntos que aluden a la instrucción pública.

Conviene advertir que algunos historiadores, entre ellos el norteamericano Mc Caleb, hacen notar lo exiguo de los presupuestos estatales en materia educativa, sin duda alguna porque los que tales observaciones hacen, ignoran que al fundarse un establecimiento docente en la Nueva España se le dotaba con el capital necesario para su sostenimiento. Por otra parte, es bien sabida la labor de la Iglesia a este respecto, ya que en cada parroquia había también un centro educativo, cuando no las comunidades religiosas eran las que se encargaban de establecerlos y mantenerlos.

En materia de educación, sería bastante para acreditar a un régimen con el establecimiento y éxitos alcanzados por la *Real y Pontificia Universidad de México*, sin contar con colegios famosos como lo fueron el *Colegio de Santos*, el *de San Pedro y San Pablo*, el *de San Idelfonso*, en la

⁹⁵ *Recopilación de Leyes de Indias*. 1, 23, 11.

ciudad de México; la *Universidad de Guadalajara*, el *Colegio de San Nicolás* en Morelia, y otros más que desarrollaron sus actividades docentes a través de casi todo el régimen virreinal.

La previsión social y la alimentación del pueblo, fueron también funciones del virrey, en que muchos de ellos pusieron especial dedicación y empeño, y cuyos resultados sería largo enumerar. La materia hacendaria, la reglamentación del trabajo, los asuntos relativos a la minería, la intervención de las autoridades en el comercio, tendrán que ser materia de tema aparte, dentro de las funciones que correspondían al virrey.

CAPÍTULO XXXII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA

(Octava Parte)

El virrey (Segunda Parte)

Real Hacienda

Eran obligaciones de los virreyes que la Ley les imponía, vigilar y fomentar la buena administración de la real hacienda, y esta función les fue confirmada en virtud del título que por Cédula de 1 de julio de 1752, se les dio como superintendentes generales de la real hacienda, aún cuando al expedirse las *Ordenanzas de Intendentes*, el título y cargo pasó a cada una de las intendencias en que fue dividido el reino; pero debido a la ineficacia de este nuevo sistema, volvió al virrey el cargo.

El estudio relativo a materia hacendaria, aún cuando sólo fuera hecho en forma superficial, ameritaría larga y especial dedicación para poder darse cuenta de él y explicarse los motivos de las diversas instituciones, de los múltiples impuestos, de su distribución, de la aplicación de los egresos, para poder deducir, al fin de todo ese examen, las causas de precarios e ineficaces resultados a pesar de precauciones, recomendaciones, normas y múltiples medidas que se tomaban. Un notable estudio fue realizado debido a la iniciativa y celo del virrey segundo Conde de Revillagigedo, que llevaron a cabo don Fabián Fonseca y don Carlos Urrutia, estudio que quedó inédito durante muchos años, hasta que fue publicado en 1845

por don Vicente García Torres, bajo el título que sus autores le habían dado de *Historia General de la Real Hacienda*; obra extraordinaria que consta en seis volúmenes, fuente inapreciable para conocer el tema de que trata. Baste en nuestro caso, apuntar breves nociones de algunos aspectos de tan complicada y difícil materia.

Con el fin de simplificar nuestra exposición, tomaremos como punto de partida la disposición del artículo 110 de la *Ordenanza de Intendentes*, en virtud de la cual quedaban divididos en tres grupos los ingresos de la tesorería: 1.- Los que componían la masa común, destinados a cubrir las cargas del gobierno; 2.- Los que perteneciendo al rey, estaban destinados a un fin particular; y, 3.- Los que por su origen y objeto eran ajenos, pero que con el fin de darles especial protección entraban a la tesorería.

Los del primer grupo, o sea los ingresos de la masa común, eran los siguientes: derechos de ensayo; derechos de oro; derechos de plata; de vajilla; de amonedación; alumbre; cobre; estaño y plomo; tributos; censos; oficios vendibles y renunciables; oficio de *chancillería*; papel sellado; media anata; servicio de lanzas; derecho de licencias; ventas, composiciones y confirmaciones de tierras; pulperías; donativos; comisos; grana; añil y vainilla; vino, aguardiente y vinagre; nieve; cordobanes; juegos de gallos; pólvora; lotería; alcabalas; pulques; armada y averías; almojarifazgo y otros derechos de mar; sal y salinas; aprovechamientos; alcances de cuentas; bienes mostren-

cos; anclaje y estanco de lastre. Los productos de los estancos de tabaco, de naipes y azogue corrían por separado, por estar destinados a los gastos del erario en España.

Los de la segunda clase o grupo, destinados a fines especiales, eran los cinco siguientes: bulas de la *Santa Cruzada*; diezmos eclesiásticos; vacantes mayores y menores; medias anatas y mesadas eclesiásticas. El tercer grupo de ingresos, o sea aquéllos que considerados como ajenos entraban en la tesorería real para su mayor protección, eran los siguientes: temporalidades; fondo piadoso de las *Californias*; espolios; comunidades de indios (dos por ciento de comunidades y cuatro por ciento de propios); hospital real de indios; noveno y medio de hospital; medio real de hospital; medio real de ministros; gastos de justicia; gastos de estrados; fábrica de palacio; muralla; desagüe del Valle de México; peaje; señoraje de minería; extinción de bebidas prohibidas para *Acordada*; impuesto de pulque para crimen y *Acordada*; impuesto de pulque para empedrados; impuesto de cacao para milicias; impuesto de mezcales, parras y ganados; impuesto provincial de tabaco; inválidos; vestuario de inválidos; montepío militar; montepío de ministros; montepío de oficinas; montepío de pilotos; fondo de marina; depósitos; banco nacional; pensiones de catedrales; asignaciones; consejo real y supremo; Excmo. señor Superintendente general y remisible de particulares.

Basta con citar las listas anteriores, para poderse dar

cuenta de la extraordinaria complicación de las recaudaciones, la administración de ellas y la aplicación a sus respectivos fines de las comprendidas en los grupos segundo y tercero; fácil es comprender, por la larga enumeración hecha, que no era posible una eficaz administración fiscal que tenía que atender a tan enorme diversidad de gravámenes, con destinos especiales muchos de ellos, y que requerían un personal admirablemente organizado y disciplinado en todos sentidos, bajo la dirección de expertos en técnica y prácticas económicas, todo lo cual estaba muy lejos de existir, y más aún si se tiene en cuenta la mentalidad de la época y, muy especialmente, el tradicional mal estado del fisco español.

Para poder darse cuenta del sistema fiscal imperante en la época y medio que nos ocupa, sería necesario describir uno por uno los diversos ramos de las enumeraciones citadas. Nos concretaremos a algunos de ellos, entre los más salientes.

- *Ensaye*: Se cubría por los metales que se presentaban ante las cajas de fundición, para examinar sus leyes y quilates.
- *Derechos del Oro*: En un principio, era el diez por ciento del oro extraído, habiendo quedado reducido, después de varias modificaciones, a tres por ciento, con el título de “quinto”.
- *Derechos de Plata*: Usualmente llamado

“*Real Derecho de quinto*”, causado sobre la plata extraída, quedó reducida a uno por ciento.

- *Derecho de Vajilla*: Se cubría al quintarse la plata y oro labrados en vajillas o joyas, e importaba un uno por ciento del valor de la pieza quintada, más un diezmo sobre aquél.
- *Derecho de Amonedación*: Pagado por los particulares que entregaban sus metales para ser convertidos en moneda, por concepto del trabajo realizado y como precio del metal pobre, necesario para la consistencia de la moneda.
- *Alumbre, Cobre, Estaño y Plomo*: Eran productos estancados que se daban en arrendamiento a quienes los extraían o explotaban.
- *Tributos*: Cantidades con que contribuían los indios, mulatos y negros, en beneficio de la corona, especialmente después de las supresiones de las encomiendas.
- *Derechos de Censo*: Cánones sobre bienes grabados a favor de la real hacienda.
- *Oficios Vendibles y Renunciables*: Ya se ha explicado en lo que tales oficios consistían.

- *Papel Sellado*: Establecido por cédula de 28 de diciembre de 1638, para usarse en escrituras, instrumentos públicos y actuaciones, con fines de proporcionar autenticidad y bajo pena de nulidad de lo actuado en papel no sellado. Había papel de cuatro sellos o valores; el primero, de veinticuatro reales el pliego, para despachos de gracia y mercedes hechos por ministros de justicia, guerra y hacienda; pero si tales despachos iban en más de un pliego, los siguientes se extendían en papel de sello tercero. El sello segundo valía seis reales, y se empleaba en el primer pliego de escrituras públicas, testamentos y contratos; los demás pliegos iban en papel de sello tercero. El sello tercero iba en medio pliego y valía un real, y se usaba en actuaciones judiciales y administrativas. El sello cuarto, sin valor, se usaba para actuaciones de pobres y de indios, y por lo tanto, no teniendo éstos que pagar nada, podían actuar sin papel sellado.
- *Media Anata*: Compensación por gracia, merced o empleo concedido, e importaba, como su nombre lo indica, la mitad de los emolumentos que en un año se asignaban al titular de la gracia, merced o empleo.
- *Derecho de Licencia*: Causado sobre fierros

de herrar ganado; por derechos de abasto, a razón de diez pesos por cada cien animales sacrificados de ganado mayor y cinco por igual cantidad de cabezas de ganado menor; por el establecimiento de obrajes, batanes, trapiches, curtidurías, mesones, molinos, presas y baños.

- *Derechos de Venta, Composiciones y Confirmaciones de Tierras y Aguas*: Fundado en el alto dominio del rey sobre las tierras, dicen Fonseca y Urrutia en la obra citada, que no reconocen dueño particular, y estaba formado para legitimar una posesión abusiva, por la que pagaban sus detentadores.
- *Derechos de Pulperías*: Importaba de treinta a cuarenta pesos anuales, que cubrían los dueños de pulperías o tiendas de comestibles, ropa y objetos de uso común.
- *Derechos de Comisos*: Pena impuesta a quienes ejercía contrabando.
- *Depósito de Nieve*: Arrendamiento de la nieve estancada en favor del rey.
- *Lotería*: Data de autorización real de 20 de diciembre de 1769, es establecida en México al año siguiente, con fondo de un millón de pesos, de los cuales, ochocientos sesenta mil debían distribuirse en premios

y el resto, o sea, el catorce por ciento, se aplicaba al erario. Los sorteos eran cuatro en el año.

- *Dos Novenos Reales*: Participación que la corona se reservaba en los diezmos eclesiásticos que el Papa había concedido a los reyes de España, como ayuda en los gastos de la labor de cristianización de las Indias. Los citados novenos o participación del rey, se deducían mediante una laboriosa y complicada distribución de los diezmos, en los términos establecidos por la Ley 23, del Título 16, Libro 1 de la *Recopilación de Leyes de Indias*, resultando en realidad, a favor del rey, no dos novenos, sino un noveno de los diezmos de cada iglesia catedral, siempre que con el resto alcanzara para cubrir los gastos de la iglesia y cabildo capitular, pues, de lo contrario, el total de los diezmos entraría en las cajas reales, y de las mismas se tomaría la cantidad necesaria para los gastos de la iglesia y cabildo; de manera que, en estos casos, no sólo no percibía nada el rey, sino que a sus expensas se sostenía la iglesia y su capítulo.
- *Alcabalas*: Uno de los ramos de mayor rendimiento, se cubría sobre las ventas de toda clase de bienes. Al introducirse este impuesto en la Nueva España, en el año de 1571, era de dos por ciento sobre la opera-

ción, pero más tarde quedó sujeto a tarifa especial.

- *Pulques*: Alcabala especial sobre esta bebida.
- *Armas y Avería*: Impuesto establecido para sufragar los gastos de las escoltas que acompañaban a los navíos que hacían los viajes de Europa a América, para defenderlos de los piratas.
- *Almojarifazgo*: Derechos aduanales pagados en los puertos, o en los puntos de entrada en las fronteras al ser introducidas las mercancías.
- *Salinas y Ventas de Sales*: El producto obtenido por el estado por la explotación que hacía él mismo de las salinas, o por medio de arrendamientos que daba de ellas, ya que todas las salinas eran de su propiedad.
- *Aprovechamientos*: Eran beneficios no especificados especialmente, por sobreprecio alcanzado por los bienes del erario.
- *Estanco de Lastre*: Utilidad obtenida de la piedra que se vendía en los puertos para lastrar a las embarcaciones, cuando iban poco cargadas.

- *Mostrencos*: Producto de las ventas de bienes muebles y semovientes, cuando dentro de un año no había quién los reclamara.
- *Donativos*: Ofrendas hechas al monarca, generalmente en casos de necesidades públicas.

Tales eran, con pocas omisiones, los ingresos llamados de la *masa común* o de la primera clase. El total de estos ingresos variaba naturalmente, de año en año, pero tomando como ejemplo el quinquenio de 1785 a 1789, arrojaron un líquido, deducidos los gastos de administración, de \$8'855,102 por año y se invirtieron, según aplicación usual, en los siguientes conceptos:

- *Situados*: que eran cantidades remitidas a otros estados del Nuevo Mundo, especialmente a las Antillas, para ayuda de sus gastos; a la Habana se remitían diversas partidas, una para la *Armada de Barlovento*, otra para el pie de ejército y otra para sus fortificaciones. A Puerto Rico, para gastos de justicia, hacienda y guerra; y con los mismos fines se enviaba otra suma a Santo Domingo. Por concepto de dotación, se enviaban diversas partidas a la isla de Trinidad, a la Florida, a la Luisiana, a las islas Marianas, a las Filipinas y algunas partidas más, haciendo un total el concepto

de situados, durante el período que se ha tomado como ejemplo, de \$3'011,664, quedando para los gastos de la Nueva España la cantidad de \$5'843,438, que se distribuían en sueldos y gastos de justicia, tropa regular y suelta, presidios, misiones, sueldos varios, arsenal de San Blas, pensionistas, sueldos de hacienda y algunos conceptos más; no siendo raro que quedara un sobrante que se aplicaba al pago de deudas anteriores si no estaban saldadas, o a gastos extraordinarios.

Los ingresos de la segunda clase se consideraban como propiedad del rey, y eran mandados íntegramente a España. Éstos, que han sido ya mencionados, no ameritan explicación especial dentro de este resumen; baste decir que durante el quinquenio que hemos considerado como ejemplo, estos ingresos ascendieron a \$53'739,390, de los que había que deducir los gastos de recaudación en ese mismo período de \$6'979,310, o sea un poco menos del 13%.

Omitimos hacer detallada relación de los fondos que entraban al tesoro real con fines a su más eficaz protección, y que constituye la tercera clase, y sólo citaremos de ellos los dos siguientes:

- *Temporalidades*: Éstas fueron el producto de las ventas de los bienes que pertenecie-

ron a los jesuitas, expulsados de los dominios españoles por decreto de 27 de febrero de 1767. Acerca de estos bienes, dispuso el *Consejo de Indias*:

“que los capitales que produzcan las ventas de las expresadas temporalidades ocupadas a los regulares de la Compañía, no se envíen a estos reinos, sino es que de todos se ha de hacer imposición a censo con el rédito regular en esa provincia”.

Los bienes que habían pertenecido a la Compañía de Jesús fueron cuantiosos, tanto en la capital como en otras ciudades, y en el campo en donde tenía fincas rústicas de importancia por sus extensiones y valores.

- *Fondo Piadoso de las Californias*: Provenían de cuantioso donativo hecho por don José de la Puente y Peña, Marqués de la Villa-Puente, para el establecimiento y fomento de las misiones que debían civilizar a las tribus salvajes de los territorios de ambas Californias, y cuya administración estaba a cargo de los jesuitas hasta su expulsión. Estos fondos se conservaron intactos hasta después de la Independencia, y cuando aconteció la triste anexión de la Alta California a los Estados Unidos, fueron materia dichos fondos de famoso pleito inter-

nacional fallado en contra de México, fallo que aún no se cumple. Mucho se ha escrito acerca de este interesantísimo asunto, siendo un claro y acucioso resumen de él, la pequeña obra del Lic. Alejandro Villaseñor y Villaseñor, con el título de “*Reclamaciones a México por los fondos de California*”,⁹⁶ a la que remitimos a quién desee tener ideas más amplias acerca de este asunto.

Todos estos asuntos hacendarios brevemente expuestos, estaban bajo el cuidado del virrey, especialmente desde que tuvo el carácter y la función de superintendente de la real hacienda.

El fomento de las industrias, era otra de las atribuciones encomendadas a los virreyes, y entre todas fue sin duda la minería la más importante, acerca de la cual daremos algunas nociones por lo que hace a su aspecto jurídico.

Minería

Desde un principio, una de las preocupaciones del gobierno fue la reglamentación y distribución del trabajo en las minas que, en general, para los indios resultó ser extraordinariamente pesado, y fue el principal motivo, aunque no el único, para introducir negros al país. Otra de las obligaciones de los virreyes era la distribución del mercurio, que desde el descubrimiento del procedimiento

96 México. Tipografía de *El Tiempo*. 1902.

de amalgamación por Bartolomé de Medina, en el año de 1557, fue elemento importantísimo para el desarrollo de esa industria.

La legislación minera sufrió diversos cambios aún en materia fundamental, como era la de reconocer o restringir, y aún negar, el derecho del superficiario a los minerales del subsuelo. Desde antes del incremento alcanzado por la minería en los países de América, la legislación española se había ocupado en establecer derechos y reglamentarlos.

Las *Siete Partidas* establecen:

*“E mineras si y las oviere, e maguer en el privilegio del donadio non digese que retenía el rey estas cosas sobredichas para sí; non debe por esto entender aquel a quien lo da, que gana Derecho en ellas, fueras ende si el rey ge las otorgare todas en el privilegio del donadio; e aun entonces non las puede haber, ni debe usar de ellas, sino solamente en la vida de aquel rey que se las otorgó, o del otro que se las quisiere confirmar”.*⁹⁷

El *Ordenamiento de Alcalá*, en sus Leyes 47 y 48, disponía:

“Todas las mineras de oro, o de plata, e de plomo, e de otra guisa qualquiera que minera

⁹⁷ *Partidas*. 2^a, 5, 15.

sea en el Señorío del rey, ninguno sea osado de labrar en ella sin mandado del rey”. Y añade: “Todas las aguas e pozos salados que son para hacer sal, e todas las rentas de ellas, rindan al rey, salvo las que dio el rey por privilegio, o las ganó alguno por tiempo en la manera que debía”.

Muchas y variadas fueron las disposiciones legales expedidas en materia de minería, que por su índole especial, en muchos casos, no podían ajustarse a la legislación común, y conviene hacer mención del criterio que usualmente se siguió por los reyes cuando había que legislar sobre materias que requerían conocimientos especiales, no sólo en materia jurídica, sino en ciertas actividades específicas, que debían ser materia de alguna disposición legislativa; en tales casos, no se expedían las Leyes sin previa consulta de aquéllos a quienes directamente iban a afectar, procurando de esta manera que las normas que se expidieran no resultaran simples disposiciones teóricas inadaptables, cuando no perjudiciales, sino lo más prácticas y eficaces.

A este respecto, el rey Felipe III ordenó en el año de 1602, que en materia de minería:

“Los virreyes de las Indias comuniquen con personas inteligentes y experimentadas las Leyes de estos nuestros reinos de Castilla, que disponen en materia de minas, y si hallaren que son todos aquellos reinos, como no sean contrarias a los que

especialmente se hubiere proveído para cada provincia, y dispongan y determinen lo necesario, y en esta forma y como más convenga nos envíen relación muy particular sobre cuáles Leyes de minas se dejan de cumplir en cada provincia, y por qué causa, y las razones que hubiera para que se guarden las que tuvieren por necesarias”.⁹⁸

Entre las diversas disposiciones que sobre esta materia se expidieron, son de especial importancia las que usualmente se conocieron como *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*, que con las adaptaciones propias y convenientes a cada región, de acuerdo con las instrucciones de Felipe III, anteriormente citadas, subsistieron hasta fines de la dominación española, y fueron aquéllas que merecieron los comentarios del jurista más famoso sobre la materia, don Francisco Xavier Gamboa, en los que señala especialmente las modificaciones y derogaciones que el uso y las necesidades en la Nueva España les habían hecho sufrir. Seguramente que esos comentarios, aún en nuestros días, son valiosísimos para quienes se dediquen a esta rama de nuestro Derecho.

Siempre con el criterio de que los asuntos de carácter especial fueran ilustrados, en su aspecto jurídico, por quienes conocían la materia, y juzgados y sentenciados por peritos en ella, el 13 de enero de 1777 se estableció el *Real Tribunal de Minería*, asignándole para su sostenimiento y para otros fines relativos a la industria minera la contribución de ocho gramos por marco de plata, que

⁹⁸ *Recopilación de Leyes de Indias*. 2, 1, 3.

introdujeron los particulares en la *Casa de Moneda*, cuyo producto, que en promedio fue de \$160 mil anuales, se aplicó para los gastos del citado tribunal, para el establecimiento y sostenimiento de un *Colegio de Minas* y para habilitación de las mismas minas. Dicho tribunal estuvo integrado por las justicias territoriales, asistidos por los diputados electos por los mismos mineros, asegurando así el conocimiento no sólo de las Leyes, sino el de los hechos, a los cuales esas Leyes se aplicaban.

Por iniciativa del virrey y con aprobación del *Consejo de las Indias*, se procedió a modificar las ordenanzas del gremio de mineros, habiendo dado instrucciones el Consejo que al procederse al estudio de las nuevas ordenanzas, se procediera “*con audiencia instructiva de los mineros y nombramiento de peritos...*”, y por real orden, se previno además al virrey que “*procurara arreglar y establecer un cuerpo formal y unido, a imitación de los consulados de comercio, para que de este modo lograren sus individuos la permanencia, fomento y apoyo de que carecían*”. Se añadió a este cuerpo, a solicitud de los mismos mineros, aprobada por el rey, un banco de avío para el fomento de la minería. El redactor de las nuevas *Ordenanzas de Minería*, lo fue el sabio jurisconsulto, matemático y astrónomo don Joaquín Velázquez de León.

Sería interesante examinar el resultado alcanzado con todas estas nuevas medidas e instituciones, si con ello no se alargara indebidamente nuestra breve exposición. Conviene hacer alusión al hecho de que los mineros, como siempre sucede a quienes logran pronto y fácil enriqueci-

miento, son también fáciles para gastar y empobrecerse, y esta característica la tuvieron, a diferencia de los comerciantes quienes en su Consulado siempre dieron muestra de su buen tino y orden.

Otros aspectos de la administración virreinal ameritarían también especial dedicación, tales como la materia relativa a moneda, la que se refiere al fomento de agricultura y ganadería, las milicias y origen del ejército permanente, asuntos de marina (especialmente la *Armada de Barlovento*), administración de las llamadas *Provincias Internas* en el norte del país y el comercio. Preferimos, por razón de tiempo, apuntar algunos datos relativos a estas materias al tratarlas en el período de México independiente, haciendo alusión a los antecedentes en el período virreinal.

CAPÍTULO XXXIII

LA CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA ESPAÑA (Novena Parte)

La Iglesia y el Estado

Si para algunos pudiera parecer que es salirse de los temas jurídicos tratar de las relaciones de la Iglesia y del estado, dado el criterio de extremado laicismo que hoy impera, no existía nadie durante el período de la dominación española y aún en los primeros decenios del México independiente, que sostuviera una separación absoluta entre ambas potestades. Las personas, no sólo individual sino socialmente consideradas, cuando se encuentran vinculadas a los demás hombres y sus instituciones, y tienen por finalidad la convivencia entre ellos y la realización de sus fines, constituyen, por esencia, el Derecho. No pueden negarse las relaciones jurídicas que tanto en España como en la Nueva España fueron tan estrechas y arraigadas, que formaron parte integrante de la constitución del estado; por lo tanto, no hacer alusión a la Iglesia dentro de los temas histórico-jurídicos que nos ocupan, sería, por una parte, omitir una serie de hechos históricos fundamentales, y por otra, se prescindiría de importantísimos datos y fundamentos elementales, sin los cuales no tendríamos explicación de multitud de normas e instituciones jurídicas. La influencia de la Iglesia

en la formación del Derecho es indiscutible, y muy particularmente en la Nueva España. En esta virtud, señalaremos algunos aspectos de esta materia.

Como confirmación de lo anteriormente asentado, baste recordar cómo los reyes de España basaron toda su actuación en el Nuevo Mundo en la concesión que el jefe de la Iglesia les otorgó en la famosa Bula *Inter Coetera*, y cómo los demás soberanos y estados de Europa aceptaron y reconocieron a este respecto a la potestad eclesiástica, de acuerdo con inveterada tradición. Debe tenerse presente, además, que la empresa realizada por España en América se hallaba condicionada a la cristianización de los naturales, ajustándose así no sólo a las normas de la Iglesia sino a la arraigada convicción de todos los españoles, desde los monarcas hasta el menor de sus vasallos, y cómo para cumplir con esta primordial obligación, las Leyes que se expidieron y las recomendaciones e instrucciones que constantemente hacían y enviaban, eran las de preocuparse, en primer lugar, y por encima de toda otra consideración o conveniencia, de la cristianización. También debe tenerse presente que la labor de Cortés, en primer lugar, y la de todas las autoridades virreinales después, tuvieron siempre presentes tales instrucciones que, por otra parte, se amoldaban a sus convicciones. No debe olvidarse que en multitud de casos la elaboración de las Leyes no se hacía por juristas teorizantes, sino por teólogos, a quienes los reyes consultaban y a cuyas opiniones se sometían. Sería interminable citar los múltiples textos que en forma de mandatos o en el de reco-

mendaciones existían, tanto emanados de las autoridades más altas, como de las subordinadas, que pudieran confirmar lo dicho.

Además de tales textos, una gran cantidad de hechos históricos podrían citarse al respecto: la labor de los misioneros, la instrucción de los naturales, las instituciones de beneficencia y las normas que las regían, las normas relativas al matrimonio, la patria potestad, las sucesiones (especialmente en lo que se refiere al legado *pro ánima*) y tantas otras que, emanadas de la legislación canónica, el estado hacía suyas.

En materia de delitos, es no menos importante la influencia religiosa en todas las legislaciones europeas anteriores al siglo XIX, ya que los actos contrarios a la unidad religiosa mantenida en cada estado se reputaban como delictuosos, y esto, no en virtud de Leyes eclesiásticas, sino de las normas comunes, y no requerían la existencia de tribunales especiales porque los tribunales ordinarios eran los encargados de aplicar las sanciones correspondientes, que solían ser en extremo rigurosas. España no era la excepción a la regla general, pero se estableció y arraigó en ella un tribunal especial que, contra la opinión corriente, fue menos rigorista que los tribunales ordinarios que en esta materia aplicaban el Derecho en todas las naciones de Europa.

España, eminentemente católica, a diferencia de otros estados que se habían apartado de la doctrina ortodoxa,

como Inglaterra, gran parte de Alemania y, aún en ciertos aspectos y momentos de su Historia, Francia, mantuvo una estrecha relación con la Iglesia Católica, hasta hacer que pareciera incompatible la hispanidad con toda secta o credo no Católico, de allí que no solamente las normas de la Sede Apostólica entraran a formar parte integrante de la legislación española, sino que las orientaciones dadas por la suprema jerarquía eclesiástica eran aceptadas como resoluciones definitivas.

Caso concreto digno de mencionar a este respecto, entre otros, fue la resolución dada por el Papa Paulo III, en las Bulas *Veritas Ipsa* y *Sublimis Deus*, en que declaró la racionalidad de los indios, que algunos habían puesto en duda. La segunda de las citadas Bulas, que lleva fecha de 2 de junio de 1537, entre otros conceptos plenamente aceptados por España y los españoles, y nunca más puestos en tela de juicio, dispone que:

...“Aquellos indios, como verdaderos hombres que son, no solamente son capaces de la fe cristiana, sino que (como nos es conocido) se acercan a ella con muchísimo deseo; y queriendo proveer los convenientes remedios a estas cosas, con la autoridad apostólica, por las presentes letras determinamos y declaramos, sin que contradigan cosas precedentes ni las demás cosas, que los indios de todas las otras naciones que en el futuro vendrán al conocimiento de los cristianos, aún cuando estén fuera de la fe, no están sin

embargo privados ni hábiles para ser privados de su libertad ni del dominio de sus cosas; más aún, pueden libre y lícitamente estar en posesión y gozar de tal dominio y libertad y no se les debe reducir a esclavitud, y lo que de otro modo haya acontecido hacerse, sea írrito, nulo y de ninguna fuerza ni momento, y que los dichos indios y otras naciones sean invitados a la dicha fe de Cristo, por medio de la predicación de la palabra de Dios y del ejemplo de la buena vida”.⁹⁹

Estas declaraciones fueron, como otras muchas emanadas de la autoridad pontificia, incorporadas a la legislación española. Además de estas evidentes muestras de las íntimas relaciones entre Iglesia y estado, existieron otras que la condescendencia constante de la Iglesia convirtió en costumbre, en la que los monarcas de Europa, durante la Edad Media y tiempos modernos, creyeron fundar derechos que en algunos casos llegaron a crear serios conflictos entre ambas potestades, debido a las tenaces exigencias de los poderes temporales a las que la Iglesia se oponía; tal es el caso del *Real Patronato*, que a continuación examinaremos.

Desde la época remota, prácticamente a partir de la paz constantiniana, cuando cesó el período de persecuciones, en virtud del *edicto de Milán* expedido por Constantino, se inició la tendencia por parte del poder

⁹⁹ Cuevas, P. Mariano. S. J. *Historia de la Iglesia en México*. Tomo I. Pág. 237.

temporal de inmiscuirse en asuntos religiosos, a veces sobrepasando los límites que por razón de fines propios correspondían a cada potestad. Se inició desde entonces el problema del que se ha hecho alusión, relativo a las funciones correspondientes al estado y a la Iglesia. Transformada Europa a la caída del Imperio Romano, y habiendo surgido las nuevas nacionalidades formadas por los grupos bárbaros invasores, se llegó a constituir el que había de conocerse como *Sacro Imperio Romano*.

Las relaciones entre Iglesia e Imperio fueron estrechas, y entre otras manifestaciones de ello y por motivos históricos que sería largo explorar, los emperadores llegaron a avocarse la facultad de hacer la designación de los altos funcionarios de la Iglesia dentro del Imperio, que el uso y tolerancia de la Iglesia convirtió en abuso con el nombre de *Derecho de Investidura*. Ante las protestas de la Iglesia por una parte, y la tenaz insistencia de los emperadores, surgió el *Conflicto de las Investiduras*, y que fue al fin resuelto a favor de la Iglesia, en virtud del concordato de *Worms* en el año de 1122.

Sin embargo de esto la Iglesia, como lo había hecho a partir del siglo V, otorgaba a los fieles, como una concepción graciosa para animarlos a construir templos y establecer beneficios, la facultad de designar a los miembros del clero que habían de ocuparse del culto de tales templos, y estas facultades fueron encomendadas a los reyes y príncipes cristianos, lo que se tenía como un honor muy estimable. Las Leyes canónicas en muchos casos hacen

alusión a tales prerrogativas (*Decreto de Graciano, Decretales, Clementinas, Concilio de Trento, Concilio XII de Toledo*, etc.). Esta facultad de señalar al ministro de culto por quien había construido o por quien mantenía una Iglesia, es lo que constituye el patronato; y como los reyes gozaban de él, especialmente en virtud de las construcciones de las catedrales que a sus expensas se hacían, se les facultaba para designar al obispo de ellas, lo que constituía el *Real Patronato*.

Las *Siete Partidas*, dicen a este respecto:

“E Patronagdo es Derecho o poder que ganan en la Iglesia, por bienes que fazen los que son patronos della, a este Derecho gana ome por tres cosas. La una por el suelo que da a la Iglesia en que la fazen. La segunda porque la fazen. La tercera por heredamiento que le da, que dejen dote, onde vivan los clérigos que la sirven o de que puedan cumplir las otras cosas, según dice el título que fabla de como deben fazer las eglesias”. “Otrosí pertenecen al patrón tres cosas de su Derecho, por razón del patronagdo. La una es honra. La otra es pro, que debe aver ende. La tercera cuidado e trabajo que debe aver. E quando la Iglesia vacare debe presentar clérigo para ella”.¹⁰⁰

En los términos anteriormente transcritos de las *Siete Partidas*, se encierran los elementos esenciales del

100 *Partidas*. 1, 1, 15.

Patronato, pero, como veremos, los supuestos derechos o prerrogativas de los reyes fueron ampliados en gran manera, hasta convertirse en una serie de intromisiones por parte de la potestad civil en terreno propio de la Iglesia, pretendiendo fundar tal modo de proceder con argumentos y doctrinas cada vez más exigentes, lo que constituyó el *regalismo*, que especialmente bajo la dinastía de los Borbones fue llevado en muchos casos a extremos notoriamente improcedentes, que la tradicional tolerancia de la Iglesia no podía admitir.

Con motivo del descubrimiento de América, y de las obligaciones impuestas por la Santa Sede a los reyes de España, éstos tuvieron que hacer frente a la labor de cristianización estableciendo por ello iglesias, escuelas, parroquias y las mismas catedrales, todo ello a costa de gastos a veces muy crecidos y siempre constantes; para ayudar a sufragarlos, el Papa Alejandro VI, por Bula *Eximie Devotionis* de 1 de noviembre de 1501, concedió a los reyes de España el disfrute de los diezmos que entonces se cobraban, o que en lo sucesivo se cobrasen, confirmando con esto la obligación de los reyes de establecer, en sus nuevos dominios, las iglesias y obispados cuya conservación, así como el culto divino, debían correr a su costa. Ya vimos como poco después se hizo la distribución de los diezmos, reservándose el rey los dos novenos de la mitad de los recaudados por este concepto, o expensando la corona íntegramente los gastos necesarios cuando con la parte asignada a los obispos y al clero no alcanzaba. Con el cobro de los diezmos se acrecentaban las prerrogativas de los reyes, que gozaban en virtud del patronato.

En 28 de julio de 1508, a petición de don Fernando *el Católico*, el Papa Julio II expidió la Bula *Universalis Ecclesiae Regimini*, concediendo expresamente a los reyes de Castilla-León el patronato de las Indias, desde entonces llamado *Real Patronato Indiano*, y en virtud del cual se facultó a dichos soberanos a presentar personas idóneas para los beneficios eclesiásticos, así como dándose autoridad para que sólo pudieran construirse en sus dominios iglesias y monasterios, previa su real autorización, ampliando el término usual de cuatro meses para la presentación de los beneficiados a un año, teniendo en cuenta la distancia. Así, el tradicional patronato fue definitiva y oficialmente confirmado y acrecentado, en relación con las tierras del Nuevo Mundo y sus habitantes.

Se expidieron diversas normas para determinar las participaciones que, en calidad de aportación para las construcciones eclesiásticas, corresponderían a los españoles, especialmente a los encomenderos, a los indios y al mismo monarca, asignando las partidas correspondientes a los tributos, correspondiendo en todo caso a la corona la dotación a las iglesias de vasos y ornamentos sagrados, de los que buena muestra ha quedado hasta nuestros días, a pesar de numerosos y cuantiosos saqueos, especialmente en catedrales. La *Recopilación de Leyes de Indias* dedica el Título 6, del Libro I, a esta materia, sin perjuicio de varias otras disposiciones diseminadas en dicho cuerpo legal.

En virtud de estas disposiciones, la presentación al Papa de obispos, abades, dignidades y prebendas correspondía exclusivamente al rey; y para poder tener al

corriente al rey de quiénes eran las personas más idóneas y capaces, los prelados tenían la obligación de mandar en cada flota, la relación de las prebendas y beneficios que vacaren en sus respectivas iglesias, así como una lista de los sacerdotes que se creyeran más dignos para ocupar las vacantes. En cuanto a los beneficios parroquiales o curas, el prelado debía mandar edictos a nombre del rey, señalando plazo prudente para que se presentaran a oposición los que creyeran llenar los requisitos necesarios, y previo examen, el prelado escogía a tres clérigos, considerados como los más dignos, que eran presentados al virrey, quien en su carácter de vice-patrono, y a nombre del rey, designaba a uno de ellos. Los designados debían rendir juramento de respetar y acatar los derechos de patronato a favor del rey, antes de entrar a tomar posesión de sus funciones.

Otra prerrogativa fue introduciéndose, hasta llegar a considerarla como un derecho anexo o formando parte integrante del *Real Patronato*, y fue que las Bulas y breves del Papa, relativos a América, debían ser presentados ante el *Consejo de Indias*, para que se les otorgara el pase, siempre que en sus textos no se contravinieran los derechos reales en materia de patronato, pues, de lo contrario, negado el pase o no presentados los documentos pontificios ante el Consejo, las Audiencias y los prelados debían recogerlos y mandarlos a dicho Consejo, para que éste otorgara el pase.

Dentro de la legislación civil se expidieron varias Leyes que fueron aumentando en número, en virtud de las cua-

les la potestad temporal disponía de no pocos asuntos de carácter esencialmente religioso, tales como prohibir que los prelados confirieran el orden sacerdotal a personas que no tuvieran las condiciones de virtud e instrucción necesarias; que no excomulgaran por causas leves; que los obispos castiguen a los curas y doctrineros por faltas que hubieren cometido, y otras muchas disposiciones que evidentemente salían, por su naturaleza, de las funciones del poder real.

Acerca del patronato, y especialmente del *Real Patronato Indiano*, no poco se ha escrito por diversos autores de épocas virreinales y en nuestros días, y en estos escritos sus autores no coinciden en muchos aspectos. Para unos, el patronato era una institución no sólo aceptable, sino notoriamente conveniente, acerca de lo cual los sostenedores de esta tesis aducen argumentos y doctrinas con tendencia francamente regalista; para otros, el patronato no constituye un derecho, sino una simple concesión graciosa de la Iglesia a favor de los reyes, que no puede abarcar más que aquellas atribuciones expresamente conferidas, que la Iglesia puede quitarles en el momento que considere oportuno; y todo aquello que el uso, o mejor dicho, el abuso de los reyes ante la tolerancia de la Iglesia, o facultades obtenidas en virtud de coacción sobre ella, es contrario a los derechos de la potestad religiosa y práctica abusiva por parte de la autoridad temporal. La Iglesia, en nuestros días, ha procurado restringir esos usos, procurando llegar, salvo casos excepcionales, a la supresión de los patronatos de toda índole.

Debe hacerse mención que al consumarse la Independencia, las autoridades mexicanas siguieron gozando de algunas de las franquicias del *Real Patronato*, y mucho se luchó durante los primeros años del México independiente por seguir gozando de ellas, hasta llegar el nuevo sistema de separación de la Iglesia y el estado.

CAPÍTULO XXXIV

EL TRIBUNAL DEL SANTO OFICIO DE LA INQUISICIÓN

Pudiera parecer ocioso o fuera de propósito, ocuparse de la *Inquisición* dentro del estudio de los antecedentes históricos de nuestro Derecho, por considerar que ningún precedente dejó ese tribunal que haya trascendido hasta nuestros días. Por el contrario, todo lo que a él se refiere ha sido rechazado como símbolo de crueldad o expresión de fanatismo irracional y antijurídico. Aún aquéllos que pretendiendo aplicar un criterio imparcial, y hasta con ciertas tendencias en defensa de la *Inquisición*, lo hacen suponiendo que fue un producto de los tiempos en que subsistió, cuando no era extraño que los sentimientos y las creencias interfirieran en el terreno de lo jurídico, pero superado ese modo de vivir, gracias a las conquistas de la libertad y al desarrollo de la ciencia jurídica y de las demás ciencias sociales, sólo le queda a la *Inquisición*, como objeto de estudio, la curiosidad que despierta el pasado, aún cuando los hechos que de él se investiguen, carezcan de fundamento y arraigo.

Por otra parte, el común sentir y la copiosa literatura que sobre el *Santo Oficio* existe, no parece que deje duda alguna acerca del error en que por varias generaciones vivieron nuestros antepasados, al establecer y mantener

durante tantos siglos semejante instituto. Y, sin embargo, esa abundante literatura tiene dos aspectos: uno, que es el que ha cundido y que ha creado el ambiente dentro del cual todos opinan y juzgan de la *Inquisición*; y otro, el de sus fuentes propiamente históricas y no noveladas, que pocos conocen y que difieren en cuanto a los hechos y sus fundamentos de los expuestos por los del grupo de divulgadores. Aparte de aquellas obras de autores ingleses, holandeses y algunos otros que tan eficazmente forjaron la *Leyenda Negra*, los libros acerca de la *Inquisición*, escritos con el propósito de denigrarla y presentarla como algo monstruoso, datan de la que el afrancesado secretario que fue de dicho tribunal escribió a principios del siglo XVIII, y de la que ha fluido casi toda la literatura de ese tema hasta nuestros días. Llorente, el autor a que nos referimos, en su *Historia Crítica de la Inquisición Española*,¹⁰¹ ha sido fuente de inspiración de muchos que, con la misma falta de crítica histórica de su modelo, han repetido lo que aquel asentó; y si alguno ha habido con apariencia de seriedad y de amplísima investigación como Enrique Carlos Lea, en su voluminosa *History of the Inquisition of Spain*, no tiene mejor juicio ni más sereno criterio que aquél.

En cambio, durante todo el período de vida de la *Inquisición* las obras que acerca de ella se publicaron tienen diferente carácter, y posteriormente, no han faltado muchas que con más sólidos fundamentos explican el por

101 Edición francesa de 1817, y primera española de 1822.

qué el establecimiento del *Santo Oficio*, así como su subsistencia a través de tantos años, sin que por eso intenten una restauración, que los tiempos que corren no admitirían. Esta doble corriente tan opuesta, amerita hacer una investigación, aunque sea muy breve, dentro de nuestros temas, ya que se trata de un tribunal que, como tal, tuvo un aspecto eminentemente jurídico, y que, además, es expresión de los principios imperantes en la vida política de España y de la Nueva España.

Trataremos, por lo tanto, de establecer en sus lineamientos generales la razón de ser de la *Inquisición* española y sus antecedentes, su estructura y sus funciones, sus procedimientos, finalidades y su desaparición.

Antecedentes históricos y principios fundamentales

W. T. Walsh, en su obra *Characters of the Inquisition*, comienza por estudiar la personalidad de Moisés, por considerarlo como el primer inquisidor de la Historia, y después de recordar los hechos más salientes de su vida, como nos lo refiere el *Levítico*, los *Números* y el *Éxodo*, cita los versículos 2 a 13 del capítulo XVII y 10 a 13, capítulo XVIII del *Deuteronomio*, por considerar que en ellos se encierran los antecedentes históricos y principios básicos de la *Inquisición* del siglo XIII y posteriores. Dicho texto, que es parte de las instrucciones que Dios dio a Moisés, merecen realmente citarse en el tema que nos ocupa, y dicen así:

“2- Cuando fueren hallados donde estás dentro de una de tus puertas (ciudades) que el Señor Dios tuyo te dará, hombre o mujer que hagan el mal delante del Señor Dios tuyo y traspasen su pasto;

3- Y vayan a servir a dioses ajenos, y los adoren, al sol, y a la luna, y a toda la milicia del cielo (estrellas), lo que yo no he mandado;

4- Y te dieren aviso de esto, y oyéndolo hicieres una diligente pesquisa (el texto de la Vulgata dice: Inquisieris Diligenter), y hallares que es verdad, y que tal abominación se ha hecho en Israel;

5- Sacarás al hombre y mujer, que ejecutaron una cosa perversísima, a las puertas de tu ciudad (los jueces reunidos en las puertas) y serán apedreados;

6-Por el dicho de dos, o tres testigos perecerá el que fuese muerto (el que deba morir). A nadie se le quite la vida , siendo uno sólo el que atestigua contra él;

7- La mano de los testigos será la primera que le mate, y después echará la mano el resto del pueblo para que quites el malo de en medio de ti;

8- Si tuvieres para tí que es difícil y ambiguo el juicio entre sangre y sangre, entre causa y

causa, entre lepra y lepra; y vieres que son varios los pareceres de los jueces dentro de tus puertas; levántate, y sube al lugar que escogiere el señor Dios tuyo (al supremo tribunal de la Nación, el Sanedrín);

9- Y te encaminarás a los sacerdotes del Linaje de Leví, y al que fuere juez en aquel tiempo y los consultarás y te manifestarán como has de juzgar según verdad;

10- Y harás todo lo que dijeren los que presiden en el lugar, que escogiere el Señor, y todo lo que te enseñaren;

11- Según su Ley y seguirás su parecer, sin torcer ni a la diestra, ni a la siniestra;

12- Más que el que se ensoberbeciere, no queriendo obedecer el mandamiento del sacerdote, que en aquel tiempo está sirviendo al Señor Dios tuyo, ni el decreto del Juez, morirá aquel hombre y quitarás el mal de Israel;

13- Y todo el pueblo oyéndolo temerá para que nunca en adelante se ponga hinchado de soberbia .”

Deuteronomio. Cap. XVII.

10- Y que no se halle entre vosotros quien purifique a su hijo, o a su hija, pasándolos por el

fuego; o quien pregunte a adivinos y observe sueños y agüeros, ni que sea hechicero;

11- Ni encantador, ni quien consulte a los pythones, o adivinos, o busque de los muertos la verdad;

12- Porque todas estas cosas son abominables al señor, y por semejantes maldades acabará con ellos a tu entrada;

13- Serás perfecto, y sin mancilla con el Señor Dios Tuyo.”

Deuteronomio. Cap. XVIII.

Si nos fuera dado comentar con detenimiento estas instrucciones, sin duda que encontraríamos no pocas normas que la *Inquisición* siguió, en muchos casos, al pie de la letra. Y nada de extraño es que ese tribunal, dado el criterio eminentemente religioso de él, tomará como fuente de su organización y de sus funciones las instrucciones dadas por Dios a Moisés. Pero sería remontarse muy lejos en los antecedentes históricos que nos interesa analizar, y más bien, el texto transcrito debe tomarse como fundamento doctrinal.

Pero volviendo a los orígenes de la *Inquisición*, deberá tenerse en cuenta, contra la opinión vulgar, que no fue una institución creada en España, ni exclusivamente

española, ya que en casi toda Europa existieron esos tribunales. Y debe también tenerse muy en cuenta que no fue originada con ese tribunal la persecución y castigo de las herejías, pues casi no existía estado que a través de la Edad Media no encerrara en su legislación penal normas relativas a esta materia.

La *Inquisición* surgió en Europa a fines de la Edad Media, como una medida contra el desarrollo de viejas doctrinas *maniqueas* que hicieron su aparición en esa época, amenazando destruir el orden cristiano imperante en las sociedades, cuyos miembros no concebían poder ser miembro de un estado sin serlo también de la Iglesia. Esa unidad de creencias que era garantía de unidad y armonía social, se vio seriamente amenazada con las nuevas doctrinas disolventes que, desconociendo los principios religiosos del Catolicismo imperante, llegaban a absurdas conclusiones, no sólo en materia doctrinal, sino en las prácticas morales de vida que, en muchos aspectos, los secuaces de las nuevas doctrinas pretendían implantar, y en muchos casos seguían desquiciando a la sociedad.

Diversas fueron las escuelas, seguidas por otras tantas sectas, entre las cuales las más numerosas y perjudiciales fueron la de los *cátaros* en Italia, la de los *albigenses* en Francia, los *valdenses* y *pobrecillos* de León y otras sectas más diseminadas por todo el continente.

Largo sería describir las doctrinas de las diversas sectas, y en muchos casos muy difícil determinar cuáles fue-

ron esas doctrinas, debido a la casi total desaparición de obras escritas sobre el particular. Algunos datos podrían obtenerse de las declaraciones hechas por los procesados, pero sí puede afirmarse que además de los principios doctrinales que como herejías se apartaban de los dogmas católicos imperantes, siguieron los diversos grupos heréticos actitudes hostiles a la organización social y a las autoridades establecidas. En unos casos, desconocían a la familia y al matrimonio; en otros, con un carácter anárquico, se oponían a todo principio de autoridad. Tal actitud que ocasionó luchas cruentas, hizo que tanto la potestad religiosa como la civil se unieran en defensa de intereses comunes, contra los grupos cada vez más numerosos de *cátaros*, *albigenses*, *beguardos*, *bollardos* y otros más que infestaban Europa.

Entre los más numerosos y perjudiciales, los *cátaros* y *albigenses*, localizados en el sur de Francia, fueron los que principalmente ocasionaron que la Iglesia, regida entonces por el Papa Lucio III, tomara medidas coercitivas, encomendando a los obispos que hicieran investigación minuciosa o inquisición entre los grupos heréticos, y a esta medida se unió el emperador Federico *Barbarroja*, coadyuvando así con la Iglesia a efecto de luchar contra quienes atentaban contra la potestad, la familia y los principios cristianos.

Junto con estas medidas, se recomendó especialmente atraer a los disidentes por medio de la convicción, y a esta labor se dedicó en el sur de Francia, con especial

tesón, el español Domingo de Guzmán, fundador de la orden de *Predicadores*, nacida, precisamente, de la situación imperante en el siglo XIII. No habiendo sido eficaz ni la predicación ni la labor de los obispos, fue creado un tribunal especial para hacer inquisición de delitos y delinquentes, bajo el pontificado de Gregorio IX, el año de 1231, habiendo quedado establecido que para determinar y apreciar la actitud contraria a los principios religiosos, la investigación de ellos y de quienes resultaran responsables de los mismos quedaba encomendada a la Iglesia a través de sus delegados, quienes, como peritos, determinarían las responsabilidades, pero encomendando la aplicación de las penas correspondientes al poder temporal.

Teniendo en cuenta los principios imperantes que consideraban al universo como una unidad, en la que sus elementos sabiamente jerarquizados por el Creador debían mantener el orden que esa unidad requería, toda contravención a ella implicaba un delito aún más grave que el de *lesa majestad*; y si para éste la pena aplicable era la muerte, tenía que serlo también para la herejía, como fue universalmente aceptado por todos los soberanos de la Edad Media.

En el año 1232, Gregorio IX nombró a los dominicos en calidad de jueces investigadores en asuntos relativos a herejía; pero en la inteligencia de que no había de castigarse el simple error de entendimiento por falta de instrucción o de equivocación, pues el *Santo Oficio* no perseguía el error interno, sino la exteriorización de él median-

te la divulgación, la propaganda o la fuerza que se hacía para lograr adeptos, es decir, el castigo se aplicaba al error voluntario y pertinaz contra alguna verdad de fe en quien hubiera llegado a recibirla. Atacaba y condenaba la *Inquisición* a aquél que habiendo sido bautizado y recibido la doctrina, intentaba alterarla o profesar otra, impidiendo así la apostasía, cuando con ella se intentaba arrastrar otras almas a su perdición.

Fue la *Inquisición* una consecuencia de la jerarquía estricta entre los seres; lo absoluto sobre lo relativo, Dios sobre el estado, sobre la sociedad y sobre el individuo; doctrina imperante en la época que nos ocupa. Así establecida y concebida la *Inquisición*, fue aceptada por Aragón y Cataluña y más tarde por Navarra y Castilla. En Castilla fue introducida por los reyes Católicos, quienes impidieron eficazmente que el tradicional y firme catolicismo español fuera quebrantado por herejías y principios disolventes. No fue, sin embargo, la *Inquisición*, la primera en castigar la herejía en España; la legislación española consuetudinaria y escrita había emprendido esta labor mucho tiempo antes, y prueba de ello son las normas que a continuación se transcriben.

La Ley 2, Tít.2, Lib. XII del *Fuero Juzgo*, dice:

“E cualquier persona que venga contra esto (las Leyes de Dios y de la Iglesia) nin contra ninguno de estos defendimientos, pues que fuese sabido, siquier de menor guisa, pierda la digni-

dad e la ondra que oviere, E si fuera home lego pierda su ondra toda, e seya despojado de todas sus cosas, e seya echado de la tierra por siempre, si non quisiere repentir, e vivir segund el mandamiento de Dios”.

En la Ley 17, Tít. 2, Lib. XII:

“e por ende establecemos en esta Ley que todo cristiano e mayormente aquellos que son nacidos de cristianos, quier seya varón, quier mujer, que fuerfalado que se circuncide o que tiene las costumbres de los judíos, o que sea falado daqui adelante de lo que Dios non mande, prenda muerte de los cristianos, e de nos, e seya penado de muy crueles penas que entenda quanto es aborrido e descomulgado el mal que fizo”.

Fuero Real, Ley 2, Tít. 1, Lib. IV:

“Firmemente defendemos que ningún home non se faga hereje ni sea osado de recibir, ni defender, ni de encobrir hérege ninguno, de cualquier heregía que sea; mas cualquier hora que lo supiese que luego lo faga saber al Obispo de la tierra o a los que tuvieren sus veces, e a las justicias de los lugares, e todos sean tenidos de prenderlos o de recaudarlos; e que (si) los Obispos e los Prelador de la Iglesia los juzgasen por herejes, que les quemem si no se quisieren tornar a la fe, e facer mandamiento de la Santa Iglesia”.

Ley 1ª; Tít. 1, Lib. 4:

“ningún cristiano no sea osado de tornarse judío, ni moro, ni sea osado facer su fijo moro, o judío; e si alguno lo ficiese, muera por ello, e la muerte de este fecho, a tal sea de fuego”.

Las Siete Partidas, Ley 2, Tít. 26, Part. VII:

“Los hereges pueden ser acusados de cada uno del pueblo delante de los obispos e de los vicarios que tienen sus lugares e ellos débenlos examinar en los artículos de la fe, o en los Sacramentos, e si fallare que yerran en ellos, o en alguna de las otras cosas que la Iglesia romana tiene, e debe creer e guardar, entonces debe pugnar de lo convertir e de los sacar de aquel yerro por buenas razones e mansas palabras, e si se quisiere tornar a la fe, e crearla, después que fuese reconciliado, débelo perdonar. E si por ventura non se quisieren quitar de su porfía, débenlos juzgar e darlos después a los jueces seglares, e ellos débenles dar pena en esta manera: que si fuere el herege predicador, a que dicen consolador, débenlo quemar en fuego de manera que muera.

E sea mesma pena deben haber los descreídos que diximos de suso en la Ley antes de ésta. E si non fuese predicador, mas creyente, que vaya éste con los que ficieren el sacrificio a la sazón que lo fizieren e que oya cotidianamente o quando puede la predicación dellos, mandamos que

muera por ello esa mesma muerte, por que se da a entender que es herege acabado, pues cree e va al sacrificio que hacen. E si non fuere creyente en la creencia dellos, mas lo metiere en obra yéndose al sacrificio dellos, mandamos que sea echado de nuestro Señorío para siempre e metido en la cárcel fasta que se arrepienta o se torne a la fe”.

Inútil parece afirmar que acerca de los antecedentes inmediatos del establecimiento de la *Inquisición* en España, mucho habría que decir: las relaciones entre la Santa Sede y los reyes Católicos, hasta ponerse de acuerdo en la estructura y funciones esenciales del tribunal de la fe; las facultades de los reyes para nombrar a los miembros de él, especialmente en la designación del Inquisidor General; la designación que se hizo para este importante cargo en la persona del dominico fray Tomás de Torquemada; la extraordinaria personalidad y capacidad que tuvo este primer Inquisidor; las instrucciones dadas por él, después de la junta de teólogos y juristas que, por su iniciativa, se reunió en Sevilla el año de 1484; las nuevas instrucciones emanadas de la junta de Valladolid en 1488; las compilaciones que posteriormente, bajo el Inquisidor General don Fernando de Valdéz, se llevaron a cabo en 1561, y otras cuestiones más que dentro de un resumen brevísimo como el que estamos obligados a hacer, sería imposible tratar.

Organización del Santo Oficio

El primer funcionario de la *Inquisición* era el Inquisidor General o Supremo, delegado de la Santa Sede en lo

eclesiástico y de los reyes de España en lo civil, para entender de todos los delitos contra la fe y conexos con ellos. Gozaba de una potestad suprema e inapelable; tenía facultad para nombrar a los jueces subalternos que fungían como delegados suyos. Y conocer de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de dichos jueces. Tenía, además, amplísimas facultades para establecer prohibiciones de libros y papeles que considerara perniciosos o perjudiciales para la moral o contrarios al dogma, ritos y disciplina de la Iglesia. Por concesión civil, tenía jurisdicción sobre las personas que de él dependían. Era el presidente del Consejo Supremo.

El Consejo Supremo constaba, además del Inquisidor General como presidente, de cinco ministros o consejeros, debiendo dos de ellos ser consejeros de Castilla, y uno de los ministros debía ser siempre un dominico, y fue usual que el nombramiento de los consejeros lo hiciera el rey, a propuesta de una terna que el Inquisidor General le presentaba.

Formaban parte del Consejo un fiscal, que debía ser letrado, un abogado, un oficial mayor, dos secretarios, dos relatores que también debían ser letrados, un alguacil mayor, un notario y varios subalternos, debiendo todos estos miembros del Consejo reunir las condiciones requeridas por los reglamentos e instrucciones, respecto a idoneidad, moralidad, conducta intachable y prudencia, y todos ellos eran nombrados por el Inquisidor General.

Los consejeros tenían voz y voto deliberativo, y resolvían acerca de las consultas que se les hicieran. Los autos de prisión no podían llevarse a cabo, si antes no los aprobaba el Consejo, con el que debían también consultarse las sentencias definitivas. Conocía además el Consejo de todos los asuntos graves, y de los casos no previstos en las instrucciones, llegando por este medio a establecer una verdadera jurisprudencia con fuerza obligatoria.

En uso de su autoridad suprema, el Consejo ejercía el derecho de visita sobre los tribunales subalternos, nombrando visitador a uno de sus miembros, el cual debía examinar minuciosamente las causas en trámite, los archivos, los libros, la contabilidad, las cárceles, etc., y con los datos así obtenidos, formar un cuaderno de cargos que debían presentar al Consejo.

Ante la imposibilidad que el Inquisidor General y el Consejo Supremo ejercieran, por sí mismos, la jurisdicción de que estaban investidos en toda la nación y en sus dominios, fue necesario el establecimiento de jueces y tribunales subalternos, con jurisdicción cada uno de ellos en determinado territorio, y fue por medio de estos tribunales, como la *Inquisición* acabó con el desarrollo de las apostasías y se opuso eficazmente a la propaganda protestante, librando a España y sus dominios de esos males.

Los tribunales locales tenían, dentro de sus respectivas jurisdicciones, toda la autoridad del Inquisidor General,

como delegados subalternos de la Santa Sede y del rey. Sus titulares eran nombrados por el Inquisidor, previo examen del Consejo, y debían ser eclesiásticos, de virtud y ciencia probada, con los grados académicos superiores. Cada tribunal, de acuerdo con las instrucciones de Torquemada, adicionadas por el Cardenal Cisneros, debía constar de dos jueces letrados y un teólogo, que no podían actuar el uno sin el otro, ni podían estar ligados entre sí por parentesco. Les estaba prohibido, con todo rigor, recibir donativos o dádivas de cualquier especie que fueren, ausentarse del lugar que tenían asignado y desempeñar otros cargos remunerativos. Conocían de los delitos de herejía, apostasía y superstición, y por expresa concesión del Papa conocían también de los delitos nefandos y de sortilegios no heréticos; además, por delegación real, conocían de delitos ordinarios relacionados o resultantes de las causas incoadas.

Como adjuntos a los tribunales del *Santo Oficio*, existían una serie de personajes y empleados investidos de diversas funciones que sería largo detallar, tales como un fiscal, un juez de bienes, dos consultores teólogos, varios calificadores encargados de examinar documentos, dos notarios del secreto, notarios del secuestro para autorizar los embargos, remates, etc., médicos cirujanos, proveedor que cuidaba de la alimentación de los presos, capellanes, etc.; siendo dignos de especial mención los llamados *Cruce Signatus* o familiares, cuyas principales funciones eran la de visitar a los penitenciados para consolarlos y practicar con ellos la caridad.

De los antecedentes históricos y de la estructura del *Santo Oficio*, como han quedado sucintamente expuestos, puede definirse esa institución como tribunal de fuero privilegiado y con jurisdicción delegada de la Santa Sede y del poder civil, para investigar, perseguir y definir los delitos contra la religión Católica, entregando los culpables contumaces a la autoridad secular, para que por ésta fuesen castigados con arreglo a las Leyes del estado. Veremos ahora cómo realizaba estas funciones.

Procedimientos de la *Inquisición*

Los procedimientos empleados para la investigación de los delitos y aplicación de las penas, fueron reglamentados desde los albores de la *Inquisición*, bajo el pontificado de Lucio III, y más tarde fue ampliada dicha reglamentación que preveía tres métodos, a saber: acusación formal, que debía ser probada; denuncia; y, en tercer lugar, la inquisición o pesquisa que, habiendo sido el método más comúnmente usado, dio su nombre al tribunal mismo.

Tres son los autores a quienes principalmente se debe la formulación de todo el sistema procesal empleado por el *Santo Oficio*: el primero de ellos, fue Bernardo Guidonis, inquisidor de *Languedoc* (*Practica Inquisitionis Heretice Pravitatis*); el segundo, fue el célebre Inquisidor de Aragón, Nicolás Eymeric, en su *Directorium Inquisitorum*; y el tercero, fray Tomás de Torquemada, que redactó las *Instrucciones*, que en realidad llegaron a formar la base de todas las constituciones y disposiciones del Tribunal de la *Inquisición*.

El primer trámite, una vez establecido el tribunal, era expedir el llamado *Edicto de Gracia*. En un día de fiesta era llamado, por pregón, todo el pueblo para que se reuniera en la iglesia mayor del lugar, y algún notable predicador hacía un llamado a la fe, explicando el motivo de la reunión; y terminado el sermón, los presentes debían jurar levantando la mano ante una Cruz y los Evangelios, que favorecerían y ayudarían a la *Santa Inquisición*, y se señalaba un término de gracia, generalmente de 30 o 40 días, para que todas las personas, tanto hombres como mujeres, que se hallasen culpables de cualquier pecado de herejía o apostasía, o de guardar los ritos y ceremonias de los judíos o cualquier otro contrario a la religión Católica, lo manifestaran ante los inquisidores, debiendo asegurarles a los que tales denuncias hicieran que “*todos aquellos que vernan con buena contrición y arrepentimiento a manifestar sus errores y todo lo que saben enteramente, y se les acordare acerca del dicho delito, así de sí mismos, como de otras cualquier personas que hayan caído en el dicho error, serán recibidas caritativamente queriendo abjurar dichos errores; e les sean dadas penitencias saludables a sus ánimas*”. A ninguno que así confesare sus delitos se les aplicaban penas severas, pues sólo en casos excepcionales se les aplicaba alguna penitencia pecuniaria.

Si algunas personas no se presentaban dentro del período que el *Edicto de Gracia* había fijado, pero sí antes de ser puestas en prisión, se les aplicaban penas un poco más severas, y durante todo el proceso, en caso que éste

se hubiera iniciado, se admitía la confesión y arrepentimiento de los reos, pero mientras más tarde la hicieran eran más severas las penas.

Además de los *Edictos de Gracia*, todos los años por Pascua debían leerse los *Edictos de Fe*, en los que se exhortaba al pueblo a denunciar a todos los que hicieran o sostuvieran cosas contrarias a la religión. Como medidas para averiguar la existencia de los delitos, el *Santo Oficio* establecía diversos procedimientos, siendo el principal de ellos la denuncia, que de ninguna manera debía ser anónima; y generalmente, antes de iniciar el proceso, se esperaban a recibir varias denuncias. El falso denunciante era gravemente castigado. Empleaba también la *Inquisición* el espionaje, para descubrir los delitos de herejía. No podía incoarse un juicio por sólo indicios, pues éstos solamente servían de base para inquirir el hecho, debiendo ser la investigación clara, cierta y específica, sin lo cual era nula de pleno derecho. Sobre el particular, la Instrucción 3 de Torquemada, dice:

“Que los Inquisidores tengan tiempo en el prender y no prendan ninguno sin tener suficiente probanza para ello y después de así preso dentro de diez días se le ponga la acusación y en eso, en éste término se le hagan las amonestaciones que en tal caso se requieren y procedan en las causas y procesos con toda diligencia y brevedad sin esperar que sobrevengan más probanzas... y no den lugar a dilaciones, porque de ellos se

siguen inconvenientes, así a las personas como a las haciendas”.

Es falso que, como se ha sostenido comúnmente, los procesos hayan sido secretos en todos sus trámites; lo que sí se guardaba de comunicarse al reo eran los nombres de los acusadores y testigos de cargo, esto con el objeto de evitar posibles venganzas y que, como consecuencia del temor, callasen lo que debían decir.

Para acordar la prisión, se requería grave motivo y prueba completa de la denuncia o del hecho, con unánimes declaraciones de cinco testigos y otros requisitos más que la prudencia aconsejara en cada caso, y desde luego se procedía a la primera audiencia de moniciones, en la que se exhortaba al reo a que confesara sus errores. Una segunda y una tercera audiencia seguían con el mismo fin, en caso de que el reo no hubiera hecho confesión. Respecto de la forma en que los jueces debían proceder en esas audiencias, las *Instrucciones* (repetidamente) recomiendan la mayor circunspección y caridad con el reo, recomendándose que se tenga siempre en cuenta toda circunstancia que pudiera serle favorable, tales como la instrucción que éste hubiere recibido, el estado de vida que acostumbrara seguir, su edad, el lugar donde había vivido, etc.

Practicado el interrogatorio, pasaban los autos al fiscal para que, previo juramento de obrar sin odio ni venganza, formulara pedimento de acusación de hechos justicia-

bles y aplicación de penas precedentes. Esta acusación dábese a conocer al reo, dándole todo el tiempo necesario para que punto por punto la contestara, haciendo constar sus observaciones por medio de acta notarial. A continuación, se mandaba al procesado que nombrara defensor, lo que podía hacer con toda libertad, y en caso de carecer de recursos, era expensado por el mismo *Santo Oficio*. El defensor podía tachar testigos, rebatir los cargos del fiscal, y alegar descargos y razones que estimara pertinentes en defensa del reo, con quien podía comunicarse para todo ello.

Enseguida se pasaba al período de prueba, durante el cual se recibían todas las propuestas y se admitía al acusado a audiencia cuantas veces lo solicitara. Diversas eran las pruebas admitidas por el tribunal, tales como la documental, la testimonial y otras propias del Derecho Procesal común; pero además, existía la llamada *compurgación canónica*, que consistía en el juramento que el acusado hacía de su inocencia ante doce testigos, más tarde reducidos a tres, que debían ser sin tacha y de reconocida y favorable reputación, quienes confirmaban con sus declaraciones el juramento de inocencia del procesado. Esta compurgación producía el sobreseimiento del proceso, sin más trámite. El reo, por su parte, podía presentar cuantos testigos de descargo quisiera o juzgara oportuno, aún cuando para ello fuera necesario citarlos por medio de exhorto ultramarino.

Cuando no había otro medio de poder probar el delito o los delitos de que el reo estaba convicto, se recurría al

tormento; procedimiento usual en toda clase de tribunales de todo el mundo en aquella época. La *Inquisición*, lejos de extenderlo y agravarlo, lo limitó y moderó. El tormento, medio usual de pruebas, no se hallaba reglamentado en las Leyes comunes y fue sólo el Tribunal de la *Inquisición* el que expidió una reglamentación para la aplicación de él, de tal manera que mientras los tribunales comunes lo aplicaban sin limitación muchas veces, en cuanto a su duración y crueldad, en el tribunal que nos ocupa no podía aplicarse sino en circunstancias y condiciones tales, que no causara al reo daño en su salud ni produjera derramamiento de sangre. Debía únicamente causar el dolor más o menos intenso, pero sin que dejara huellas en aquél a quien se aplicaba.

La aplicación del tormento por los tribunales a través de la Historia es, sin duda, una materia muy digna de estudio, pues bien sabido es que en nuestros días las Leyes excluyen esta forma de averiguar la culpabilidad y terminantemente prohíben su aplicación, no es menos cierto que tanto entre nosotros como en otras naciones, contra la prohibición legal no deja de aplicarse en muchos casos semejante procedimiento. Es que, por ventura ¿se considera medio eficaz para lograr una confesión? Desde luego, los inquisidores españoles, y entre ellos Torquemada, no le daban gran fuerza probatoria. El citado inquisidor decía: “*el tormento, por la diversidad de fuerzas corporales y ánimos de los hombres, los Derechos lo reputan por frágil y peligroso...*” (Instrucción 48). De allí que su aplicación se hiciera en un último extremo,

con toda clase de precauciones minuciosamente reglamentadas, de manera que no quedaba al arbitrio de los jueces ni la clase de tortura, ni su duración, ni su rigor, ni las veces que podía aplicarse, que en la *Inquisición* no era más que una, en tanto que en los tribunales ordinarios podía aplicarse hasta tres veces.

La importante y bien hecha síntesis que hace la señora doña Yolanda Mariel de Ibáñez, en su obra *La Inquisición en México durante el siglo XVI*, nos ofrece, mediante la transcripción que a continuación hacemos, los datos esenciales de esta parte de nuestro tema. Comienza por citar, a la letra, las instrucciones 48, 49 y 50 de Torquemada, que dicen:

La instrucción 48: *“Al pronunciarse la sentencia de tormento, se hallen presentes todos los inquisidores y Ordinario y asimismo a la ejecución dél por los casos que pueden suceder en ella, en que puede ser menester el parecer y voto de todos”*.

La instrucción 49: *“Al tiempo que la sentencia de tormento se pronunciare, el reo sea advertido particularmente de las cosas sobre que es puesto a cuestión de tormento, pero después de pronunciada la sentencia, no se le debe particularizar cosa alguna ni nombrársele persona de los que parecieren culpados o indiciados por su proceso, y en especial, porque la experiencia enseña que los reos en aquella agonía dicen cualquier cosa que les apunten, de que se sigue perjuicio de terceros y ocasión para que revoquen sus confesiones y otros inconvenientes”*.

La instrucción 50: *“Deben los Inquisidores mirar mucho que la sentencia del tormento sea justificada y procediendo legítimos indicios... y adviertan que en duda, han de otorgar la apelación. Y asimismo que no procedan a sentencia de tormento ni ejecución de ella hasta después de conclusa la causa y habiéndose recibido las defensas del reo”*.

Y luego añade:

“El tormento de la Inquisición Española, estaba basado en el principio de provocar un dolor muy agudo, pero sin causar heridas ni ningún género de daño que persistiera después.

Únicamente se empleaban tres clases de tormento: el de los cordeles, el de la garrucha y el del agua, en combinación con el llamado burro o potro. Con cualquiera de ellos se causaba un intenso dolor, pero no ponían en peligro la vida, ni ocasionaban la pérdida de ningún miembro; tampoco se derramaba sangre ni dejaban lesión duradera. La garrucha rara vez se llegó a emplear en España; en México, en los procesos del siglo XVI, no hemos encontrado un sólo caso en que se utilizara. Consistía en amarrar a los reos de las manos y suspenderlos, dejándolos caer bruscamente, siendo la sacudida dolorosísima; si se añadía un peso a los pies, era aún más torturante. Fue muy empleado este método en los tribunales civiles.

Los que siempre hemos encontrado que usaban en México, eran los de cordeles y de agua. En los procesos se anotan las sesiones de tormento con todo género de detalles, hasta las exclamaciones de angustia y gritos de dolor del reo.

Generalmente comenzaban dichas sesiones con el tormento del cordel, que consistía en colocar al reo sobre un banco o mesa y se le sujetaba bien, dándose vuelta al cordel en los brazos y piernas, comenzando por los brazos desde la muñeca. Los Inquisidores constantemente instaban al prisionero a que dijese la verdad, si callaba o negaba, se daba la orden para que apretasen el cordel dándole otra vuelta. Así se continuaba dando vueltas, primero en un brazo, después en otro. A veces se llegaba hasta quince o dieciséis vueltas sin lograr la confesión.

Si con esta tortura no confesaba, se pasaba a la del agua, generalmente combinada con el potro. Este consistía en una tabla acanalada, sostenida por cuatro palos, en medio de la cual había un travesaño más prominente. Sobre esta tabla se colocaba de espaldas al acusado, quedando la cabeza y las piernas algo más hundidas, ya en esta posición se le ponían dos garrotillos en cada brazo y en cada pierna y después de amonestarlo para que dijese la verdad, si no lo

hacía, se iban apretando los garrotillos uno por uno, hasta que confesara.

Cuando a pesar de esto seguía callado o negando, se empleaba el tormento del agua. Este no consistía, como han inventado algunos novelistas, en ponerles a los acusados un embudo en la boca e irles echando jarros de agua hasta que estaban a punto de reventar; esto nunca lo hizo la Inquisición, el tormento del agua era muy distinto: estando el prisionero en la posición antes indicada, con la cabeza más baja que el resto del cuerpo, se le colocaba sobre el rostro un lienzo muy fino llamado toca y sobre él se vertía lentamente alguna cantidad de agua. El efecto era en verdad terrible, pues con el agua se adhería la tela a las ventanas de la nariz y a la misma boca, e impedía la respiración. De cuando en cuando se interrumpía, para pedirle al reo que confesara la verdad.

Durante la sesión del tormento, siempre estaba presente un médico, el que vigilaba que no se debilitara demasiado el reo, de modo que peligrase su vida. La sesión duraba generalmente una hora y estaba dispuesto que no se diese más de una vez por un mismo cargo, aunque a veces eludían esta disposición los inquisidores, diciendo que se prolongaría la sesión del tormento, para presentarla como una continuación de la primera, en vez de una diferente.

Por lo expuesto, se ve que aunque duros y crueles los tormentos, están muy lejos de haber llegado a los horripilantes refinamientos de tortura que han presentado numerosos escritores. Nunca se emplearon tormentos por el fuego, borcigués de fierro al rojo, agudos garfios que destrozaban la carne de los acusados, ni ningún otro instrumento que produjese el derramamiento de sangre, ni tampoco los espeluznantes emparedamientos o descoyuntamientos, que han inventado tantos novelistas de desbocada fantasía.

La Inquisición cesó de dar tormento, cuando fue perdiendo el uso del mismo en los tribunales civiles.”

Penas impuestas por la *Inquisición*

También en este punto, la citada autora nos da una síntesis que transcribimos. Dice así:

“Reconciliación: La inmensa mayoría de los individuos juzgados por la Inquisición, eran reconciliados; podía llevarse a efecto esta reconciliación, siempre que el acusado reconociera su culpa antes de dictarse la sentencia, aunque hubiera testigos en su contra o por más claras que parecieran las doctrinas heréticas que había profesado. La reconciliación evitaba la pena de

muerte, por grave que hubiese sido la culpa, porque indicaba un arrepentimiento que el Santo Oficio siempre estaba dispuesto a aceptar, porque lo que buscaba el tribunal, era la conversión del reo; pero no excluía otros castigos muchas veces muy duros.

La pena era más severa mientras más hubiese tardado el reo en reconocer su falta y arrepentirse de ella, por eso los que se presentaban en período de gracia, gozaban de mayor favor y eran reconciliados y castigados en secreto la mayor parte, y condenados casi siempre a penitencias espirituales únicamente. La pena más grave era para el que declaraba después que el fiscal había probado su delito. Eran condenados casi siempre a confiscación de bienes, a prisión, inhabilitación para cargos públicos y otros derechos (usar armas, vestir seda, usar joyas, montar a caballo) y a usar sambenito durante períodos que variaban según la culpa.

El Sambenito o hábito penitencial, era una especie de escapulario grande de paño amarillo con una cruz espada por detrás y otra por delante, era impuesto con el fin de hacer notorio y ejemplar el delito que causaba un mal público.

Abjuración: Ordinariamente se imponía cuando no podía probarse la culpa del reo plenamen-

te, cuando quedaba alguna duda sobre su inocencia. La abjuración de vehementi, era hecha por aquellos sobre quienes recaía una sospecha vehemente de herejía. La abjuración de levi, por los de sospecha leve.

A la abjuración se añadían penas que llegaban a ser bastante graves: azotes, destierros, multas, encierros en monasterios y penitencias espirituales como oír determinadas misas, confesiones y otras. Las abjuraciones, se hacían tanto en autos de fe públicos, como en la sala de audiencias.

Cárcel Perpetua: Esta pena no indicaba que la prisión había de ser por toda la vida, sino que se denominaba así para diferenciarla de la prevención o la secreta, de las cuales ya se habló antes. La pena de cárcel perpetua tenía diferente duración, podía ser de uno o más años, en estas cárceles los prisioneros podían trabajar para ganarse la vida y parece que los casados no eran separados.

Galeras: Era éste uno de los castigos más duros que infligía el Tribunal de la Fe, por serlo tanto, generalmente se aplicaba por pocos años.

Destierro: Frecuentemente se castigó con esta pena, principalmente a aquellos que habían

desarrollado labor de proselitismo. En América se empleó mucho, por el afán de alejar de estas tierras de fe nueva a los que pretendían alterar el orden religioso.

Relajación al Brazo Secular: fue éste el castigo más grave de todos. Se dictaba sólo contra el que se mantenía obstinado en la negativa existiendo pruebas clarísimas de su culpabilidad.

Consistía en la entrega que hacían los inquisidores al juez real ordinario, para que fuera condenado a la pena que las Leyes civiles tenían designada contra la herejía o apostasía. Como a estos delitos correspondía la pena de muerte por el fuego, los relajados al brazo secular a esto eran condenados.

Los que se arrepentían después de dictada la sentencia, recibían la gracia de no ser quemados vivos, sino ahorcados por el garrote, que era el instrumento que empleaban los tribunales civiles de entonces. Los quemados vivos fueron rarísimos, casi todos, aunque fuese por librarse de esa horrible muerte, declaraban estar arrepentidos.

También eran quemados los huesos de los que probados del delito de herejía contumaz habían muerto, y las estatuas de los que habían logrado

fugarse. Esto se hacía para confirmar la reprobación de las culpas que habían cometido.

Autos de fe y autillos

Los *autos de fe*, contra la común opinión, no tenían por objeto reunir a la población del lugar para presenciar las ejecuciones que la *Inquisición* decretara; pues, en primer lugar, ya se ha dicho que la *Inquisición* no ejecutaba en casos de penas severas, que correspondían a la potestad secular; y en segundo lugar, ninguna ejecución tenía lugar en esas asambleas, cuyo objeto era hacer una afirmación de fe y de fidelidad a la fe Católica, aun cuando en muchos casos se leyeron las sentencias dictadas en contra de algunos delincuentes. Dichas ceremonias revestían una extraordinaria solemnidad, a la que asistían tanto las autoridades civiles como las del *Santo Oficio*. Rigurosamente reglamentado se encontraba todo el ceremonial, a diferencia de los llamados *autillos*, que se celebraban sin aparato ninguno en presencia únicamente de los funcionarios del *Santo Oficio*.

Tal es, en sus lineamientos generales, la estructura, funcionamiento y procedimiento que configuran a la *Inquisición* que fue implantada en México, cuando se nombró como primer Inquisidor a don Pedro Moya de Contreras, que con su respectivo nombramiento llegó a la ciudad de México el 12 de septiembre de 1571. Debe hacerse notar, sin embargo, que se emplearon procedimientos inquisitoriales antes de esa fecha; prácticamente

desde la llegada de los españoles, y especialmente bajo el gobierno de la Iglesia por el primer obispo don fray Juan de Zumárraga, pero sin que éste tuviera el carácter de Inquisidor.

CAPÍTULO XXXV

EL DERECHO PRIVADO EN LA NUEVA ESPAÑA (Prmera Parte)

A pesar de la importancia que tiene el Derecho Público y de la dedicación que en nuestros días los juristas prestan a esta rama del Derecho, la juridicidad de las relaciones humanas, sea la estructura de la familia, el trato diario con motivo de la satisfacción de las necesidades individuales, los contratos que entre los hombres se celebran, la recíproca y mutua confianza entre ellos en el espíritu de ahorro y previsión, la sociabilidad más o menos acentuada de los componentes de una nación, la beneficencia para los desvalidos, etc., es donde más se manifiesta; y son esas relaciones las que constituyen el Derecho Privado que, con caracteres más firmes y perennes, forman la estructura jurídica de los pueblos, ya que las relaciones de orden público así como la estructura del estado tienen un aspecto más circunstancial, y por lo tanto mudable y menos fijo y científico que aquél.

Estas observaciones, dan la razón de la importancia del Derecho Privado y del pensamiento que en él domina; pero precisamente debido a su inmutabilidad, al menos en sus elementos esenciales, esta rama del Derecho, dentro de nuestros antecedentes jurídicos, puede ser exami-

nada con menos detalle, ya que las normas que en cierto momento imperan son las mismas que imperaban en épocas anteriores, y, en sustancia, las que actualmente nos rigen. En esta virtud, este aspecto de nuestro estudio se referirá exclusivamente a algunos aspectos del Derecho Privado que manifiesten características esenciales, o que tengan especial importancia como antecedentes de las instituciones de esta índole entre las que hoy nos rigen. No será necesario, por lo tanto, detenernos en todos los aspectos de esta importantísima rama del Derecho, ya que lo que se ha dicho y se conoce del Derecho de Roma y del Español es aplicable al de la Nueva España, como sigue siéndolo al que hoy nos rige. Siguiendo, sin embargo, la tradicional división de Personas, Cosas, Sucesiones y Contratos, examinaremos los aspectos más característicos dentro de cada una de ellas, como se manifestaron en el régimen virreinal en la Nueva España.

Personas

Nada hay que añadir respecto del concepto usual de persona, como ya se ha expuesto, ni tampoco acerca del momento en cómo nace el sujeto de derechos y el momento que acaba. Un aspecto especial acerca de las personas, amerita especial mención, y es el relativo a las atribuciones y facultades de los diversos sexos.

Según la legislación española aplicable en sus principios generales en los dominios de España, la mujer no tenía las mismas facultades que el hombre, ya que no

podía ser fiadora, ni testigo en testamento, ni tutora ni, en general, contratar sin el consentimiento del marido. Éstas y otras limitaciones que imperaron en las normas hasta épocas recientes, sufrieron alguna excepción a favor de las indias, pues éstas cuando resultaban ser herederas de un cacicazgo, podían ejercer dicha función, con lo que se manifiesta aún en este aspecto, la protección a la raza indígena. Por lo que hace a la edad, las mismas normas que en el Derecho Romano quedaron establecidas, fueron aplicables en el Derecho Novo-hispánico. En cuanto al matrimonio, las normas que lo regían, como se ha hecho notar, fueron las canónicas. En cuanto a tutela y curatela, imperaron los principios y normas romanas, de las que ya se ha hecho alusión.

Merece una especial mención el trato a los indios, en relación con la esclavitud y los tributos. En las *Leyes de Indias* se establece la distinción entre libres, libertos y esclavos, y aún cuando los reyes Católicos no llegaron a definir la situación de los esclavos, Carlos V sí lo hizo, ya que en cédula de 9 de noviembre de 1526, ordenó:

“Es nuestra voluntad y mandamos, que ningún adelantado, gobernador, Capitán, Alcalde, ni otra persona de cualquier estado, dignidad, oficio o calidad que sea, en tiempo y ocasión de paz o guerra, aunque justa y mandada hacer por Nos, o por quien nuestro poder hubiere, sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias, islas y Tierra Firme del Mar Océano,

descubiertas, ni por descubrir, ni tenerlos por esclavos... por cuanto todas las licencias y declaraciones hasta hoy hechas... las revocamos y suspendemos en lo que toca a cautivar y hacer esclavos a los indios en guerra, aunque sea justo, y hayan dado y den causa a ella, y a rescate de aquellos, que otros indios hubieren cautivado, como ocasión de las guerras entre sí de ellos".¹⁰²

Esta terminante y definitiva aclaración y norma no dejó de sufrir, de hecho, serias violaciones, especialmente en lugares apartados; pero debe tenerse en cuenta que el régimen jurídico a este respecto, quedó clara y terminantemente bien definido. Sobre este aspecto de la esclavitud, convendría comparar el estado en que se encontraban los indios antes de la venida de los españoles, de lo que sería fácil deducir que si, jurídicamente, la esclavitud no tuvo todo el rigor que fue usual en la antigüedad, de hecho la mayor parte de la población estaba en situación de esclavitud, ya que aún cuando pudiera trabajar libremente sus tierras o sus industrias, los tributos que tenían que cubrir no les dejaban más que las cantidades indispensables para su manutención que, por lo regular, era bien precaria.

Acerca de la situación jurídica y social de los indios, merece citarse la *Instrucción y memoria de las relaciones que se han de hacer para la descripción de las Indias, que*

¹⁰² *Recopilación de Leyes de Indias*. 6, 2, 1.

su Majestad manda hacer, para el buen gobierno y ennoblecimiento dellas. Tal instrucción fue ordenada por Felipe II y enviada al virrey Enríquez de Almanza, y aparece publicada en los *Papeles de Nueva España*, por don Francisco del Paso y Troncoso. Contiene la citada instrucción cincuenta preguntas hechas con la minuciosidad característica del rey Felipe II, sobre todo lo que podía interesar de geografía, estadística, demografía, etc., y de las contestaciones dadas a tales preguntas, fácil es decir que la única regla de gobierno entre los indios era obedecer al cacique que los mandaba, con otras muchas conclusiones a las que podrían llegarse, entre ellas, la situación de esclavitud, de hecho, de la masa de la población.

Otra característica de las Leyes españolas, por lo que hace al régimen de los naturales, fue que éstos debían conservar sus costumbres y Leyes, siempre que no se opusieran a la religión Católica y a los principios básicos del gobierno español. Los indios eran, además, privilegiados en la administración de Justicia, debiendo ser defendidos por el fiscal, como si se tratara de los intereses del rey; sus juicios se substanciaban en forma oral, sin exigírseles la presentación de títulos escritos respecto de sus propiedades, en documentos para sus contratos; en las causas de indios conocía el virrey, y en caso de apelaciones, él debía estar presente; la *Inquisición* no se les aplicaba, según se ha visto ya; en los repartimientos de tierras realengas debían ser preferidos, y no pagaban alcabalas. Todas estas normas ampliamente reglamentadas, se encuentran en la *Compilación de Leyes de Indias*.

Por lo que hace al tributo, era éste lo que más marcaba la diferencia entre españoles e indios. Con fines a la fijación del tributo, se llevaron a cabo investigaciones detalladas, a efecto de que lo que se exigía de los indios no excediera de las cantidades que usualmente estaban obligados a cubrir a sus caciques, antes de la venida de los españoles; debiendo procurarse, según cédula de Carlos V de 19 de julio de 1536, que los indios deberían de cubrir los tributos en cuantía tal, que no fueran privados de los elementos indispensables de vida, incluyendo en ellos los alimentos a sus hijos y medios para curarse de sus enfermedades. Quedó estrictamente prohibido que el tributo que equitativamente se fijara, fuera conmutado por trabajo o servicio personal. Esto, sin embargo en determinantes disposiciones legales, sufrió modificaciones y violaciones en la práctica.

Como consecuencia de las investigaciones mandadas hacer por Felipe II, se fijó el tributo en una cantidad igual a un peso y media anega de maíz al año, y sólo en algunos poblados se siguió pagando el tributo en frutos naturales o industriales. A fines del reino de Felipe II, se aumentó el tributo en cuatro reales más. Quedaron exentos de pago de tributo los caciques y sus primogénitos, y en caso de esterilidad o peste que afectara al pueblo en general, quedó expresamente liberado el pueblo así afectado de toda tributación.

Otra de las instituciones, quizá de las más famosas que afectaron el régimen de los indios, fue la encomienda.

Hemos visto ya los antecedentes históricos de esta institución, que la generalidad de los autores hace dimanar de la *behetría*, y conviene examinar ahora cuál era la situación jurídica de esta institución en el territorio de la Nueva España. No dejó de tener analogías con ciertas relaciones existentes entre los indios y sus caciques, y en virtud de las cuales éstos concedían a aquéllos porciones de tierras a cambio de un tributo, que como contraprestación recibían; no dejaba de haber, por lo tanto, antecedentes tanto hispánicos como indígenas; pero conviene advertir que fueron aquéllas las que dieron nacimiento a la encomienda.

Terminada la labor de reconstrucción de la antigua capital azteca, se le presentó a Cortés el problema de cómo retribuir a quienes lo acompañaban y que habían puesto su fortuna y aún su vida en peligro, con la esperanza y ambición de un lucro más o menos cuantioso. Sin duda que contribuyó eficazmente para esta labor, por lo menos en muchos de los que acompañaban a Cortés, la idea de acrecentar los dominios de España y la implantación de la fe Católica, pero no bastaba eso para subsistir, y dado que el botín tenido en la ciudad de Tenochtitlán no resultó ser lo que la imaginación de los conquistadores había forjado y éste fue pronto o perdido o dilapidado, para Cortés existía el problema de compensar a sus compañeros, y expresamente dice en la tercera de sus cartas que le parecía grave:

“compeler a los indios a que sirviesen a los españoles de la manera que los de las otras islas;

y que también cesando aquesto (si no se hacía esto) los conquistadores y pobladores de estas partes no se podían sustentar. E que por no consteñir por entonces a los indios, y que los españoles se remediasen, me parecía que vuestra magestad debía mandar que de las rentas que acá pertenecen a vuestra magestad debía mandar que fuesen socorridos para su gasto y sustentación, y que sobre ellos vuestra magestad mandase proveer lo que fuese más servido, según que de todo más largamente hice a Vuestra Magestad relación. E después acá, vistos los muchos y contiguos gastos de Vuestra Magestad que antes debíamos, por todas vías acrescentar sus rentas que dar causa a las gastar, y visto también el mucho tiempo que habemos andado en las guerras, y las necesidades y deudas en que a causa de ellas todos estábamos puestos, y la dilación que había en lo que enaqueste caso Vuestra Magestad podía mandar; y sobre todo la mucha importunación de los oficiales de Vuestra Magestad y de todos los españoles, y que de ninguna manera me podía excusar, fueme casi forzado depositar los señores y naturales destas partes a los españoles, considerando en ello las personas y los servicios que en estas partes a Vuestra Magestad han hecho, para que en tanto otra cosa mande proveer, o confirmare esto, los dichos señores y naturales sirvan y den a cada español a quien estuvieren depositados lo que

hubieren menester para su sustentación. Y esta forma fue con parecer de personas que tenían y tienen mucha inteligencia y experiencia de la tierra y no se pudo ni puede tener otra cosa que sea mejor, que convenga mas, así para la sustentación de los españoles, como para la conservación y buen tratamiento de los indios...”

Esta carta, como lo hace notar el maestro Esquivel Obregón, iba contra la reciente prohibición de las encomiendas hechas por Carlos V, así que éste previno a Cortés que dejara a los indios vivir libremente como nuestros vasallos viven en nuestros reinos de Castilla, y le ordenaba que tan luego como recibiera esas instrucciones revocara cualquier repartimiento que hubiera hecho.

Ocultó Cortés tales instrucciones, teniendo en cuenta para ello el precedente usual en el Derecho Español de obedecer y no cumplir, e hizo observar al emperador que sin la encomienda los conquistadores no podrían mantenerse y hubieran tenido que abandonar la tierra; que debido a su experiencia en las islas Antillas, creía posible evitar los males que allí se habían causado, impidiendo que los indios salieran fuera de su tierra; que la encomienda a perpetuidad era medio eficaz para el encomendero, con el interés de acrecentar sus bienes y proteger debidamente a los indios, y que si se suprimían las encomiendas habría que pagar a los soldados que cuidaran de la tierra, y protegieran a los doctrineros en su labor de cristianización.

No fue esta la única opinión en favor de la encomienda, muchas otras representaciones y gestiones se hicieron ante el soberano en pro de dicha institución; pero no todas coincidían en los mismos puntos. Para algunos, la encomienda era indispensable en las circunstancias del momento; para otros, la encomienda debía establecerse en forma perpetua, y existió también divergencia de opiniones acerca de si el encomendero debía tener o no jurisdicción.

Los argumentos en pro de una y otra de estas opiniones, dieron lugar a discusiones tanto en México como en España. El presidente de la Segunda Audiencia, don Sebastián Ramírez de Fuenleal, se dirigió también a Carlos V, fundamentando el establecimiento de la encomienda sobre los siguientes lineamientos: 1.- Las relaciones especiales entre los españoles e indios, ameritaban el establecimiento de la encomienda con ciertas modificaciones respecto de la que en España había existido como emanada de las *behetrías*, no debiendo otorgarse al encomendero más que el tributo que los indios estaban acostumbrados a cubrir a Moctezuma o a sus caciques; 2.- Para evitar los abusos de los encomenderos, el tributo debía tasarse periódicamente por la Audiencia; 3.- Por ningún concepto debía comprender jurisdicción; 4.- Debía establecerse en forma perpetua, *“para que los españoles hayan y tengan los tributos, rentas y servicios para sí y para las personas que dellos descendieren para siempre jamás”*; 5.- Que las cabeceras de provincias, pueblos de españoles y algunos otros lugares, habían de permanecer

en cabeza del rey; y, 6.- Que los encomenderos habían de pagar el *quinto* al rey de lo que recibieren de los pueblos.

Como consecuencia de todas estas discusiones, opiniones y gestiones ante el soberano, las encomiendas siguieron y aún se dieron instrucciones para que no fueran alteradas, y así establecida esta institución pudo definirse como:

*“un Derecho concedido por merced real a los beneméritos de las Indias para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren por su vida y la de un heredero, conforme a la Ley de sucesión, con cargo de cuidar del bien de los indios en lo espiritual y temporal y de habitar y defender las provincias donde fueren encomendados, y de hacer de cumplir de todo esto, homenaje o juramento particular”.*¹⁰³

La definición anteriormente citada, hace ver que la encomienda no fue concesión gratuita, sino una retribución a los servicios prestados por el encomendero por fines a la cristianización y a la defensa del indio, así como de la tierra. En este estado las cosas, las actividades del incansable Las Casas, que entre sus muchos viajes había vuelto a España en 1539, hicieron surgir nuevas dudas en las autoridades españolas acerca de la encomienda. Los antecedentes funestos de la encomienda en las islas

103 *Política Indiana*, Libro III, Capítulo III. No. 1.

Antillas, sirvieron de argumento a Las Casas para que, generalizando y en cierto aspecto exagerando los hechos, propugnara con todo su esfuerzo por la supresión de semejante sistema. Además, Las Casas veía como único fin en la encomienda el enriquecimiento del español, con serio perjuicio para los indios, y propugnó por un sistema de cristianización realizado exclusivamente por religiosos, con exclusión de toda labor por parte de la potestad temporal.

Carlos V, que siempre quiso y manifestó sus deseos de beneficiar y proteger a los indios empleando para ellos los procedimientos más generosos a su alcance, fue también impresionado por los argumentos de Las Casas, y ordenó se estudiara el caso en junta de sabios y bondadosos sacerdotes y seglares reunida en Valladolid, de donde surgió nueva Ley con el título de *Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por su Magestad, para la gobernación de las Indias, y buen tratamiento y conservación de los indios: que se han de guardar en el Consejo y audiencias reales que en ellas residan; y por todos los otros gobernadores, jueces y personas particulares dellas*, las que fueron expedidas con fecha 20 de noviembre de 1524, adicionadas poco después con nuevas disposiciones de 4 de junio de 1543, constituyendo todas ellas lo que ha sido usual denominar *Nuevas Leyes*.

En estas disposiciones (capítulos o párrafos del 20 al 30), se establecen nuevos preceptos acerca de las encomiendas, prohibiendo en lo absoluto que en adelante

se hiciera esclavo a indio alguno, y prohibiendo también a virreyes, gobernadores, Audiencias, descubridores y otras personas que puedan encomendar indios por nueva prohibición, ni por renuncia, venta, donación o cualquiera otra causa; y se ordena que muriendo un encomendero, la encomienda se pusiera en la corona, informando de los méritos del mismo y si dejó mujer o hijo y otros herederos *“para que, Nos, dice, mandemos proveer lo que sea nuestro servicio, y hacer la merced que nos pareciere a la mujer e hijos del difunto”*.

Las nuevas leyes provocaron gravísimo descontento en las Indias, al grado de que en el reino del Perú ocasionaron un levantamiento y motín, que culminó con la muerte del virrey Blasco Núñez Vela, y el licenciado Lagasca, enviado para sujetar a los alzados, tuvo que hacer mayores concesiones a los encomenderos para atraerlos a su causa. En la Nueva España, la prudencia del licenciado Tello de Sandoval, a quien se confió la ejecución de las nuevas Leyes, así como el tino del virrey Mendoza y del obispo Zumárraga, impidieron que las cosas desembocaran en los extremos a que habían llegado en el Perú, y se convino en hacer gestiones ante la corona para la derogación y modificación de las nuevas Leyes. Con ese fin, y muy especialmente para obtener la modificación de los preceptos que afectaban a las encomiendas, se enviaron a España dos procuradores del Ayuntamiento, al provincial de los Franciscanos, al de los Dominicos y al de los Agustinos, llevando consigo una información del visitador Tello de Sandoval, en la que se expresaba la opinión

de que los capítulos relativos de las nuevas Leyes eran impracticables.

A estas gestiones oficiales en que se procuró unir las opiniones de la autoridad y de los religiosos, se unieron otras de particulares, entre las que merecen especial mención, cartas dirigidas a Carlos V por Jerónimo López y Francisco de Terrazas, en las que con sólidos y valientes argumentos propugnaban por la derogación de las nuevas Leyes, en cuanto a las encomiendas se referían.

Consecuencia de todo esto, fue que Carlos V, por Cédula de 20 de octubre de 1545 expedida en Malinas, dispusiera:

“... e ahora por algunas buenas consideraciones que para ello auemos tenido, e que nuestra voluntad es que los que nos han seruido e siruen en las dichas nuestras Yndias sean aprouechados en ellas o tengan con que se sustentar, e también vistas las suplicaciones que de la dicha Ley suso incorporada se han interpuesto por muchas de las prouincias e yslas de las dichas nuestras Yndias, auemos acordado reuocar la dicha Ley e dar sobre ello esta nuestra carta en la dicha razón, por lo que al reuocamos e damos por ninguna e de ningún valor y efecto el dicho capítulo y Ley suso incorporada, y reducimoslo todo en el punto y estado en que estaua antes y al tiempo que la dicha Ley se hiciese”.

Como complemento a lo anterior, el emperador mandó desde Rabisonda al virrey Mendoza nueva Cédula, manifestando que había recibido a los provinciales de las órdenes religiosas y las promociones de Jerónimo López y, como consecuencia de ello, le daba instrucciones con los detalles que en el caso ameritaban. No se tiene noticia de la aplicación que Mendoza hubiera hecho de estas instrucciones, pero sí consta que cuando Felipe II se hizo cargo del gobierno de España se inclinó por la perpetuidad de las encomiendas, aún cuando rectificando estableció en las Ordenanzas de Población por él expedidas, que *“pudieran encomendar indios vacos y que vacaren en los Distritos de las ciudades españolas que ya estuvieren pobladas, por dos vidas y en los de las que se poblaren, por tres vidas, dejando los puertos y cabeceras para Nos”*.

Sin duda alguna que, además de la conveniencia de la institución que nos ocupa, habrá de tenerse en cuenta que el sistema de la encomienda implicaba un retroceso al sistema feudal opuesto al rigorismo que de los reyes Católicos en adelante se asentaba en España cada vez más; y fue sin duda alguna, motivo para que en más de una ocasión los soberanos se inclinaran a la supresión de tal sistema, no cediendo sino ante la conveniencia bien demostrada por parte de quienes propugnaran por el mantenimiento de la encomienda, aunándose para ello autoridades, religiosos y particulares.

Esta materia de la encomienda es, sin duda alguna, de las más interesantes dentro del régimen novo-hispano y,

en general, dentro del régimen español en las Indias, y ha dado lugar, aún en nuestros días, a diversidad de opiniones, como se manifiesta en la literatura que sobre el caso existe y que se cita en la bibliografía de este tema. Aspecto muy importante respecto del tema que hemos venido tratando, es que la encomienda no implica transmisión del dominio de la tierra al encomendero, como es fácil deducirse de todo lo expuesto, contra lo que en muchos casos se ha creído y se ha pretendido sostener.

CAPÍTULO XXXVI

EL DERECHO PRIVADO EN LA NUEVA ESPAÑA (Segunda Parte)

De los Bienes

Nada hay que añadir respecto del Derecho relativo a los Bienes que fue aplicado en el México virreinal, en cuanto atañe al concepto de cosa o bien en sí mismos y a sus divisiones o clasificaciones, que no se encuentre en el Derecho Romano, de donde pasó al Español y fue principalmente recogido por las *Siete Partidas*. Esta compilación fue a su vez la que sobre la materia rigió o informó a nuestro Derecho hasta la expedición del primer Código Civil.

Por lo que hace a las relaciones directas entre sujeto y objeto, que según la doctrina clásica constituyen los derechos reales, debemos examinar algunos aspectos de ellos, especialmente el más amplio y completo: la propiedad.

Ya se ha planteado anteriormente el problema de si los indios eran verdaderos dueños de las tierras que ocupaban a la llegada de los españoles. Pero conviene examinar algunas doctrinas que en los últimos tiempos han sido expuestas sobre esta materia, refiriéndonos especialmente a la obra del profesor Silvio Zavala, en la que

trata sobre la encomienda y la propiedad territorial en algunas regiones de la América española.

En esa obra se asienta, con fundamento en informes suministrados por Cortés, que:

“el orden general de las comarcas de la Ciudad (de Tenochtitlán), y en casi todo lo demás de la tierra, era que las tierras estaban repartidas antiguamente entre los vecinos de los pueblos, según su posibilidad, con cargo a cierto tributo que pagaban por ella al señor”. Y añade: “Hecho el repartimiento por los barrios o collaciones del pueblo, las tierras quedaban perpetuamente en los que las recibían con la carga del tributo de sus hijos y nietos y todos los que de él descendían, sin que el señor se las pueda quitar por ninguna cosa, en tanto que pagaren aquel tributo que les fue impuesto. Los vasallos no las podían enajenar por venta ni por otra vía, sin expresa licencia y en la matrícula o copia que tenía de las tierras y vecinos de aquel barrio, quien las tomaba nuevamente y quedaba satisfecho de que era persona que pagaría el tributo”.

Estos datos coinciden con los que ya hemos examinado al tratar del régimen de la propiedad territorial entre los aztecas; y fácil es deducir de tales antecedentes, que cuando el supuesto titular del dominio no tiene facultad para enajenar, o esta enajenación se hace a favor de un

substituto, previamente aceptado por la autoridad, no puede decirse que exista propiamente dominio. Por otra parte, como se ha visto, el tributo que estaban obligados a pagar los indios absorbía prácticamente los productos de la tierra, no quedándole al tributario más que la cantidad indispensable para su sustento en forma generalmente miserable; y en esta virtud, la tierra venía a ser un instrumento de producción del tributo en favor del cacique, quitando así el carácter de dominio que el poseedor de ella pudiera tener.

Los hechos examinados y las aseveraciones anteriormente consignadas, nos llevan a la conclusión de que aquellos que trabajaban en la tierra no tenían la disponibilidad de ella, y sin este requisito no podrían llamarse dueños.

“Pero, al menos, dice el maestro Esquivel Obregón, podría creerse que el monarca tenía un derecho de propiedad, supuesto que él sí podía disponer a su antojo de las tierras y de todos los bienes de sus súbditos; pero, añade el citado maestro, es evidente que esto no era un derecho; no era un jus, sino lo que en Derecho Romano se llamaría una potestas. La diferencia entre el jus y la potestas era clara y fundamental; el jus era una facultad dada limitada por las Leyes; la potestas era un poder, sin más límite que el arbitrio de quien lo tenía; la autoridad del padre sobre el hijo no era un jus, sino una potestas... el

jus tiene por opuesta la obligación; la potestas, tiene por opuesta la sumisión. El primero supone una personalidad jurídica que lo acata; la segunda niega la personalidad de quien la sufre”.

Así se expresa el citado licenciado Esquivel Obregón, para decir que no existía propiamente dominio sobre la tierra entre los indios antes de la llegada de los españoles.

Conviene recordar, al respecto, lo expresado acerca de los diversos grupos o individuos que gozaban de una especie de posesión de la tierra y que eran los funcionarios públicos, empezando por el soberano, las castas sacerdotal y guerrera, y el común de la población, entre la cual el aprovechamiento de la tierra tenía un aspecto comunal mediante la organización de los *calpulli*. Vimos, en su oportunidad, que el primer grupo disponía de la tierra, en tanto y cuanto desempeñaba funciones de mando o de gobierno; que los de la segunda categoría se hallaban en condición análoga, y por lo que hace a los *calpulli*, aquellos que formaban parte de esa comunidad cultivaban y explotaban la tierra, en tanto que eran miembros y habitantes de él, y de todas maneras se hallaban sujetos a la voluntad del cacique, que podía cambiarlos, quitándoles el uso de la tierra para darles otra, o para no darles ninguna. El uso de una cosa sujeta a la voluntad de un tercero, no puede llamarse dominio o propiedad.

Sin embargo, a la llegada de los españoles, luego que el hecho posesorio que observaron entre los indios lo identificaron con derechos de dominio, y ante las constantes recomendaciones e instrucciones del rey de España de respetar los bienes de los naturales, se llevaron a cabo deslindes de tierras, cuyo dominio se reconocía en favor de quien bajo su simple palabra, manifestaba haber estado en posesión de ella. Repetidos son los casos que pueden consultarse en el Archivo General de la Nación, en que bajo el dicho de un interesado, se procedía al deslinde de tierras para otorgarle título de dominio sobre ellas.¹⁰⁴

Entre los muchos casos que pudieran citarse en que los reyes de España, en su nombre también, las autoridades virreinales otorgaron a los indios títulos de tierras, merece atención especial el que, como ejemplo, trae el maestro Esquivel Obregón,¹⁰⁵ transcribiendo el título mismo que luego comenta. Se trata del cacique del pueblo de Coyoacán, a quien el citado título llama don Juan, que hizo relación que tenía solares, casas y sitios que dijo haber heredado de sus antepasados y de un hermano, y sin señalar linderos, cita por sus nombres dichos sitios y solares: *Chimalistac*, *Atlahuacamilpa*, *Susocatla*, y no menos de veintitrés más, todos ellos identificados únicamente en sus nombres.

104 Casos concretos cita el maestro Esquivel Obregón, como puede consultarse en el Tomo III de sus *Apuntes para la Historia del Derecho México*. Págs. 182 a 194.

105 *Ibidem*. Pág. 187 y ss.

Y dice textualmente el título:

“Y que vos tenéis y poseéis pacíficamente las dichas tierras y posesiones y nos fue suplicado vos hiciésemos merced de vos las aprobar e confirmar para que las pudiédes dexar a vuestros hijos y herederos y hacer de ellas lo que quisiéredes o por bien tubiéredes como de cosa Vuestra misma propia habida por justo e Derecho título o como la Nuestra Merced fuese. Lo cual visto por los de Nuestro Consejo de Indias fue acordado que debiéramos mandar dar esta nuestra carta en la dicha razón e Nos tuvimoslo por bien, por lo cual, sin perjuicio de nuestra Corona Real, ni de otro tercero alguno confiamos a vos el dicho don Juan las tierras y heredades que así decís que tenéis, para que las podáis gozar e tener por vuestras propias y dexarlas a Vuestros hijos y herederos y sucesores y hacer dellas lo que quisiéredes como de cosa vuestra misma propia habida por justo e Derecho título. E mandamos a nuestro virrey, Presidente e Oidores de la Nuestra Audiencia Real de la dicha Nueva España, e otras cualesquiera Nuestras Justicias della que vos guarden e cumplan e hagan guardar e cumplir esta Nuestra Carta e lo que en ella contenido e contra el tenor e forma della no vayan ni pasen ni consientan ir ni pasar por alguna manera. Dada en la Villa de Valladolid, a diez y ocho días del mes de julio de mil e quinientos e cincuenta e un años”.

El título transcrito, expedido por Carlos V, sugiere varias observaciones que pueden resumirse como sigue:

- El rey otorga la merced ante la simple relación hecha por el indio, sin requerir prueba alguna de ella, prueba evidente de la protección y aún predilección con que eran tratados los naturales.
- Al no identificarse los predios más que por sus nombres, se pone en evidencia la indefinición de los derechos de los indios, ya que ni superficies ni linderos se suministran, y esto, probablemente, por desconocerse.
- El proceder del *Consejo de Indias* y del soberano con tal liberalidad, sin exigir la identificación de las tierras por medio de sus superficies y linderos, pone en evidencia la preocupación de no desconocer los derechos de los naturales, basándose en simples dichos de los interesados para admitir como cierto cuanto decían.
- Al expresar el título en dicho del rey mismo que “*confirmamos... las tierras y heredas*”, demuestra un reconocimiento de derechos que el rey suponía preexistentes, y no un otorgamiento de derechos nuevos; en otros términos, el rey reconocía que tales

derechos procedían de uso y posesión que él mismo debía reconocer y respetar, y no de disposición de su autoridad ni de ninguna otra.

- Teniendo en cuenta que las tierras en cuestión se encontraban enclavadas dentro de las que formaron el *marquesado del Valle de Oaxaca* concedido a Cortés, y a pesar de ello se reconocía el dominio a favor del indio, demuestra que las tierras otorgadas a los españoles no comprendían ni debían afectar las propiedades de los naturales, y que el mismo monarca no se juzgaba con derecho ni capacidad para disponer de ellas.

Pero tanto o más elocuente que el título mismo, es la forma como se ejecutó lo en él mandado, pues el mencionado cacique don Juan se presentó ante la Audiencia de México, para que se diera la orden de ponerlo en posesión de las tierras que bajo su dicho le otorgaba la cédula de Carlos V; y habiendo accedido la Audiencia a la solicitud del indio se comisionó a un juez para que le diera la posesión solicitada, sin que para ello el citado juez hubiera tenido otra norma que las indicaciones que el interesado le iba haciendo mientras recorrían terrenos, sitios y casas que éste le aseguraba estar comprendidos dentro del texto de la cédula real.

Según el acta respectiva que se levantó con motivo de la toma de posesión, “*atravesando por tierras muy agrias*

y ásperas y de muchas quebradas” llegaron hasta lindar con *Tacuba*, lo que da una idea de la enorme extensión de los bienes amparados a favor del mencionado cacique, cuyo recorrido necesitó doce días, hasta que, probablemente por cansancio del mismo interesado, dejó de seguir señalando tierras, a pesar de que el ejecutor, según consta en el acta, dijo a don Juan “*que si tenía alguna otra tierra que fuere de las contenidas en la Real Provisión... que lo diga, que él (el juez), está presto a lo hacer (darle posesión) conforme a la comisión que tiene de su Majestad*”. La Audiencia aprobó lo hecho, y mandó que se diera testimonio de todo lo practicado al cacique de Coyoacán.

Lo anterior, que no es el único caso que pudiera citarse, ya que abundan y sería fácil descubrir en el Archivo General de la Nación, demuestra, contra la opinión común, que los reyes de España se creyeron dueños de las tierras de América, cuando sobre ellas existía una posesión privada por parte de los naturales, posesión a la que las autoridades españolas identificaron como derecho de dominio. Esta liberalidad para con los indios y la constante preocupación de los reyes de España de respetar sus personas y haciendas, se repite en las múltiples instrucciones y reales cédulas emanadas de dichos soberanos, y si hubieran de citarse todos y cada uno de los textos que manifiestan estas ideas e informan tales preceptos, seguramente que habría que ocupar muchas páginas. Entonces ¿de dónde proviene la idea, generalmente sostenida, del despojo a los indios por parte de las autoridades españolas? ¿de dónde, por otra parte, proceden los

latifundios que usualmente se atribuyen a enormes concesiones de tierras en beneficio de españoles, y en perjuicio de los naturales?

Los datos generales con que contamos, nos suministran fundamentos ciertos para poder contestar esas preguntas, pero aún está por hacerse un estudio concienzudo y objetivo sobre tan importante tema, analizando los innumerables expedientes del ramo de Tierras que se guardan en el Archivo General de la Nación, cuyos índices han venido publicándose en el *Boletín* publicado por el citado Archivo. Ese estudio arrojaría mucha luz, y desvanecería muchos prejuicios y aportaría para la elaboración y aplicación de nuestro Derecho Agrario elementos de gran valor. A falta de esto, examinaremos con la brevedad a que estamos obligados, algunos aspectos de esta materia.

En primer lugar ¿en qué forma y con qué amplitudes se otorgaron tierras a los españoles conquistadores? Contestando a esta pregunta, puede afirmarse que, salvo raras excepciones como la hecha a favor de Cortés y algunas más, las concesiones no se hacían sobre extensiones exageradas y, en todo caso, incluso a la otorgada a Cortés, se hacían expresamente sin perjuicio de los naturales. La compensación más usual otorgada a los conquistadores fue la de los tributos que obtenían mediante las encomiendas, pero como ya hemos visto, la encomienda no supone derecho alguno al dominio de la tierra. Es verdad que de acuerdo con las Ordenanzas de Población, sí se

otorgaban tierras a los nuevos pobladores, pero en extensiones tales, que de ninguna manera pudieran considerarse como latifundios.

Las citadas Ordenanzas establecieron que quienes carecían de caballo, se les daban tierras medidas por *peonías*, que constaba cada una de un solar de cincuenta pies de ancho por cien de largo, cien *fanegas* de tierra de labor de trigo o de cebada, diez de maíz, dos *huebras* de tierra para huerta, ocho para arbolado, tierra de pasto para diez puercas de vientre, veinte vacas, cinco yeguas, cinco ovejas y veinte cabras; y no podían darse a una persona más de cinco *peonías*. Tanto las *peonías* como las *caballerías* se daban deslindadas y cerradas, debiendo ser común el pasto en las *peonías*. Y todo concesionario se obligaba, mediante fianza, a hacer su casa y habitarla y a labrar la tierra, plantar árboles e introducir ganado dentro de un plazo que al efecto se le fijaba en cada caso, bajo pena de perder la concesión. Estas mismas Ordenanzas de Población establecían que quienes tuvieran tierras y solares en algún pueblo, no se les podían dar ni repartir en otro, sino fuere dejando la primera residencia.

Además de la tenaz repetición en todas las Leyes acerca de que las concesiones de tierras habían de darse sin perjuicio de los indios, la aplicación de estas normas fue observada en la práctica especialmente en los primeros años de la vida del régimen virreinal. Entre otros muchos ejemplos que pudieran citarse a este respecto, un título de tierra otorgado por el virrey Velasco el segundo, de un

sitio de ganado mayor en términos del pueblo de San Antonio Guatusco, a favor de Pedro Beristáin. En el acta levantada al darse la posesión al interesado, se asienta que la ejecución se hace sin perjuicio del derecho de su majestad y de otro cualquier tercero, y con la condición de que en el término de un año, se pueble dicho sitio con dos mil cabezas de ganado menor. Muchos casos análogos podrían citarse.

Hubo casos en que la posesión de las tierras y el dominio de ellas fue disputado entre diversas personas que pretendían tener derechos, quejándose de haber sido despojados, y sin duda alguna que no faltaron algunos actos de despojo, pero la búsqueda, si bien superficial, que hizo el maestro Esquivel Obregón en el Archivo General de la Nación, y a la que hace referencia en el Tomo III de sus *Apuntes*,¹⁰⁶ es muy locuaz. La búsqueda no abarcó más que los ciento cincuenta primeros volúmenes del ramo de *Tierras*, y aparece que en ellos hay 64 litigios de indios contra indios por despojo de tierras, 56 de indios contra españoles y 25 de españoles contra indios; y según estos datos, el número mayor de despojos no los cometieron los españoles sino los indios, unos contra otros o indios contra españoles.

Supuestos estos antecedentes de carácter general, volvemos a preguntarnos ¿de dónde provino entonces el latifundismo?, la respuesta, sujeta a rectificación en sus

106 Pág. 195.

detalles cuando contemos con un estudio minucioso de casos concretos, creemos que puede ser la siguiente, que encierra diversos aspectos:

En primer lugar, en algunos casos de excepción sí se otorgaron grandes extensiones de tierras, pero que no constituyen la regla. En segundo lugar, las adquisiciones paulatinas de quienes ya tenían tierras, y las realizaban acrecentando sus feudos, ya mediante compra o sucesión. En tercer lugar, algunas comunidades religiosas, mediante legados o donaciones, llegaron a adquirir extensiones grandes de tierras, aunque debe considerarse este caso como de excepción, y cuando en el caso concreto de la *Compañía de Jesús* fue ésta suprimida, sus bienes fueron adquiridos por particulares. En cuarto lugar, sin duda el más eficaz para la constitución o engrandecimiento de los latifundios, fue la expedición de las *Leyes de Desamortización* en el período de la *Reforma*, pues deshechas las comunidades tanto civiles como religiosas, y habiéndose otorgado a los indios la facultad de enajenar sus tierras que habían mantenido en forma comunal y en beneficio de sus propios pueblos, prácticamente no hubo indio que no vendiera, pasando estas tierras a pocas manos, incrementando así las grandes extensiones latifundistas. En quinto lugar, a finales del siglo XIX se otorgaron enormes extensiones a compañías colonizadoras, fraccionadoras o deslindadoras, que nunca cumplieron las obligaciones que sus contratos y concesiones les imponían. Quizás hayan contribuido en algo las vinculaciones de bienes que en forma de *mayorazgos* existieron durante el régimen

virreinal, acerca de los cuales nos ocuparemos próximamente, pero sin duda, no fueron tales *mayorazgos* factor muy importante en el caso que nos ocupa.

Puede afirmarse que ni las *Leyes de Indias* ni las encomiendas fueron causa del latifundismo, como ha sido usual decirlo. Abusos en algunos casos por autoridades ejecutoras y las circunstancias a que nos referimos en el párrafo anterior, son verosímilmente las causas para ello.

Otro aspecto que amerita estudiarse en relación con los despojos o supuestos despojos hechos por parte de los españoles a los indios, es el que se ha tenido como donación del Papa a favor de los reyes de España de todas las tierras del Nuevo Mundo, en virtud de los términos de la Bula *Inter Coetera*. Acerca de esto, hemos ya expuesto que no encierra ese famoso documento una concesión del dominio de las tierras, sino potestad y jurisdicción, pero se ha pretendido que la Cédula de Felipe II de 20 de noviembre de 1578, que pasó a formar parte de la *Recopilación de Leyes de Indias*,¹⁰⁷ confirmó que todas las tierras conquistadas pertenecían, en pleno dominio, a la corona real de España.¹⁰⁸

Ahora bien, la mencionada Cédula de Felipe II dice al respecto:

107 *Recopilación de Leyes de Indias*. 14, 12, 4.

108 Así lo expresa Wistano Luis Orozco, en su obra *Legislación y Jurisprudencia sobre terrenos baldíos*. Tomo II. Pág. 765.

“Por habernos sucedido enteramente en el señorío de las Indias y pertenecer a nuestro patrimonio y Corona real los baldíos, suelos y tierras, que no estuvieron concedidos por los señores reyes, nuestros predecesores o por Nos, o en nuestro nombre, conviene que toda la tierra que se posee, sin justos y verdaderos títulos, se nos restituya, según y como nos pertenece...”.

Claramente expresa la Cédula citada que se trata de terrenos baldíos, es decir, aquellos que no tenían dueño, o en otros términos lo que en España se denominaban como terrenos de *realengo*, que por tradición inmemorial se tenían como propios de la Corona, ya que no tenían otro dueño, y respecto de los cuales el rey disponía para sus explotación o para su concesión a particulares, pero la Cédula expresamente excluye aquéllos que estuvieran amparados por justo título.

No fue sin duda otra la interpretación que se dio a la Bula *Inter Coetera*, como ya hemos visto; y lo confirma el mismo Papa en la Bula *Unigenitus* de la que hemos hablado, en la que expresamente se consigna que los indios *“no están sin embargo, privados, ni hábiles para ser privados de su libertad ni del dominio de sus cosas...”*. Y ya hemos visto y repetido que el respeto a las haciendas de los indios fue constante preocupación de los reyes.

Otros aspectos del Derecho de Cosas no ameritan especial mención dentro de nuestras brevísimas explicacio-

nes, ya que en materia de servidumbres y algunos otros aspectos del Derecho de la rama que hoy nos ocupa, no hay diferencias fundamentales respecto a esas mismas instituciones en nuestro Derecho actual, a base de las normas y doctrinas romanas.

CAPÍTULO XXXVII

EL DERECHO PRIVADO EN LA NUEVA ESPAÑA (Tercera Parte)

De las Sucesiones

Como en los temas anteriormente tratados, nos ocuparemos en éste de los aspectos más característicos de las Sucesiones en el Derecho Novo-hispánico. Señalaremos aquellas cuestiones de especial discrepancia respecto de nuestro Derecho actual, con el fin de apreciar los motivos de los cambios sufridos en esta rama del Derecho, procurando darnos cuenta de los motivos de tales cambios, algunos de los cuales, sin duda alguna, han sido un adelanto, en tanto que otros más parecen provenir de tendencias de orden político que de conveniencias propiamente dichas.

En sus lineamientos generales, la materia de Sucesiones tiene como punto de partida y antecedente remoto, pero básico, la legislación romana, aceptada por el Derecho Español, transmitida a América y conservada hasta nuestros días. Bien sabido es que la transmisión de bienes a título universal por causa de muerte, opera de dos maneras, a saber: la testamentaria y la intestada o legítima, que partiendo de las normas esenciales que al respecto consignan las *Doce Tablas*, subsiste en sus li-

neamientos fundamentales, hasta nuestros días. Examinaremos cada uno de estos dos medios de transmitir los bienes por causa de muerte.

En materia de testamentos, la legislación que nos rigió antes de la Independencia se encuentra consignada, fundamentalmente, en las *Siete Partidas*, con algunas adiciones en las *Leyes de Toro*. La primera de las citadas compilaciones reproduce en detalle las normas romanas consignadas en los textos justinianos, aún en insignificantes detalles. Aparece consignada la importancia que tiene la transmisión de bienes por medio de testamento, dándole preferencia a esta forma de operar la transmisión sobre la transmisión legítima; marcando así la tendencia romana que consideraba inadecuado y hasta vergonzoso morir sin heredero, evitando contiendas, dudas y dificultades. Así lo expresa la Partida Sexta, cuando dice que “*sesudamente obran aquellos que a su finamiento sabían ordenar, e poner lo suyo en tal recabdo, de que ellos ouiesen plazer efiziessen pro de sus ánimas; e fincaua, después de su muerte lo suyo sin dubda, e sin contienda, a sus herederos*”. Y añade el primer título de la citada Partida Sexta, interesantes explicaciones acerca de la conveniencia de hacer el testamento, cómo debe hacerse éste, cómo debe alterarse posteriormente, quiénes deben hacerlo y quiénes no, etcétera.

No parece ser de especial importancia, tratar acerca de las formalidades requeridas para hacer testamento, que en sustancia han sido conservadas. Tampoco merece que

nos detengamos en las diversas categorías de herederos, respecto de los cuales las *Siete Partidas* reproducen las normas romanas, al dividirlos en herederos suyos y necesarios, necesarios y extraños o voluntarios.

Sí amerita hacer notar que en la legislación que precede a la actual, se aplicaban normas que actualmente no subsisten en nuestro sistema, ya que en la legislación novo-hispánica o española no podía disponerse por testamento de la totalidad de los bienes con libertad completa, sino que, habiendo hijos, sólo podía disponerse libremente de un quinto del caudal; pero entre varios hijos podía disponerse, además, de un tercio para mejora de uno de ellos, que podía ser añadida al quinto de libre disposición. Cuando el testador disponía del quinto y mejoraba a alguno de sus hijos en el tercio, o lo beneficiaba a la vez con el quinto y el tercio, primero había de sacar el quinto y después, de lo que quedare, se tomaba el tercio.

Como se ve, este sistema no ha sido seguido en nuestros días, ya que existe en nuestro Derecho actual el principio de la libre testamentación, sin más limitaciones que la obligación de dejar alimentos en casos especiales consignados en nuestro Código Civil. Esta libertad de testar, se asimila más al principio arcaico consignado en las *Doce Tablas*, que a las normas que en la misma Roma se introdujeron con posterioridad y que pasaron a la legislación española, en virtud de las cuales se consignó la obligación de dejar ciertos bienes a parientes próximos (hijos, padres, hermanos), bajo pena, en caso de no hacerlo, de

que el testamento se considerara como inoficioso, y ocasionara su nulidad mediante los trámites de la querrela de testamento inoficioso.

Si el testador no tenía hijos pero dejaba padres o ascendientes, las *Leyes de Partida* facultaban la libre disposición de un tercio a favor de extraños; y sólo en el caso que no hubiera hijos ni ascendientes, el testamento podía contener libre disposición de los bienes. Por lo que hace al derecho del cónyuge supérstite, la legislación de *Partidas* establecía limitaciones que en nuestro Derecho no subsisten, tales como hacer que pasara a los hijos del primer matrimonio todo lo que la mujer hubiera obtenido del marido por arras, testamento, fideicomiso, legado o por cualquier otro título gratuito, cuando aquéllas contraían segundas nupcias.

Normas especiales rigieron en lo relativo a la sucesión de encomiendas. Antes de las Leyes nuevas, regía la norma de que muriendo un encomendero que fuere casado, no se le quiten los indios a su mujer e hijos, aun cuando sean bastardos, y posteriormente se estableció el derecho de sucesión de las encomiendas por dos vidas, la del primitivo concesionario y la de sus inmediatos sucesores. Vinieron después las Leyes nuevas que suprimieron la sucesión de las encomiendas, pero derogadas éstas y expedidas más tarde las *Ordenanzas de Población* de Felipe II, quedó consignada la norma de transmitir por sucesión las encomiendas por dos vidas, y a los nuevos pobladores por tres vidas, ampliándose por Cédula de 4

de marzo de 1607 expedida por Felipe III, la transmisión de las encomiendas hasta por cuatro vidas, transcurridas las cuales se reincorporaban a la corona. Hubo casos excepcionales de encomiendas perpetuas, tales como la de los Marqueses del Valle de Oaxaca, herederos de Cortés, la de los Condes de Santiago de Calimaya y los descendientes de Moctezuma. Suprimidas las encomiendas sin dejar huella en legislación posterior, no hay para qué insistir sobre este tema.

Merece especial mención la sucesión de los cacicazgos, que establecieron el derecho de heredar tales funciones entre los descendientes de los primitivos caciques. Facilidades especiales se dieron a los indios para que testaran sin someterse a las formalidades de los testamentos entre españoles, ya fuera en su forma nuncupativa o abierta, ya en sus formas cerrada o escrita.

Respecto de formalidades, fue típico también del sistema de la época que nos ocupa el poder testar por medio de apoderado, al que se daba el nombre de *comisario*. Todo el que tenía facultad para hacer testamento, podía dar poder a otro para que lo hiciera; pero el apoderado o comisario no podía hacer legados, fundaciones, mejoras, etc., sino se le facultaba expresamente para ello; y si el testador había omitido la designación de heredero en el poder que otorgaba, lo único que podía hacer el comisario era pagar las deudas y aplicar en bien del alma del testador el remanente del quinto líquido de la herencia, y todo lo demás se repartía entre los parientes como en casos de

intestado. El poder para testar debía otorgarse con las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo; y una vez otorgado este poder, el comisario debía hacer el testamento dentro de cuatro meses improrrogables, a contar desde del día de la muerte del poderdante, término que se extendía hasta un año, si el poderdante se encontraba fuera del reino.

Normas especiales existen en la legislación que nos ocupa, respecto del poder para testar y para heredar de los religiosos y membresía del clero. Forma especial de transmitir los bienes que amerita especial mención, es la constitución de mayorazgos, que fue muy usual en el Derecho Español, tanto en España como en la Nueva España. La preocupación de conservar a las familias provistas de los elementos necesarios para su subsistencia, y en muchos casos conservar en generaciones posteriores la posición social de que había gozado una persona, hizo que se vincularan ciertos bienes para ser transmitidos usualmente a los primogénitos de las familias o a los llamados a ello, según las reglas establecidas por el fundador del mayorazgo.

Diversas clases de mayorazgos existieron, tales como el de *rigurosa agnación*, en el que sólo sucedían los varones; el de *fingida agnación* que se establecía en favor de un pariente por parte de la madre y de una mujer, y se mandaba que después del primer nombrado, se sucediera por descendiente de varones; el de *feminidad*, en el que se establecía la sucesión de las mujeres; el de *elección*, que

otorgaba el poseedor del mayorazgo a falta de hijo, la facultad de elegir al pariente que más le pareciere; el de *naturaleza alternativa*, en virtud del cual sucedía el primogénito por sus días, y a su muerte pasaba al segundo, para volver luego al hijo del primero que alternaba con el del segundo, y así sucesivamente hasta que se extinguiera una de las líneas. Diversas normas se establecían al ser constituidos los mayorazgos, a los que debían someterse a través de las generaciones los beneficiarios de ellos.

Las *Leyes de Toro* establecieron amplísimas facultades y libertades para constituir mayorazgos, pero posteriormente, por cédula de 14 de mayo de 1789, se ordenó que no podía constituirse un mayorazgo sin previa licencia del rey. Las controversias que se suscitaban con motivo de la transmisión de los bienes vinculados por medio de un mayorazgo, se sustanciaban en una forma sumaria de interdicto llamado *tenuta*, tramitado ante el *Consejo de Indias*. Los mayorazgos quedaron abolidos a raíz de la Independencia, y expresamente prohibidos en nuestra legislación posterior, al consignarse la inadmisión de substituciones fideicomisarias.

Creemos que también merece especial alusión por el arraigo que tuvo a pesar de prohibiciones que actualmente existen, el uso que el Derecho Español reconocía expresamente de dejar ciertos bienes para sufragio del alma. Ya hemos hecho alusión de antecedentes de esta institución, los cuales los encontramos tanto en los roma-

nos como entre los germanos. Especialmente entre los germanos, se acostumbró que se asignara alguna porción de los bienes que solían consistir en las armas y en alimentos que se suponía que el difunto necesitaba en la otra vida, y que se denominó la parte del muerto (*totenteil*), especie de equipaje del difunto para su viaje de ultratumba.

Con estos antecedentes, la institución de la parte del muerto con una porción del caudal hereditario fue usual en todos los pueblos de Europa, cuando el Cristianismo cambió entre ellos, y naturalmente ya no en forma de objetos materiales que se suponía que había de necesitar el difunto, sino en sufragios por el alma del que dejaba el mundo y que podían consistir en ceremonias religiosas de culto, o en otra obra caritativa en beneficio de los necesitados, como hasta la fecha lo acepta la Iglesia en calidad de sufragios. Entre los Santos Padres, y entre ellos San Agustín, aconsejaron siempre dejar una parte de los bienes propios con esta finalidad, enseñando que el valor expiatorio de una obra de misericordia puede alcanzar, formulando la regla: *fac locum christo cum filiis tuis* (dale un lugar a Cristo entre tus hijos), o como decía San Cipriano: *fac tibi possessionum terrestrium christum participem, ut ille te sibi faciat regnorum caelestium coheredem*.

De estos principios generales y universalmente aceptados, surgió la costumbre de disponer de la cuota libre en cuanto a disposición como legado en favor del alma, y una

gran parte de los Fueros locales españoles consignaron entre sus normas la necesidad de disponer de parte de los bienes con esta finalidad, así como el monto de dicha porción que variaba entre los diversos Fueros locales, algunos de los cuales la establecieron como obligatoria tales como los Fueros de *Cuenca*, *Teruel*, *Soria* y otros más, en tanto que algunos, como el de *Guadalajara*, asignaban la quinta de libre disposición íntegramente para tal fin.

Estas costumbres sancionadas e impuestas en muchos casos por las normas jurídicas, fueron, como se ha dicho, prácticamente universales, y no fue sino en épocas modernas, cuando debido a la influencia de doctrinas nuevas que habían de culminar con la Revolución Francesa, las diversas legislaciones fueron restringiendo o introduciendo modificaciones a estos usos fuertemente arraigados. Así aconteció en las Leyes austriacas, en las legislaciones de los estados italianos de Módena y de Nápoles, en la legislación francesa y en otras más.

En la Nueva España fue de uso corriente en todo testamento asignar ciertos bienes como legado *pro ánima*, y aún después de consumada la Independencia se siguió observando esta costumbre prácticamente hasta nuestros días, a pesar de las limitaciones introducidas desde el Código de 1870 en su artículo 3445, y que se encuentran en algunos casos a pesar del texto del artículo 1330 de nuestro Código Civil vigente, que establece que las disposiciones testamentarias hechas a favor de los pobres en general o del alma, se regirán por lo dispuesto en los ar-

títulos 75 a 87 de la Ley de Beneficencia Privada. Con motivo de las modificaciones sufridas por la Ley de Beneficencia Privada, concretamente con la Ley que sobre esta materia rige de fecha 31 de diciembre de 1942, es aplicable el artículo 37 de ella, que establece que de acuerdo a lo que dispone el artículo 1330 del Código Civil, las disposiciones a favor de las iglesias, sectas o instituciones religiosas y la disposición testamentaria hecha en favor de los pobres en general, sin designación de personas o del alma, se entenderán a favor de la Asistencia Privada.

En virtud de estos preceptos, sin duda alguna se desvirtúa la voluntad del testador, que debe considerarse como ley suprema de los testamentos, y sería interesante examinar a qué grado el precepto que encierra el artículo 1330 del Código Civil, en relación con la Ley de Beneficencia Privada, restringe y desconoce la facultad que como dueño tiene el testador de disponer de sus cosas, que pudiera dar lugar a violaciones de carácter constitucional.

Desde otro punto de vista tiene interés jurídico esta institución del legado *pro ánima*, en el que surge el problema de quién es el legatario o heredero, según el caso, de los bienes que un testador asigna como legado o como herencia en favor de su alma. Este tema ha sido estudiado recientemente por el jurista español José Maldonado y Fernández del Toro, al que remitimos a quienes deseen hacer una más amplia investigación sobre este aspecto

jurídico en materia de Sucesiones. Estos son los aspectos que consideramos de especial interés en materia de sucesiones, bajo el régimen virreinal de la Nueva España.

CAPÍTULO XXXVIII

EL DERECHO PRIVADO EN LA NUEVA ESPAÑA (Cuarta Parte)

De las Obligaciones

Sin duda alguna que entre las diversas ramas del Derecho, de las más importantes es la relativa a Obligaciones, y además, es entre todos los aspectos de la ciencia jurídica, en la que la técnica en la aplicación práctica ha alcanzado mayor perfección. Son sin duda las Obligaciones los medios más usuales para vincular con lazos jurídicos a los hombres entre sí, con fines a las satisfacciones de sus necesidades, y es por esto, amén de otros motivos, por los que el jurista ha aplicado su saber y sus investigaciones con preferente predilección a este aspecto del Derecho sobre los demás.

Sin embargo, dentro del estudio del pensamiento jurídico en cuanto que busca sus antecedentes históricos, el tema que hoy nos ocupa encierra menos complicaciones, ya que las instituciones y normas jurídicas que sobre Obligaciones en general, y aún sobre Contratos en particular, nos rigen, tienen, respecto de nuestros antecedentes inmediatos la misma fuente común, que no es otra que la romana. Las normas que se encuentran en nuestro

Código Civil y aún algunas que han pasado a la legislación mercantil, tienen su punto de partida no en antecedentes hispánicos ni de otra nación, sino en la técnica elaborada en Roma. Ya sea que se tomen nuestras normas sobre esta materia como emanadas de nuestros antecedentes históricos, que no son sino los hispánicos, o bien que se busquen tales antecedentes inmediatos en la legislación francesa, en la que el *Código Napoleón* constituye el arquetipo de los Códigos Civiles de todos los países; conviene recordar que tanto la legislación española, especialmente las *Leyes de Partidas* que en la materia son especialmente minuciosas, como el *Código Napoleón*, tienen como fuente la legislación romana; por lo que no habría para que repetir en qué consiste ésta.

El concepto de obligación, las fuentes de las obligaciones, los contratos como la más importante de ellas, y dentro de ellos los diversos contratos que se consignan en las legislaciones modernas, no son sino la expresión de la doctrina y la técnica de Roma. Apartándonos de las normas que actualmente nos rigen, conviene, sin embargo, señalar algunos aspectos que en materia de Obligaciones rigieron en la Nueva España, dando un tratamiento especial a los indios, con miras a su mayor y más eficaz protección. Este aspecto que quizá hubiera sido necesario conservar, fue suprimido en la legislación del México independiente, pero por su importancia y por la eficacia que sin duda alguna tuvo en bien de la población indígena, merece citarse en algunos de sus principales aspectos.

Desde luego, debe recordarse lo que ya se ha dicho res-

pecto al concepto que de obligación hubiera existido en los naturales de América; y acerca de esto, con fundamento en opiniones muy respetables y tomando en cuenta los relatos que sobre el particular nos suministran los cronistas e investigadores más serios, tales como Sahagún, Molina y algunos más, resulta que los indios no deben haber tenido un concepto de obligación, ya que en su idioma ni siquiera la palabra se encuentra. En efecto, de una idea clara de obligación el indio manifiesta su sumisión, pero, como lo hace notar repetidamente el maestro Esquivel Obregón, las ideas de obligación y de sumisión son opuestas:

“la sumisión, dice el citado autor, supone el aniquilamiento de la personalidad; la obligación, es la exaltación de la misma; la primera implica la negación del Derecho; la segunda, es la esencia humana del mismo; la sumisión requiere la presencia y actualidad del que manda; en tanto que el sentimiento de la obligación, hace que nosotros nos mandemos a nosotros mismos; aquella actualidad nulifica toda previsión, mientras que el sentimiento de obligación supone necesariamente la previsión, como que todo él está basado sobre la estimación personal y la representación de los bienes espirituales que esa estimación trae para nosotros, durante toda nuestra vida y la de los nuestros”.

Entre otras consecuencias de esta falta de concepto de obligación, nace para el indio su imprevisión y su incapacidad para el ahorro; y en realidad se contenta con vivir

al día, teniendo satisfechas sus necesidades del momento, para lo cual no le importa sacrificar su situación en el futuro. Este hecho que los antecedentes históricos nos manifiestan y que confirma la vida actual del indio en muchos casos, tuvo como consecuencia que la legislación española restringiera las libertades del indio en materia de contratación, para impedir que se desprendiera de lo que le pertenecía para satisfacer sus necesidades o antojos inmediatos, en detrimento de su vida futura.

A esta restricción a la libertad de contratación del indio, se añadió otra medida en la legislación española imponiéndole la obligación del trabajo, pero condicionada a la justa retribución y aún concediéndole especiales privilegios. Dicha limitación a la libertad de contratación no se refiere a toda clase de contratos, sino a las enajenaciones de bienes de especial valor y utilidad para el indio, especialmente la tierra, y a este respecto Felipe II, en Cédulas de 24 de mayo y 23 de julio de 1571, mandó que siempre que los indios trataren de vender bienes raíces o muebles de valor de más de \$30.00 de oro común, debían de hacerlo con autorización de la Justicia, la cual debía cerciorarse, primero, si los bienes de que se trataba eran realmente del indio, si de su venta no le resultaba perjuicio y, previo este requisito, se procedería a autorizar la venta en almoneda pública, en presencia de la Justicia y mediante pregón por 30 días, si se tratara de bienes raíces, y por nueve si eran muebles. Estas prevenciones constan en la *Recopilación de Leyes de Indias*.¹⁰⁹

109 *Recopilación de Leyes de Indias*. 6, 1, 27.

Tal medida fue, sin duda alguna, de la mayor eficacia para que los indios conservaran, a través de varias generaciones, los bienes indispensables para su sustento, y en muchos casos para su bienestar. Puede fácilmente comprobarse el buen efecto de tal medida si se considera que cuando terminó el régimen virreinal, y especialmente a partir de las *Leyes de Reforma*, los indios tuvieron facultad de enajenar sus tierras, procedieron desde luego a ello, quedándose en muchos casos en verdadero estado de indigencia.

Otra limitación impuesta a los naturales fue la de adquirir armas, pero con excepción a favor de los indios principales, a quienes el virrey, la Audiencia o los gobernadores, podían dar licencias de portar armas. Digna es de tomarse en cuenta esta medida, que en cierta manera subsiste, aunque en forma más arbitraria de la que se usó en el período virreinal.

Igualmente, se prohibió en un principio a los indios adquirir caballos y yeguas, aún cuando tal prohibición, debida a Nuño de Guzmán, fue levantada más tarde, cuando por Cédula de 15 de diciembre de 1571 se facultó a los indios para adquirir toda clase de ganado tanto mayor o menor. Sin embargo, en épocas poco posteriores a la fecha citada se prohibió que los indios montaran a caballo, por considerar que si los indios llegaban a adiestrarse, como efectivamente lo lograron más tarde en la equitación, los españoles podían perder el privilegio de dominar por este medio a la población, que en muchos

casos no había llegado a la docilidad que se buscaba. Es de hacer notar que estas limitaciones al indio implican también limitaciones al español, ya que si el primero no podía vender ciertas cosas, el segundo tampoco podía comprarlas y viceversa.

Otro aspecto de las medidas tomadas con fines a la adaptación del indio a la cultura y al sistema jurídico español, fue el de obligarlo a trabajar. Sin duda alguna que se consideró, y no sin fundamento, que la cultura occidental no podía estar completa sin el hábito del trabajo ordenado, metódico y convenientemente retribuido. Debe recordarse sobre el particular, que las primeras medidas tomadas por los reyes Católicos fueron, en muchos casos, la de dejar en plena libertad a los indios, y si por otra parte se les obligaba a trabajar, el resultado fue que ante esta obligación los indios preferían deshacer sus núcleos de población y remontarse a las serranías, impidiendo de esta manera que pudiera llevarse a cabo la labor de cultura y cristianización; en esta virtud, estas libertades que en algunas ocasiones se concedió a los indios se restringieron para obligarlos a que vivieran en comunidades, y poder de esta manera contar con ellos tanto para sus servicios personales en el trabajo, cuanto para la labor de cristianización.

Si el trabajo ordenado y retribuido es parte integrante de cultura, y no restringe por eso la libertad del hombre, la docilidad del indio facilitó el abuso por parte del español, y esto se manifestó en no pocos casos aún tratándose

de los religiosos que impusieron a los indios la realización de trabajos algunas veces arduos y penosos, como fueron las construcciones de iglesias y conventos, pues sobre el fundamento racional y justo de que nadie debe excusarse de servir en aquello para que es apto, se les forzaba a veces más allá de lo razonable, en lugar a atraerlos “*por medios suaves y aficionándolos a ganar jornales y trabajar para esto*”, como lo expresa la legislación de Indias.¹¹⁰ De otras obligaciones también fueron exonerados los indios, tales como la de pagar *alcabala* por la venta de sus productos; e igualmente se les favoreció otorgándoles el tratamiento que en el Derecho Civil se daba a los menores, cuando en virtud de alguna operación que realizaban pudieran resultar perjudicados, pues en tal caso gozaban del beneficio de la *restitutio in integrum*.

Por último, también debe mencionarse que en materia procesal no estaban obligados a seguir los trámites usuales de los juicios, sino que, tanto por lo que hace a las pruebas y a los términos judiciales, se les procuró beneficiar todo lo más posible, facilitándoles la manera de rendir toda clase de pruebas, incluso fuera del término probatorio, y se les aceptaban pruebas aun contradictorias; las contiendas en que ellos fueran parte, debían resolverse en forma sumaria y usualmente verbal.

Estas limitaciones a los derechos del indio, y esas facultades y facilidades que por otra parte se les concedían, son, sin duda alguna, muy dignas de tomarse en

110 *Recopilación de Leyes de Indias*. 6, 1, 20.

cuenta como medio eficaz de la incorporación de los naturales a la cultura y a la civilización occidental; pero, por otra parte, este aspecto de minoría con que se consideraba al indio puede, y no sin fundamento, considerarse como medida contraria a los fines que se persiguen, al fomentar la indolencia propia de la raza, así como esa tradicional sumisión desprovista del concepto propio de obligación que eleva el nivel moral del hombre.

Como se ha dicho, y aparte de estos aspectos especiales a favor del indio, toda la materia de Obligaciones que Roma había elaborado pasó a la legislación española, incorporándose especialmente en las *Siete Partidas*. En esta famosa obra legislativa se encuentran las mismas normas romanas respecto a las fuentes de las Obligaciones como provenientes de contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos; las mismas normas relativas a capacidad de los contratantes; al consentimiento como base de la obligación contractual; a todo lo relativo a los objetos de un contrato; a las diversas clases de contratos: literal, real y consensual; a la oferta y aceptación que en forma de manifestación unilateral de voluntad, tan desarrollada en nuestros sistemas posteriores tomando como base la policitación, fue también reglamentada; las modalidades de los contratos en cuanto a término y condición; en materia de prueba de los contratos respecto de la cual debe añadirse como diversa del sistema romano y del que actualmente impera, el juramento.

No con menos amplitud que en el mismo Derecho Romano, se encuentran en la legislación española las

normas relativas a la extinción de las Obligaciones que nuestros Códigos modernos también consignan, tales como el pago, la compensación, la novación, la cesión de derechos, etc., Por lo que hace a los contratos específicos, tampoco habría que añadir nada que en sustancia modificaran las leyes romanas, que actualmente también son aplicables a través de la legislación vigente. Como se ha dicho, a pesar de la importancia de esta materia de Obligaciones, dentro de la investigación de los antecedentes histórico-jurídicos muy escasas aportaciones nos suministra el Derecho Hispánico, que difieran de la doctrina clásica romana aún subsistente.

Del Comercio

Si del Derecho Civil pasamos a esa rama que las necesidades mercantiles han creado para su mayor rapidez y facilidad, conviene citar brevemente algunos datos respecto a las Leyes que en esta materia rigieron, y a las instituciones jurídico comerciales.

La *Recopilación de Leyes de Indias* establece¹¹¹ que en materia comercial lo que no estuviera previsto en la citada recopilación, debía regirse por las ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla; pero habiéndose expedido con más amplitud y detalle las *Ordenanzas de Bilbao*, se adoptaron las normas en ellas contenidas a esta materia, en todo lo que eran adaptables a las circunstancias

111 Ley 75, Título 46, del Libro 9.

del país y usos comerciales. Al expedirse la *Novísima Recopilación*, que especialmente se refirió a los mercaderes y a sus contratos en el Título Cuarto del Libro Noveno, esta Ley fue aplicable también al punto que nos ocupa.

Aun cuando en las *Ordenanzas de Bilbao* no se encuentra definición de lo que debe entenderse por comerciante, se deja al arbitrio de quienes debían resolver cada caso el decidir acerca de esta calidad de la persona. Con detalle se reglamentan las obligaciones que tienen los comerciantes de llevar libros de contabilidad; la forma de asentarse éstas; la necesidad de conservar la correspondencia en libros copiadores de cartas y la de consignar los inventarios de los bienes del comerciante.

No se había llegado, sin duda, a la elaboración que en nuestros días conocemos acerca de las sociedades de comercio; pero sin embargo, dentro de las reglas generales relativas a sociedades, prácticamente podían quedar comprendidas múltiples formas, tales como la sociedad en nombre colectivo, la en comandita, y aún la sociedad anónima, aplicada especialmente ésta en negocios de minería. Las sociedades mineras, de acuerdo a las *Ordenanzas de Minería*, se constituían considerando que una mina estaba dividida en veinticuatro partes iguales llamadas *barras*, subdividiendo cada una en partes menores convenientemente; y de esas *barras* había unas llamadas *aviadoras*, que obligaban a sus titulares a contribuir para los gastos de la mina y otras llamadas *avia-*

das, que correspondían a las acciones liberadas de las sociedades anónimas modernas. El famoso comentador de las *Ordenanzas de Minas* don Francisco Javier Gamboa, formula un plan de sociedad *aviadora* de minas con todas las características de sociedad anónima, sin apartarse por ello de las reglas consignadas en las *Ordenanzas de Bilbao*, quedando reglamentada dentro de esta forma de sociedad la manera de constituir la mediante escritura pública, los bienes o industria que cada socio aportara, el capital de la compañía, la administración de la misma, la distribución de las utilidades y de las pérdidas, el plazo social, los procedimientos para el ingreso de nuevos socios, etc.

Las citadas Leyes relativas al comercio, establecen normas detalladas acerca de los corredores como personas auxiliares del comercio, limitando su número, y establece como requisitos para el ejercicio de tal función la nacionalidad, la buena fama y capacidad en el ejercicio del comercio. A este respecto, especialmente se consiguen preceptos que establecen que el corredor tiene por misión fundamental mediar entre las partes interesadas en una transacción mercantil, ofreciendo sencillamente los negocios, sin exagerar las cualidades o defectos de lo propuesto, así como otras medidas en garantía de los comerciantes, impidiendo los abusos de estos intermediarios. Los comisionistas también eran conocidos en la legislación que nos ocupa y debidamente reglamenta su función. No quedaban excluidas de las normas de las Leyes a que nos referimos, disposiciones amplias y deta-

lladas relativas a letras de cambio, vales, libranzas y cartas de crédito, y muy meticulosamente se hallaba reglamentada la materia relativa a quiebras.

CAPÍTULO XXXIX

FIN DEL RÉGIMEN HISPÁNICO EN DEL MÉXICO INDEPENDIENTE AMÉRICA Y PRINCIPIOS

La superficial exposición de normas e instituciones jurídicas que rigieron en la Nueva España hubiera, sin duda, requerido de detalles más amplios en muchos aspectos, para poderse dar cuenta de cómo, en muchos casos, esas normas e instituciones constituyen antecedentes de nuestro pensamiento jurídico actual; pero también son de importancia para poder apreciar los motivos que hubo para transformar no pocas de dichas instituciones y Leyes, y determinar cuándo han sido efecto de tendencias de carácter ideológico y político que nos desvinculan del pasado para optar por sistemas en muchos casos inadaptables, y no pocas veces inconvenientes.

Con lo dicho hasta aquí, aun en la forma breve como fue expuesta, se desprende la tendencia dominante del régimen hispánico en América que consistió, fundamentalmente, en mantener y respetar usos, costumbres y leyes de los naturales, siempre que no chocaran con los principios de la religión Cristiana ni con las Leyes fundamentales españolas.

Constituida una nacionalidad nueva, pero sólidamente establecida mediante la fusión de españoles y americanos, fue racional y adecuada la estructura que se dio a los diversos reinos, partes integrantes del estado español, ya que mediante esa estructura, se consolidaron las nacionalidades que habían de constituir más tarde las repúblicas hispano-americanas sin destruir a los pueblos aborígenes, como en otros casos aconteció. La multiplicidad de Leyes, que pudiera haberse considerado como un método deficiente, se debió a la necesidad de adaptar la cultura europea dentro del medio indígena con el menor detrimento de éste, y fue forzosa esa multiplicidad que en muchos casos aparecen como ensayos fundamentales españoles, hasta llegar a la mejor adaptabilidad. Preocupación constante de la legislación española, sin perjuicio de abusos individuales, fue establecer un sistema jurídico y político que más conviniera a las poblaciones a quienes había de regir.

El sistema imperante que sucedió al hispánico siguió un camino diverso, ya que el Derecho que había de implantarse en las naciones independizadas de España no se inspira en los hechos y en las costumbres del país, sino que se procuró borrar en todo lo posible el pasado, y para poder proveer de nuevas Leyes e instituciones al México independiente se tomaron como modelos regímenes e instituciones ajenas a toda tradición, y en muchos casos inadaptables. Tendencias igualitarias y antirreligiosas, opuestas a los antecedentes nuestros, dominan nuestro sistema del México independiente, pretendiendo

alcanzar con ello un progreso que se creyó había de tener como base la destrucción de lo hispánico y la adopción de lo extranjero. La tendencia antirreligiosa por una parte, opuesta a la tradición y costumbres imperantes, y un falso concepto de igualdad, son las tendencias más marcadas del nuevo régimen.

Las tendencias más marcadas del Derecho Novo-hispánico que las del Derecho de México independiente altera, cuando no destruye, son: la religiosidad dentro del credo Católico, tanto en el orden político como en el privado; una aparente desigualdad respecto a la aplicación de las leyes entre la población española y la indígena, manifestada también en una jerarquía de valores humanos que no implicaba clasificación de castas, que imposibilitan al individuo salir de aquella en que hubiere nacido, sin apreciación de méritos personales, morales e intelectuales; la preocupación por adaptar las normas a las necesidades comprobadas por hechos, amoldándolas a la constitución natural de la población; el defectuosísimo sistema fiscal que llegaba en ocasiones hasta una aparente despreocupación de los problemas económicos de carácter general, en cuya adecuada solución se pretende en nuestros días basar toda idea de adelanto y de progreso; la arraigada convicción de un Derecho Natural grabado en las conciencias de gobernantes y gobernados, como fundamento de las instituciones y de las leyes positivas; la carencia de expresión de la voluntad popular, que fue acentuándose especialmente en los últimos tiempos del régimen, en virtud de un regalismo cada vez más exage-

rado. Otras características menos notables podrían apuntarse.

Frente a esas tendencias, las del México independiente parecen notoriamente impuestas, y esto no precisamente por parte de la población, sino por parte de los regímenes gubernamentales imperantes; la religiosidad va siendo suplantada por un sistema arreligioso que culmina en un extremado laicismo, cuando no en períodos persecutorios; el principio de igualdad absoluta ante circunstancias y personas desiguales, ocasionan la mayor desigualdad en perjuicio de los más sumisos o de los menos bien dotados; la implantación de leyes que se toman de moldes extranjeros sin cuidar si se adapta o no al nuestro, resultan a menudo contrarias a la constitución natural de la nación; las correcciones necesarias al deficiente sistema fiscal, no se realizan en las primeras décadas de nuestra vida independiente, y si en los últimos tiempos algunas van llevándose a cabo, es cifrando toda la idea de progreso en elementos exclusivamente materiales; el esfuerzo por borrar de las conciencias los principios del Derecho Natural, sustituyéndolos, ante la imposibilidad de convivir sin principios fundamentales, con normas escritas que las autoridades deben acatar, pero que se modifican o se borran con la misma facilidad con que se redactan; el establecimiento de la representación popular como medio de expresión de la voluntad nacional, cuyos resultados prácticos parece obvio comentar.

Si nos concretamos a los sistemas gubernamentales de una y otra épocas, es evidente el cambio brusco y radical,

sin que al hacerlo constar se prejuzgue de la conveniencia de él; de monarquía a república, de centralismo a federalismo, de unión a la separación de poderes.

Pero debe hacerse notar que todos estos cambios no se hicieron de modo repentino, ya que al lograrse la Independencia muchas tendencias reformistas habían aparecido, y después de ellas su implantación, al menos en algunos de los cambios manifestados, no alcanzaron desde luego su plenitud. Para profundizar este tema sería necesario examinar cómo empezaron a desarrollarse las nuevas normas e instituciones, cómo fueron precedidas desde largo tiempo atrás por doctrinas que la decadencia de España favoreció. Para esto conviene estudiar cuáles fueron las causas y resultados de esa decadencia, que el maestro Esquivel Obregón clasifica en dos grupos: las internas y las externas, y que las trata dentro del Libro VIII de sus *Apuntes*¹¹² al que me remito.

Debe hacerse notar que las nuevas tendencias obedecieron, sin duda alguna, a un plan preconcebido que cundió, en gran parte, debido a maquinaciones y propaganda oculta, pues de otra manera no habría explicación posible de la uniformidad con que en todo el mundo y en forma simultánea fueron aplicadas. El citado autor, no sin sólidos y repetidos fundamentos, señala como antecedentes del nuevo estado de cosas en muchos de sus aspectos al protestantismo, al judaísmo y a la masonería, pero la

112 Tomo III.

exposición de este aspecto de nuestro tema nos obligaría a detenernos más de lo posible.

Un aspecto especialmente importante, y por demás interesante entre los cambios anteriormente apuntados, es la implantación del régimen constitucional en los términos que hoy se entiende por tal. Ya hemos considerado como no es indispensable que exista una constitución escrita a la manera de las que hoy son usuales, para decir que una nación tiene y se rige por normas constitucionales, ya porque dichas normas se encuentren diseminadas entre las varias Leyes del estado, porque tengan el carácter de consuetudinarias; a fines del siglo XVIII cunde la idea del constitucionalismo, a impulso de teorías enciclopedistas reforzadas y animadas por las que Rousseau había expuesto con extraordinaria aceptación general, y se llega a pensar que una sociedad sin constitución escrita que la rija se encuentra en estado de naturaleza del que debe salir, mediante la aceptación y promulgación de una constitución.

Pero además de estas doctrinas que dentro de un estudio especializado ameritarían detenido examen, existen antecedentes de hecho que informan el contenido de las constituciones escritas, y entre ellas muy marcadamente a las que en México hemos tenido, y el antecedente más importante es, sin duda alguna, la Constitución de los Estados Unidos de América, pues si bien es cierto que la serie de Constituciones sucesivas que fueron expedidas en Francia (1789, 1791, 1793) marcaron también cierta

influencia, no es comparable con la de la Constitución norteamericana.

Al buscar los antecedentes de nuestro pensamiento jurídico en materia constitucional, tenemos que apartarnos de la trayectoria tradicional española que en la misma España fue alterada en virtud de la Constitución de Cádiz de 1812, de la que nos ocuparemos, para fijar ahora nuestra atención en los Estados Unidos, de donde procede nuestro más importante modelo y antecedente de constitucionalismo. Examinaremos, por lo tanto, cómo surgió la Constitución en aquel país del norte, exponiendo los hechos con la mayor objetividad, guiándonos para ello de las exposiciones clásicas de Story y de Bryce.

En la segunda mitad del siglo XVIII, y gobernando en Inglaterra el rey Jorge III, existían en calidad de colonias británicas trece estados, en la costa norte de lo que hoy constituye el territorio de la Unión Americana. Cada uno de estos pequeños estados constituía una pequeña comunidad, la mayor de las cuales (Virginia) no contaba con más de medio millón de habitantes libres, y el total de las trece colonias no contaba arriba de tres millones de habitantes. Dependientes, en cierta forma, de la corona británica, gozaban en su administración interior de grandes libertades. Cada una tenía su propio gobierno, quien manejaba los asuntos propios con muy escasa intervención del gobierno de Inglaterra. Cada colonia tenía su legislación, que en parte modificaba o adicionaba la *Common Law* de Inglaterra. Entre todas estas colonias la

independencia era completa, y los únicos lazos de unión entre ellas era la comunidad de origen y el depender de la corona inglesa.

Ante diversas medidas que se juzgaron opresoras dictadas por el gobierno inglés, las colonias procuraron organizarse para oponer una resistencia en conjunto, pues comprendieron que luchar separadas hubiera sido ineficaz. Con ese objeto, se reunió un Congreso de delegados de nueve de dichas colonias en Nueva York el año de 1795, y a éste sucedió otro reunido en Philadelphia el año de 1774, en el que se encontraban representantes de doce de las colonias. A este segundo congreso se le denominó *Continental*, pues todavía hasta esa fecha no aparecía en los asuntos públicos la denominación de *Americano*, usada más tarde. Estos Congresos fueron los primeros intentos de unidad nacional entre los habitantes de América del Norte.

Un tercer Congreso se reunió el año 1775, y éste con carácter propiamente revolucionario, pues no tuvo otro fin que el de independizarse de Inglaterra. Un año más tarde, 1776, se declaró la independencia de las colonias, y en 1777 fueron expedidos y aceptados por todas ellas los *Artículos de Confederación y Unión Perpetua*, en los que se establecieron que los trece estados formaban una liga de firme amistad entre sí, tanto ofensiva como defensiva, pero quedó establecido que *“cada estado conservaría su soberanía, su libertad y su independencia, y todo el poder, jurisdicción y Derecho, que en virtud de la confederación*

no se hubiera expresamente delegado al Congreso de los Estados Unidos”.

Esta Confederación no fue ratificada por algunos estados, sino hasta 1781, y constituyó más bien una liga que un gobierno nacional, pues carecía de autoridad central, con excepción de la asamblea en que todos los estados se encontraban representados, y en la que cada uno de ellos tenía un voto; pero esta asamblea no tenía ninguna jurisdicción directa sobre los nuevos ciudadanos individualmente. No existía ningún Poder Ejecutivo federal, ni tampoco Poder Judicial federal; por lo tanto, no había manera de colectar fondos si cada uno de los estados no aprobaba tal medida, ni tampoco existía sanción alguna para el caso de desobediencia al Congreso, ya fuera ésta de los estados o de los individuos.

Esta falta de autoridad central y la lucha que los nuevos estados tuvieron que sostener contra Inglaterra, hasta la paz de 1783, crearon una situación sumamente precaria que, según expresión del mismo Washington, no era peor que la anarquía. Los negocios se encontraban en mala situación y las dificultades interiores iban en aumento, hasta que en enero de 1786 se reunió la *Convención de Delegados* de cinco estados en Annapolis (Maryland), para discutir los medios con que debía facultarse al Congreso para regular el comercio y mejorar de ese modo la difícil situación en que los nuevos estados se encontraban. Esa *Convención de Annapolis* rindió un informe proponiendo que fuera modificada la organiza-

ción del *Congreso Central*, así como los artículos de *Confederación y Unión Perpetua*, y el Congreso, habiendo aceptado las proposiciones de la *Convención de Annapolis*, recomendó a los estados que enviaran delegados para revisar los artículos de la Confederación y para que propusieran al Congreso las modificaciones o enmiendas que debieran hacerse y, por último, para expedir una Constitución federal adecuada a las exigencias del gobierno y a la conservación de la unión.

La Convención así convocada se reunió en Philadelphia el 14 de mayo de 1787, y fue electo como presidente de ella Jorge Washington. Con excepción del estado de Rhode Island, todos los demás se encontraron representados en la citada asamblea por las personas de mayor capacidad intelectual y la mayor experiencia política, que en cada estado pudo encontrarse; pero las instrucciones que recibieron se limitaban a la revisión de los artículos de la Confederación, y a proponer al Congreso las medidas necesarias para esta modificación. Con admirable audacia –dice Bryce–, doblemente admirable entre ingleses y abogados, la mayoría resolvió hacer a un lado las restricciones que se les impusieron, y preparar íntegramente una nueva Constitución que debería ser ratificada no por el Congreso ni las legislaturas de los estados, sino por los pueblos de los mismos.

Esta famosa asamblea se componía de cincuenta y cinco delegados, treinta y nueve de los cuales firmaron la nueva Constitución, cuya redacción dio lugar a cinco

meses de intensa labor por parte de los delegados. La magnitud de esta labor —dice Bryce— sólo es comparable a la magnitud del objeto y al esplendor del resultado. Los debates eran secretos, lo que demuestra la confianza de que gozaban los asambleístas; pero esta forma de deliberar permitió a la asamblea librarse de las críticas exteriores, que fueron fuertes y numerosas tanto por parte de los individuos como por parte de algunos estados, y sólo de esta manera pudo llevarse a cabo una labor que en varias ocasiones estuvo a punto de fracasar y que hubiera fracasado de haberse escuchado el cúmulo de opiniones, pareceres y objeciones del exterior.

El archivo de la Convención fue puesto bajo la custodia de Washington, quien en 1796 lo depositó en el Departamento de Estado. En 1819 fue publicado por J.C. Adams, y más tarde James Madison publicó sus notas sobre las discusiones de la Convención, de la que el propio Madison fue uno de los más conspicuos miembros. La Historia de la Convención, que no es sino la Historia de la redacción de la Constitución de los Estados Unidos, se ha tomado de las actas publicadas por Adams y de las notas de Madison; y por estas fuentes puede apreciarse la enorme labor de los constituyentes americanos y las grandes dificultades con las que tropezaron. La labor de la Convención de Philadelphia no consistía en reformar o modificar las bases preexistentes de una organización nacional, sino que creaba una nueva nacionalidad constituida por trece estados independientes, en los que dominaba un profundo sentimiento de independencia y liber-

tad, y entre los cuales en muchos casos existían intereses encontrados. Había que unir a los diversos estados, y al mismo tiempo hacer que conservaran la mayor independencia y libertad, lo cual aparentemente resultaba contradictorio.

Desde que fue promulgada la Constitución, se ha discutido si las antiguas colonias, al unirse, constituyeron desde luego una nación propiamente dicha, o bien si esta unión no fue más que una preparación para que, con el transcurso del tiempo, surgiera de esta misma unión la nueva nación. Sin duda que una de las mayores dificultades que tuvieron que sobreponer los constituyentes fue esta diversidad de intereses, y para evitar esas dificultades tenían que obtener, como obtuvieran en los diversos estados, sacrificios en beneficio de la unidad.

La Constitución fue aceptada por la asamblea el 12 de septiembre de 1787; y por una resolución tomada en la misma fecha, se ordenó que fuese presentado el proyecto a los estados reunidos en Congreso. La asamblea manifestó la opinión de que debería ser sometida a una convención de delegados elegidos en cada estado por el pueblo, bajo la vigilancia de las respectivas legislaturas, para obtener su asentimiento y ratificación, y que cada convención que ratificase debería dar aviso al Congreso. La asamblea propuso, además, que tan pronto como nueve estados hubieran ratificado la Constitución, el Congreso fijase un día para el nombramiento de los electores de cada estado, y otro día para el nombramiento de presi-

dente por los mismos electores, y para fijar la fecha en que la Constitución entraría en vigor, después de la cual se procedería a la elección de senadores y de diputados.

Desde que el Congreso recibió el informe de la comisión el 28 de septiembre de 1787, decidió unánimemente que este informe con la resolución y las cartas que le acompañaron serían enviadas a las legislaturas locales, para ser sometidos a una asamblea de delegados elegidos de cada estado por el pueblo, de acuerdo con la opinión omitida por la convención. Las legislaturas locales convocaron a asamblea o convenciones especiales en cada uno de los estados que habían sido representados en la convención general, y por medio de estas convenciones fue ratificada la Constitución por once estados. Inmediatamente el Congreso, por resolución de 13 de septiembre de 1788, fijó el primer viernes del mes de enero siguiente, para el nombramiento de los electores que debían elegir al presidente; el primer viernes del mes de enero siguiente, para la reunión de esos electores y la elección del presidente; y el primer viernes del mes de marzo, para fijar el tiempo y lugar en que la nueva Constitución se promulgaría.

En consecuencia, después de la elección de los senadores y representantes, el nuevo Congreso quedó organizado de acuerdo con la nueva Constitución el 4 de marzo de 1789, pero no fue sino hasta el día 6 de abril siguiente cuando se completó el *quórum*, y entonces, después de haberse hecho el escrutinio de los votos, se vio que Jorge Washington había sido nombrado unánimemente para

presidente, y John Adams para vice-presidente. El 30 de abril, el presidente Washington, después de haber prestado juramento, tomó posesión de su cargo y entró en vigor la Constitución. Carolina del Norte y Rhode Island, que se habían rehusado a ratificar la Constitución, lo hicieron respectivamente en noviembre de 1789 y en mayo de 1790. De esta manera, los trece estados originarios formaron parte del nuevo gobierno.

Cuando los diversos estados enviaban a la Convención sus aceptaciones a la Constitución, acompañaban súplicas o recomendaciones para que se introdujeran algunos cambios en ella, y muchas de estas modificaciones fueron aceptadas desde luego, cuando se encontraban apoyadas por una mayoría de dos terceras partes del Congreso y las tres cuartas partes de los estados. Estas son las modificaciones (*amendments*) de 1791, en número de diez, y constituyen lo que los americanos, siguiendo los precedentes de Inglaterra, llaman un *Bill* o Declaración de Derechos (*Declaration of rights*).

Sin duda alguna, que la Constitución americana de 1789 merece el respeto y veneración con que los americanos la han visto siempre, a pesar de las objeciones que puedan hacerse; y cabe preguntarse, como lo hace Bryce, a qué causas, además de la capacidad de sus autores y de la paciente labor que le dedicaron, deben atribuirse los méritos que le son debidos o, en otros términos, de qué elementos dispuso la Convención de Philadelphia para llevar a cabo esa gran empresa, como es la creación

de una nación por medio de un instrumento de gobierno. El mismo autor citado se contesta: la Constitución americana no es una excepción a la regla de que todo aquello que tiene poder para lograr la obediencia y el respeto de los hombres, debe estar profundamente enraizado en el pasado, y que mientras más lentamente crece y se desarrolla una institución, tanto más larga será su duración; y añade, hay muy poco en esta constitución que sea absolutamente nuevo. Los hombres de la Convención de Philadelphia tenían la experiencia adquirida de las leyes e instituciones inglesas, que supieron adaptar a un medio y a un momento distinto del medio inglés.

Esta breve exposición de los hechos que culminan con la Constitución norteamericana, era indispensable para poder juzgar de la conveniencia y adaptabilidad de esa famosa Ley al medio mexicano. En efecto, si los acontecimientos que informan y determinan la Constitución de los Estados Unidos son análogos a los de México, podríamos llegar a la conclusión que frente a antecedentes similares, los consecuentes tendrán que ser también iguales, similares, pero si los antecedentes en uno y otro caso son diversos, las conclusiones no pueden ser iguales. Examinaremos entonces cuáles son los antecedentes de nuestro medio mexicano, para deducir si éstos permiten o no la adopción de un sistema constitucional como el norteamericano.

CAPÍTULO XL

EL CONSTITUCIONALISMO

Si la heroica defensa que los españoles hicieron de su territorio en contra de la invasión napoleónica, fue factor de gran importancia para el fin que tuvo aquél famoso emperador de los franceses, no se manifestó igual oposición ante las ideas que los mismos franceses aportaban. Las armas francesas fueron rechazadas, pero el espíritu francés cundió y fue aceptado.

Con fecha 18 de marzo de 1812, las Cortes españolas reunidas en Cádiz promulgaron la Constitución de la monarquía española, mandando que fuera publicada, jurada y cumplida en todos los reinos de ultramar; semejante cambio en forma tan absoluta respecto del sistema político español no provenía de la tradición y de las costumbres del pueblo, y una uniformidad sin distingos no podía corresponder —dice Esquivel Obregón— a necesidades de países tan variados en su constitución geográfica y racial. Probablemente el entusiasmo de la novedad, la ambición de un progreso pero de difícil realización, engañó sinceramente al grupo de constituyentes de Cádiz que rompían de plano con toda la tradición. La Constitución de 1812, nueve años antes de consumada nuestra independencia, fue la primera Ley de esta índole que pretendió aplicarse en México y, ya veremos, con qué resultados.

Dicha Constitución aparece dividida en doce títulos y cuyo contenido es, sintéticamente expresado, el siguiente: en el primer título se encuentran dos capítulos, en el primero de los cuales se define la nación española como la unión de todos los españoles de ambos hemisferios, y establece a continuación que la soberanía reside, esencialmente, en la nación, y pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales (art. 3). Garantiza la conservación y protección por medio de leyes justas, de la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de los individuos que componen a la nación (art. 4).

En el mismo título primero, y bajo el capítulo segundo, se define quiénes son españoles, expresando que lo son *“todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de España y los hijos de éstos, así como los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes, carta de naturaleza”*. Establece el mismo capítulo *“la obligación de todo español para contribuir en proporción de sus haberes, para los gastos del estado”* (art. 8). El título segundo se encuentra dividido en cuatro capítulos, el primero de los cuales se refiere al territorio de la nación española (art. 1); el segundo se refiere a la religión Católica Apostólica Romana, como la única que perpetuamente profesaría el pueblo español, y prohíbe el ejercicio de cualesquiera otras (art. 12); el tercer capítulo se refiere a la forma de gobierno que será el de monarquía moderada hereditaria, siendo conjunta del rey y de las Cortes la facultad de hacer leyes. El capítulo quinto se

refiere a los ciudadanos. El título tercero, con once capítulos, se refiere a las Cortes; el modo de formarlas, la elección de Diputados, el reglamento de sesiones, las reglas para la formación de las leyes, etc.

El título cuarto se refiere al rey, a quien declara inviolable y le asigna la potestad de hacer ejecutar las leyes, decretar reglamentos, vigilar la buena administración de la Justicia, nombrar magistrados judiciales, declarar la guerra y ratificar la paz, ejercer el patronato eclesiástico, nombramiento de ministros y otras funciones análogas. El título quinto reglamenta la administración de Justicia, distribuyendo competencias entre los diversos órganos judiciales, respecto a los cuales con detalle expresa sus funciones y atribuciones. El título sexto trata del gobierno interior de provincias y pueblos, respecto de los cuales establece que en cada uno de ellos deberá haber un Ayuntamiento, cuya estructura también establece el propio título, así como la forma de ser nombrados sus miembros y las funciones de ellos.

El título séptimo se refiere a las contribuciones, facultando a las Cortes para decretar las generales, las provinciales y las municipales, y determinando, además, las funciones del secretario de Hacienda en materia de contribuciones y distribución de fondos públicos. El título octavo se refiere a la fuerza pública, y establece que es obligación de todo español el servicio militar.

El título noveno establece las normas relativas a la instrucción pública, ordenando que en todo pueblo se esta-

blezca escuela de primeras letras, en las que deberá enseñarse a leer, escribir y contar, así como el Catecismo de la religión Católica. En este mismo título se encuentran las normas relativas al establecimiento de universidades, y otros planteles de instrucción; el plan de enseñanza debería ser uniforme en todo el reino, bajo la inspección de una dirección general de estudios. El título décimo trata de la observación de la Constitución y sus reformas; el procedimiento para llevarlas a cabo, respecto del cual se establecen normas extraordinariamente complicadas.

Muy conveniente sería estudiar con detalle este falso texto constitucional, que al pretenderse aplicar en la Nueva España hubiera sin duda producido una situación anárquica. En efecto, el cambio era de manera tan radical, y las omisiones para poderse adaptar a un sistema completamente contrario como el establecido en América fueron tales, debido a propósito deliberado o a olvido, que en muchos casos no era posible su vigencia. Entre otras cosas, la famosa Constitución de Cádiz establecía que el monarca no podía delegar su autoridad ni en todo ni en parte, y, además, no menciona a los virreyes; en esas circunstancias ¿cuál iba a ser el régimen que rigiera en los reinos americanos?, ¿cómo iban a ser gobernados desde ese momento en adelante? El resultado fue que siguió el virreinato de hecho, y el virrey de la Nueva España planteó la cuestión ante las autoridades españolas, señalando diversos aspectos de la Constitución inadaptables al medio, tales como las elecciones que tenían que hacerse para el nombramiento de diputados y otros asuntos más,

en los que aparecía palpable el desconocimiento absoluto del medio por parte de los constituyentes.

Por su parte, la Audiencia de Nueva España, en 18 de noviembre de 1813, elevó una representación a las Cortes, haciéndoles ver la imposibilidad de aplicar la Constitución. El memorial que la Audiencia dirigió con este motivo encierra una numerosa serie de prudentes y moderadas observaciones, expresadas en estilo sobrio y digno, y dicho documento, que se ha relegado al olvido, merece ser estudiado, ya que de él se desprende a qué grado resulta funesto un cambio radical en que las nuevas Leyes se imponen a un sistema que paulatina y espontáneamente se había ido integrando.¹¹³ El aludido documento, tras de la larga enumeración de observaciones concretas que encierra, expresa:

“El soberano Congreso, meditando con su profunda sabiduría sobre todas estas verdades, se dignará de considerar que las instituciones políticas no se consolidan sino en cuanto son acomodadas al tiempo, al país y a la correlación entre los hombres y las cosas; que las fuerzas sociales sólo se conservan por la regularidad del gobierno y por su unidad y firmeza; que el reunir en virtud de la sabia constitución, la libertad civil de los gobernados con la autoridad justa, o poder legítimo y necesario de los que gobiernan,

113 Dicho documento aparece publicado en la obra de Carlos M. de Bustamante, titulada *Cuadro Histórico de la Revolución Mexicana*.

no puede ser mientras que el espíritu público se halle extraviado; y en fin, que está en el orden invariable de las cosas que sean inadaptables a personas o circunstancias tan contrarias unas mismas disposiciones; por lo cual, si éstas haya favorecidas y auxiliadas por la opinión general, vigorizan al gobierno, combatidas aquí por una opinión opuesta, lo están minando, y es lo cierto que sin gobierno nunca hubo Leyes constitucionales ni otras algunas, porque no han de ejecutarse ellas por sí mismas”.

Consecuencia de la Constitución de Cádiz fue la abolición de la *Inquisición*, las libertades otorgadas a los extranjeros para establecer en todos los dominios españoles todo género de industrias y manufacturas sin necesidad de previo permiso; y otras Leyes consecuencia de la nueva mentalidad reinante, tales como la supresión de los privilegios de la *mesta* y la acotación de todas las tierras de dominio particular; la celebración de contratos de colonización de parte de las provincias internas, como fue el caso de *Texas*, que sin duda alguna es antecedente de los acontecimientos que más tarde habían de culminar con la pérdida de esa parte del territorio.

Ante la imposibilidad de aplicar en sus términos la flamante Constitución de Cádiz, y con motivo de la reinstalación en el trono español de Fernando VII, que el virrey Calleja dio a conocer en bando de 10 de agosto de 1813, fue abolida esta Constitución por decreto de 4 de mayo de

ese mismo año. Es sin duda lamentable que hubiera tocado a Fernando VII, monarca de tan triste memoria, tomar medida que sin duda alguna resultaba prudente, pero que se desvanece ante otra multitud de medidas y normas expedidas por ese monarca, que tan lejos estuvo de corresponder a los anhelos que en él se habían cifrado.

La restauración en el trono de Fernando VII, demuestra el arraigo que la idea monárquica tenía en los dominios españoles, y muy particularmente en México, pues bien sabido es que incluso los primeros movimientos de independencia se hicieron al grito de *¡viva Fernando VII!*, y que cuando los mismos caudillos que propugnaban por la independencia de México pretendieron desvincular al pueblo del soberano español, el resultado fue la desertión y el abandono de los caudillos. Muy expresivo es, a este respecto, el manifiesto que Ignacio López Rayón lanzó contra la resolución tomada por el Congreso de Chilpancingo, cuando éste, debido a los triunfos alcanzados por Morelos, creyó llegado el momento de hacer una definitiva y solemne declaración de independencia. El citado manifiesto dice, en lo conducente, a la letra:

“El día seis de noviembre de este mismo año, fue presentado a V. M. el proyecto de decreto sobre declaración de absoluta independencia de esta América Septentrional: yo expuse entonces y he pretendido después, repetir los riesgos de semejante resolución... Desde los primeros días en que se alarmó la nación para vengar los

ultrajes, se oyó el voto universal para la erección de un cuerpo soberano que, promoviendo la felicidad común, fuese fiel depositario de los derechos de Fernando VII... los pueblos... lucharon con la arbitrariedad del gobierno que los ha oprimido, pero jamás quisieron ofender la autoridad de un rey que ha sido sagrado aun en sus corazones. Nada exagero, señor, refiriéndome en prueba de esta proposición a un hecho público, debiendo asegurar a V. M. que no ha sido el único en su especie. En la Villa de Saltillo, punto a donde el año de 1811, se dirigió el ejército después de haber sido dispersado en Calderón, esparció la malignidad o la imprudencia, que el Generalísimo, altamente indignado con los tiranos, iba a romper cuantos lazos habían estrechado a esta parte de la América con su metrópoli, declarándose por artículo primordial, su total independencia del trono de los Borbones. Apenas circuló vaga esta voz, desertó de nuestras banderas considerable número de soldados, repitiéndose en los días siguientes la desertión, y notándose generalmente un disgusto sobremanera peligroso. Aún pasó adelante el estrago y fueron terribles sus consecuencias. Los desertores engrosaron el partido débil de los enemigos de aquel rumbo y cundió la desconfianza y el daño hasta cometer el atentado de aprisionar, en Béjar, al benemérito Aldama, y en Acatita de Baján, a los primeros jefes, aquellos mismos que poco antes,

entre las balas y riesgos, supieron rendir pruebas incontestables de reconocimiento y buena fe...”.

No obstante la advertencia de Rayón, el Congreso de Chilpancingo mantuvo su declaración de independencia, y el resultado fue la deserción de la gente de Morelos, quien no volvió a tener ni un sólo triunfo y a la postre fue hecho prisionero y fusilado. Pero antes de este acontecimiento, otra asamblea se había reunido en Apatzingán, donde con fecha 22 de octubre de 1814, se aprobó la Constitución que lleva el nombre de ese lugar.

Los constituyentes de Apatzingán nos demuestran a qué grado estaba arraigada, dentro de las nuevas tendencias, la idea constitucional; y merece tomarse en cuenta la similitud que la Constitución de Apatzingán tiene con todas las Constituciones políticas que desde entonces comenzaron a surgir, siendo así que era prácticamente imposible que se hubieran puesto de acuerdo sin una labor oculta que venía fomentando y desarrollando las nuevas tendencias que borrarán todas las diferencias geográficas, raciales e históricas para constituir los nuevos estados dentro de principios que pudieran llamarse estandarizados y, por consiguiente, ineficaces en su aplicación práctica.

Si el cambio era extraordinariamente brusco, no en pocos aspectos se procuró paliar los nuevos principios con algunas normas que no se opusieran a las convicciones

más arraigadas del pueblo, tales como el mantenimiento de la religión Católica Apostólica Romana, como única que debía profesar el estado, como lo expresa en su artículo 1 la citada Constitución de Apatzingán. Pero el establecimiento del sufragio universal, el concepto de soberanía radicado en el pueblo, el procedimiento de elecciones para los representantes de éste, y otras medidas de esta índole, sin duda alguna eran radicales transformaciones no comprendidas por una población cuya preparación distaba mucho de poderlas asimilar.

Dentro de la Historia de los antecedentes jurídicos, pocos temas serían tan importantes como la investigación y comprobación, por medio de pruebas eficaces, de las causas que provocaron la expedición de las diversas constituciones tanto en Europa como en el continente americano. Desde luego, debe hacerse notar que todas ellas obedecen a un plan de unificación preconcebido, una igualdad legislativa mundial que especialmente en Derecho Público resulta contraria a la naturaleza de la misma Ley de ese orden, ya que ésta requiere amoldarse al lugar y al tiempo en lugar de una unificación artificial que si hoy pudiera ser materia de ensayo, a principios del siglo XIX era prácticamente inconcebible.

De las investigaciones que se han hecho, que dista mucho de ser lo que este estudio pide, fácil es comprobar que esa tendencia unificadora fue obra de maquinaciones ocultas impulsadas por los gobiernos de Francia, Inglaterra y Estados Unidos, a quienes importaba que

España abandonara sus instituciones políticas tradicionales a cambio de ideas, sino es que de palabras abstractas, como las de libertad, igualdad y fraternidad.

Después de siete años de haberse revocado la vigencia de la Constitución de Cádiz, el 24 de julio de 1820 el virrey Luis de Apodaca publicó la *Real Orden* de 9 de marzo de aquel año, ordenando que se jurara de nuevo la Constitución de 1812. Esta vuelta a la Constitución de Cádiz coincidió con actos persecutorios contra la religión y con la difusión de la masonería en el ejército español, con lo que claramente se descubre la labor oculta hacia la unificación universal, hacia la indisciplina y la irreligiosidad.

En México se inician los dos grupos, que habían de manifestar sus tendencias contrarias en luchas cuantiosas a través del siglo XIX; ambos pugnando por la independencia, pero uno de ellos buscando el mantenimiento y conservación de la tradición hispánica; el otro, impulsado por el odio a la hispanidad, representaba la tendencia opuesta. La idea común de independencia fue aprovechada por Iturbide, que en las condiciones bien conocidas en nuestra Historia la consumó el año de 1821, cumpliendo así con los deseos generales de la población; pero también con los de Inglaterra, Francia y los Estados Unidos.

El efímero imperio de Iturbide, no borró la idea constitucionalista, y a su caída hubo nuevos intentos para expe-

dir la primera Constitución que había de regir al México independiente, promulgada en el año de 1824. Esta fue, sin duda, la primera Constitución del México independiente, pero antes de ella se había ya reunido el primer Congreso Constituyente que inauguró sus sesiones el día 24 de febrero de 1822 y cuyas actividades, como lo hace notar el profesor don Felipe Tena Ramírez en su *Derecho Constitucional Mexicano*, tiene dos etapas separadas entre sí, por cuatro meses en que estuvo clausurada. Durante la primera etapa, el Congreso no llevó a cabo ninguna tarea constituyente, sino que se dedicó a hacer política en contra de Iturbide, por lo que disuelto el 31 de octubre de 1822, fue reemplazado por la *Junta Instituyente* que formuló el proyecto de *Reglamento Político para el Imperio Mexicano*. Tras del levantamiento de Santa Anna y la abdicación de Iturbide, se reanudó el Congreso en su segunda etapa, que se concretó con realizar un proyecto de constitución que no llegó a tener vigencia.

El 5 de noviembre se constituyó el *Segundo Congreso Constituyente* que expidió una Ley, obra de Ramos Arizpe, conocida como *Acta Constitutiva*, creando los estados, implantando el sistema federal y el bicammarismo, y el 4 de octubre de 1824 el mismo *Segundo Congreso Constituyente* expidió la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* propiamente, que con tal nombre y carácter rigió al México independiente, como se ha dicho.

A partir de este momento y de nuestros antecedentes históricos, deberíamos iniciar una etapa de investigación

detallada acerca de las fuentes, contenido y eficacia de esta Constitución y de las que le siguieron; pero para ello necesitaríamos aún más tiempo del que hemos empleado en antecedentes remotos de nuestra Historia jurídica. La multiplicidad de acontecimientos de nuestra vida nacional, como nación independiente; las luchas entre partidos que abarcan prácticamente todo el siglo XIX, las personalidades de los diversos jefes encabezando uno u otro bando, ameritaría repetir nuestra Historia pródiga en acontecimientos que explicarían nuestro sistema político. Basta apuntar que del primero al último de los Congresos Constituyentes, según la cuenta que hace de ellos el profesor Tena Ramírez, existieron no menos de ocho. Después del segundo que dio a luz la Constitución del año de 1824, nuevos intentos para otra Constitución se apuntaron desde luego, pero no fue sino hasta el año de 1836, cuando el *Tercer Congreso Constituyente* expidió una serie de siete leyes, aprobadas en abril de ese mismo año, y que se conoce como Constitución de las *Siete Leyes*, cuya principal característica fue el establecimiento del *Supremo Poder Conservador*, que ha sido objeto de duras críticas, no todas fundadas.

Después de esta Constitución, los levantamientos, luchas entre partidos e inestabilidad nacional se acentúan aún más, y ocasionan el establecimiento de un *Cuarto Congreso Constituyente* en el año de 1842, que no llegó a expedir nueva Ley constitucional. Un *Quinto Congreso Constituyente* designado por Santa Anna, con el nombre de *Junta Nacional Legislativa* se reúne en 1843, y tam-

poco llegó a tener resultados prácticos, por lo que el *Sexto Congreso* fue instalado el 6 de diciembre de 1846, en los momentos quizá más trágicos de nuestra Historia, que culminan con la desmembración de nuestro territorio, consecuencia de la guerra con los Estados Unidos.

No acabaron por esto las luchas de partidos y de personas, y en medio de ellas fue instalado el 18 de febrero de 1856 el *Séptimo Congreso*, del que surgió, expidiéndose con fecha 5 de febrero de 1857, la Constitución que había de estar vigente, aún cuando no siempre acatada, hasta la que actualmente nos rige.

ÍNDICE GENERAL

EL DERECHO DE LOS AZTECAS

Prólogo del Lic. don Miguel S. Macedo.....	3
EL DERECHO DE LOS AZTECAS	15
I. Introducción.....	15
II. Fuentes	21
III. Organización Política y Derecho de Gentes. Condición Social del Derecho	40
IV. Derecho de las Personas y de Familia.....	69
V. Derecho de Propiedad, particularmente de Bienes Raíces.....	101
VI. Obligaciones y Comercio.....	109
VII. Derecho Penal.....	118
VIII. Derecho Procesal.....	150
APÉNDICE	163
I. Leyes de <i>Nezahualcóyotl</i>	164
II. Leyes de los <i>Indios de Anáhuac</i> o <i>México</i>	183

INTRODUCCIÓN A LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO

Prólogo del autor	199
División de los diversos períodos de la Historia	
Capítulo I	211
<i>Derecho pre-romano en España</i>	213
<i>Colonias fenicias</i>	217
<i>Colonias griegas</i>	219
<i>Colonias cartaginesas</i>	219
Romanización de España	
Capítulo II.....	221
Derecho Romano	
Capítulo III. Primera parte	225
Capítulo IV. Segunda Parte	235
El Cristianismo y la invasión de los Bárbaros	
Capítulo V	245
Derecho Visigótico. Sus fuentes y contenido	
Capítulo VI.....	269
<i>Clases sociales</i>	276
<i>División de la Tierra</i>	277
<i>Derecho de Personas y Sucesiones</i>	277
El Derecho Español en el período de la Reconquista	
Capítulo VII. Primera parte	279

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

<i>Régimen de bienes en el matrimonio</i>	335
<i>Patria Potestad</i>	337
<i>Tutela y Curatela</i>	337
Capítulo XI. Quinta parte	339
<i>Derecho Privado II</i>	339
Capítulo XII. Sexta parte.....	353
<i>Derecho Privado III</i>	353
<i>Antecedentes Romanos</i>	353
<i>Antecedentes germánicos</i>	358
<i>Derecho Español</i>	359
Capítulo XIII. Séptima parte.....	369
<i>Derecho Privado IV</i>	369
<i>De las Obligaciones</i>	369
<i>Compraventa</i>	371
<i>Arrendamiento</i>	372
<i>Donación</i>	373
<i>Préstamo y usura</i>	374
<i>Prenda</i>	377
<i>Derecho Mercantil</i>	378
Capítulo XIV. Octava parte.....	381
<i>Derecho Penal y Procesal</i>	381
<i>Organización judicial y procedimientos</i>	389
Derecho Azteca	
Capítulo XV. Primera parte	393
<i>Introducción</i>	393
<i>Fuentes</i>	396

Capítulo XVI. Segunda parte	403
<i>Constitución social</i>	403
<i>Derecho Público: Forma</i>	
<i>de Gobierno</i>	407
<i>Extensión territorial</i>	408
<i>Población</i>	408
<i>Designación del rey</i>	410
<i>Religión</i>	414
<i>Cultura</i>	415
Capítulo XVII. Tercera parte	417
<i>Derecho Privado</i>	417
<i>Personas</i>	417
<i>Libres y Esclavos</i>	417
<i>Matrimonio</i>	420
<i>Patria Potestad</i>	424
<i>Derecho sobre las Cosas</i>	426
<i>Sucesiones</i>	432
<i>Obligaciones</i>	433
Capítulo XVIII. Cuarta parte	435
<i>Derecho Penal</i>	435
<i>Administración de Justicia</i>	444
<i>Procedimiento</i>	447
Descubrimiento de América y Derecho	
Capítulo XIX. Primera parte	449
<i>Bulas Alejandrinas</i>	449
Apéndice al Capítulo XIX	461

Capítulo XX. Segunda parte	469
<i>Bulas Alejandrinas II</i>	469
Los principios del Derecho Español en América	
Capítulo XXI	479
Primeras manifestaciones del Derecho Español en la Nueva España	
Capítulo XXII. Primera parte	493
Capítulo XXIII. Segunda parte.....	503
<i>De las Ordenanzas inéditas del año de 1524</i>	512
Preliminares de la organización estatal de la Nueva España	
Capítulo XXIV	517
La Constitución de la Nueva España	
Capítulo XXV. Primera parte.....	529
<i>El rey</i>	532
Capítulo XXVI. Segunda parte	543
<i>La Casa de Contratación de Sevilla</i>	543
<i>El Consejo Real y Supremo de Indias</i>	550
Capítulo XVII. Tercera parte	555
<i>El Consejo Real y Supremo de Indias (continuación)</i>	555
Capítulo XVIII. Cuarta parte	573
<i>El Municipio</i>	573
Capítulo XXIX. Quinta parte.....	587
<i>El Municipio II</i>	587

Capítulo XXX. Sexta parte.....	603
<i>La Audiencia</i>	603
Capítulo XXXI. Séptima parte.....	619
<i>El virrey</i>	619
<i>Beneficencia</i>	624
<i>Obras Públicas</i>	628
<i>Instrucción Pública</i>	629
Capítulo XXXII. Octava parte	633
<i>El virrey II</i>	633
<i>Real Hacienda</i>	633
<i>Minería</i>	645
Capítulo XXXIII. Novena parte	651
<i>La Iglesia y el Estado</i>	651
El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición	
Capítulo XXXIV	663
<i>Antecedentes históricos y</i>	
<i>principios fundamentales</i>	665
<i>Organización del Santo Oficio</i>	675
<i>Procedimientos de Inquisición</i>	679
<i>Penas impuestas por la Inquisición</i>	689
<i>Autos de fe y autillos</i>	693
El Derecho Privado en la Nueva España	
Capítulo XXXV. Primera parte	695
<i>Personas</i>	696
Capítulo XXXVI. Segunda parte.....	711
<i>De los Bienes</i>	711

Capítulo XXXVII. Tercera parte	727
<i>De las Sucesiones</i>	727
Capítulo XXXVIII. Cuarta parte	739
<i>De las Obligaciones</i>	739
<i>Del Comercio</i>	747
Fin del régimen hispánico en América y principios del México Independiente	
Capítulo XXXIX	751
El Constitucionalismo	
Capítulo XL	767

El Derecho de los Aztecas e Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México, se terminó de imprimir en octubre del 2002. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado de los licenciados Juan Carlos Gómez Martínez, Aldo Francisco Rodríguez Gutiérrez y Gustavo Frías Esquivel.

Diseño
Ismael González Reyes

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL



Sexta Época. Segunda Etapa



Dirección General de Anales
de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Colección " Doctrina "