

HISTORIA DEL DERECHO

Cap. I: Introducción al estudio de la Historia del Derecho

Cap. II: La España prerromana o primitiva

Prehistoria

Protohistoria

Pueblos endógenos

Pueblos exógenos

1. Proceso de romanización jurídica

a) Concepto de romanización

b) Aspectos de la romanización

Romanización militar

Romanización administrativa

Romanización jurídica

c) Etapas de la romanización jurídica de España

Desde los inicios de la Conquista hasta Augusto (218 a.C. – 19 a.C.)

Desde Augusto a Vespasiano (19 a.C. – 74 d.C.)

Desde Caracalla a Constantino (212 d.C. – 312 d.C.)

Desde Constantino hasta la entrada a España de los pueblos germánicos (312 d.C. – 409 d.C.)

2. Influencia del Cristianismo en el Derecho Romano

a) Surgimiento del Cristianismo

b) Difusión del Cristianismo en el Imperio Romano y en España

c) La Iglesia y el Derecho Canónico

d) Fuentes del Derecho Canónico

e) Influencia del Cristianismo en las distintas áreas del Derecho Romano

f) Fin y caída del Imperio Romano de Occidente

Cap. III: El Derecho de la España Visigoda (409 d.C. – 711 d.C.)

a) Las migraciones germánicas sobre el Imperio Romano

b) El Derecho germano primitivo

Concepto de Derecho

Derecho Penal

La Sippe

Ordalías

Derecho Político

c) Historia del Reino Hispano Visigodo

d) Instituciones Políticas del Reino Hispano Visigodo

Rey

Aula Regia

Oficio Palatino

Senado

Concilios

e) Fuentes del Derecho hispano visigodo

La ley

Civil

Eclesiástica

Costumbre Jurídica

Literatura jurídica o Doctrina

f) Fin y caída del Reino Hispano Visigodo

Cap. IV: El Derecho de la España Medieval o de la España dividida (711 d.C. – 1.492 d.C.)

1. La España Islámica (711 d.C.– 1.492 d.C.)

a) Mahoma y su influencia en el mundo árabe

b) Principios básicos de la religión islámica

c) Los musulmanes en España. Etapas de su dominación

Valiato (711 d.C. – 756 d.C.)

Emirato (756 d.C. – 912 d.C.)

Califato (912 d.C. – 1.031 d.C.)

Reinos de Taifas (1.031 d.C. – 1.492 d.C.)

d) Fuentes del Derecho Musulmán

El Corán

La Sunna

El Ichma

El Ray o razonamiento jurídico

2. El Derecho en la España Cristiana de la Edad Media (711 d.C. – 1.492 d.C.)

a) El Derecho en la España Cristiana en la Alta Edad Media (711 – 1.212)

Nacimiento de los Reinos de Castilla y León (Asturias)

Época de variedad jurídica

Derecho Territorial, Local, Personal

El Feudalismo en Europa y en España

b) El Derecho en la España Cristiana de la Baja Edad Media (1.212 – 1.492)

Aspecto Histórico: avances de los Reinos Cristianos en la Guerra de Reconquista

Aspecto Económico: progresos de la economía castellana de los siglos XII al XV

Aspecto Político Institucional: surgimiento de las Cortes de León y Castilla

Nuevas formas de ley

Ordenamientos y Pragmáticas

Aspecto Jurídico

Formación, difusión y recepción del Derecho Común en Europa y en España

Recepción orgánica e inorgánica del Derecho Común en Castilla

Incorporación del Derecho Común al derecho vigente

Unificación del Derecho Castellano

Pugna entre el Derecho Real de Castilla y el Derecho Común

Las Leyes de Citas

Cap. V: El Derecho de Castilla en la España Moderna (1.492 – 1.812)

1. Características

Supremacía del Derecho Real de Castilla sobre el Derecho Común

Expansión del Derecho de Castilla

2. Obra legislativa de los Reyes Católicos (1.492 – 1.516)

3. Obra legislativa de la Casa de Austria (1.516 – 1.700)

4. Obra legislativa de la Casa de Borbón (1.700 – 1.812)

La Ilustración y su influencia en el Derecho

El Derecho Natural Racionalista

La Constitución. Doctrina Constitucional

La Codificación

Cap. I: Introducción al estudio de la Historia del Derecho

Historia

La palabra historia, como *histor*, de la que con seguridad proviene, la usa por primera vez Homero en La Iliada. En el Libro XXIII, línea 486, relata una disputa en la que Idomeneo dice: Hagamos nuestro árbitro –Histor– a Agamenón, hijo de Atreo. Con el término *histor*, Homero señala al hombre sabio que reconoce las costumbres de la tribu y que, por ello, puede resolver en derecho y equidad un problema determinado.

Más tarde, para los jonios del siglo VI, la palabra historia designa las investigaciones que caracterizan toda actividad intelectual cuyo objetivo es encontrar la verdad para, finalmente, referirla a la verdad pretérita; a partir de este momento, la historia –como realidad objetiva y como saber acerca de esa realidad– es vinculada exclusivamente con el pasado, con el tiempo pretérito.

Tengamos presente que aun siendo una unidad, el tiempo es divisible en tres partes: pasado, presente y futuro. Se lo define como el número del movimiento respecto de lo anterior y lo posterior, es decir, es un accidente de permanencia relativa de los entes creados.

Todo ser histórico es temporal, pero no todo ser temporal es histórico. Para ello requiere estar dotado de entendimiento intelectual y libertad, y este ser es únicamente el hombre.

En primer lugar, la historia se refiere a las acciones humanas, es decir, a los acontecimientos conscientes y libres del hombre, y no a los hechos del hombre, que son aquellos movimientos que no tienen ese carácter; en general, todos los actos humanos, por ser realizados con conciencia y libertad, son actos históricos.

En segundo lugar, la historia se refiere a la investigación acerca del actuar y de las obras del hombre del pasado; esta investigación proporciona un saber denominado histórico, que puede ser más verdadero según sea el acopio de datos y su autenticidad, el campo de observación del investigador y la intensidad o penetración de su análisis.

La historia se refiere, en tercer lugar, al relato de lo investigado y descubierto. Investigar y relatar son dos tareas diferentes: exigen requisitos o condiciones distintas y corresponden a vocaciones diversas.

La historia se refiere, en cuarto y último lugar, a la interpretación del actuar humano y de las obras del hombre, que la investigación ha dado a luz y que la revelación nos ha mostrado.

Al ser la historia uno de los elementos de nuestra vida, su conocimiento nos permite comprender mejor el presente y, por tanto, mejorar el porvenir.

La Historia y la Historia del Derecho

La Historia es el conjunto de hechos sociales del hombre, que tienen un encadenamiento causal, y que influyen en el desarrollo colectivo.

La Historia del Derecho es una parte de la Historia, que tiene por objeto conocer, analizar, el pasado jurídico, entendiendo por tal, no el estudio estático y aislado de algún código antiguo o de una determinada institución ya muerta, sino el estudio dinámico de la idea del derecho y de sus realizaciones.

La Historia del Derecho busca conocer si el derecho aplicado en la práctica por los jueces a través de los tribunales, coincide con el derecho legislado, con el que está en la ley.

El Derecho Occidental

Vamos a estudiar la Historia del Derecho no de cualquier familia, sino que la Historia del derecho occidental, no obstante la existencia de otras familias.

La expresión occidental tiene una dimensión geográfica (Europa romana germánica eslava, América, Australia, Nueva Zelanda, Filipinas y la Unión Sudafricana), demográfica (tiene unos 1.600 millones de habitantes –un tercio de la población mundial–) y cultural (identidad greco romana, con aportes de la doctrina cristiana y el elemento germánico).

Como el derecho es parte de la cultura, existe un derecho occidental.

Dentro del derecho occidental aparecen dos grupos de ordenamientos jurídicos o subfamilias: los ordenamientos del grupo romano canónico (denominado por ciertos autores como Derecho Romano Germánico) y aquellos vinculados al derecho del *common law*. Desde la perspectiva de los derechos del *common law* se denomina a los sistemas del Derecho Romano Canónico como derechos del *civil law*.

Ambos difieren, no en cuanto a los principios e instituciones fundamentales que informan su normativa, sino más bien en cuanto a la sistemática de su estructura y al diferente valor que cada uno otorga a las fuentes formales del derecho.

Los elementos formativos del derecho son de dos tipos: ordenamientos jurídicos, que históricamente rigieron en algún pueblo determinado y que una vez terminada su etapa de vigencia, se extienden al derecho de otros pueblos produciendo cambios en él, y ciertas doctrinas o concepciones filosófico jurídicas, que más allá de su formulación teórica y de la importancia que tienen para la cultura de una civilización, han logrado trascender a la realidad histórica del derecho, haciéndose parte de los cambios que en él se produjeron.

Los elementos formativos del derecho occidental son los siguientes y el orden de su enumeración corresponde al orden cronológico en que apareció su influencia:

1. Elemento romano
2. Elemento canónico
3. Elemento germánico
4. Doctrina del Derecho Común
5. Concepción católica del Derecho Natural
6. Concepción racionalista del Derecho Natural
7. Concepción positivista del derecho
8. Concepciones socialistas del derecho

Instituciones comunes en el Derecho Occidental

Se puede hablar de la existencia de un derecho occidental, por la existencia de una serie de instituciones comunes que conservan los distintos sistemas jurídicos occidentales.

Por ejemplo, en el campo del Derecho Político o Público, existe un mismo concepto de persona y de sus derechos frente al Estado; esto lo reconocemos en las distintas instituciones que funcionan.

La existencia de la persona natural comienza con la concepción, y el nacimiento, la separación del claustro materno, da paso a la existencia legal. También se reconocen dos formas de declarar muerto a una persona: muerte natural y muerte presunta (una declaración judicial cuando se cumplen ciertos requisitos).

En el ámbito del Derecho Sucesorio, existen normas comunes en cuanto cómo se sigue el curso de una herencia testada y una herencia intestada.

Con respecto al Derecho Procesal, los conflictos jurídicos se resuelven en un proceso: las partes se acogen a la decisión de un tribunal imparcial conforme a la ley y de acuerdo a la legislación vigente. La cosa juzgada es el efecto que produce una sentencia firme: cuando se han interpuesto los recursos que la ley establece y han sido fallados, o cuando vence el plazo que se ha dispuesto para interponerlos, una vez que se resuelve, el fallo no puede ser sujeto a modificación, con miras a mantener la seguridad jurídica para vivir en paz.

Otra institución en común es la del debido proceso, esto es, aquel derecho del acusado o demandado a hacer valer sus prerrogativas –derecho a la defensa–; para que el proceso sea válido y no sea declarado nulo, debe ajustarse a derecho. Los Estados han asegurado la existencia de instituciones que velen por las personas jurídicas que, por motivos económicos, no puedan acceder a hacer uso de su derecho a la defensa y a ser oído en juicio. En materia judicial, la autotutela está penada, y la legítima defensa definida. Sólo los organismos pertinentes pueden administrar la justicia.

El estudio de la Historia del Derecho

Estudiamos Historia del Derecho por distintos motivos:

1. A través del estudio de la Historia del Derecho, nos damos cuenta de que el derecho nace de distintas

fuentes: la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y la ley.

Por ejemplo, en el Derecho Romano la fuente formal principal fue la doctrina, construida por juristas, pues su opinión tenía valor jurídico. Los romanos incorporaron a su ordenamiento jurídico leyes griegas, pero fueron interpretadas por los juristas romanos para ser aplicadas en Roma. Como la opinión tiene valor jurídico, tiene el mismo rango de ley: la jurisprudencia crea la norma.

En la Alta Edad Media, la fuente más importante fue la costumbre, y en la Baja Edad Media lo fue la opinión de los juristas (la doctrina).

En el siglo XVIII, surgió un sistema jurídico legalista, es decir, la fuente principal fue la ley, por influencia del pensamiento racional positivo.

2. Por medio del estudio de la Historia del Derecho, se obtiene un mejor conocimiento del derecho vigente. Es decir, la Historia del Derecho es un elemento que el juez puede utilizar para interpretar las leyes.

Se distingue entre una interpretación legal (la que realiza el legislador) y una interpretación judicial (la que hace el juez). En el derecho nacional, los elementos de interpretación de la ley los establece el Código Civil; en su artículo 19 establece que se puede interpretar una ley según la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

3. Mediante el estudio de la Historia del Derecho, se contribuye a formar en el estudiante de derecho una cultura jurídica básica, que debe tener toda persona que estudia derecho; constituye, por tanto, un ramo formativo, que conoce lo sustantivo del derecho occidental.

Elementos formativos del Derecho Occidental

A continuación, se dará una muy breve definición, sólo de tipo descriptivo, de cada uno de los elementos formativos del derecho occidental.

1. Elemento romano

Es el conjunto de normas jurídicas, principios de derecho, instituciones jurídicas que rigieron al pueblo de Roma y que se formó a través de las tres etapas de su evolución: arcaica, clásica y post clásica.

La etapa arcaica del Derecho Romano se extiende desde la fundación de Roma (753 a.C.) hasta el siglo III a.C., y comprende, por tanto, el período político de la monarquía y la parte de la república correspondiente a la república patricia.

El período clásico del Derecho Romano se extiende entre los siglos III a.C. a III d.C., y corresponde a la etapa política de la república patricio plebeya. Es la etapa de mayor desarrollo del derecho civil romano, a través de la actividad de los jurisprudentes y del procedimiento formulario del pretor.

Finalmente, la etapa post clásica del Derecho Romano es aquella era que evoluciona desde el siglo III d.C. hasta el 476 en Occidente y hasta el siglo XV en el Imperio de Oriente. Corresponde a la etapa política del Bajo Imperio o Dominado.

En occidente, el Derecho Romano se mantuvo vigente como ordenamiento del Estado romano hasta la desaparición del Imperio de Occidente, en el 476. El Imperio de Oriente, en cambio, tuvo una vida histórica más larga y termina con la conquista del Imperio Bizantino por los turcos otomanos, en el año 1.453.

El Derecho Romano, a partir del año 212 (*Constitutio Antoniniana*), se aplicó a todos los habitantes libres del

Imperio, iniciándose así el proceso de modificación del derecho de los diversos pueblos sometidos al Imperio por influencia del Derecho Romano, el cual hasta entonces sólo era privilegio de quienes detentaban la ciudadanía romana plena o latina. De este modo, en Europa occidental el Derecho Romano, a fines de la etapa clásica de su evolución, se constituye en una base común de integración en la evolución de los ordenamientos jurídicos de los pueblos que habitaban las Provincias, entre ellas, las que constituyeron desde el año 284 las diócesis de Hispania, Galias y Britania, entre otras.

2. Elemento canónico

El elemento canónico consiste en la influencia producida por el derecho de la Iglesia Católica, Derecho Canónico, en la evolución del derecho occidental. El Derecho Canónico es ese conjunto de normas jurídicas que regulan la estructura de la Iglesia, la conducta del clero y de los fieles. Las normas canónicas son dictadas por los Concilios y por el Papa. Con vigencia territorial más restringida, dictan normas canónicas los Concilios territoriales y los Obispos.

El derecho de la Iglesia es un elemento formativo del derecho occidental, como consecuencia de la expansión del Cristianismo dentro del mundo romano, desde los primeros años de su aparición. Proscrito y perseguido durante los primeros siglos, mediante el Edicto de tolerancia dictado el 311, el Cristianismo se constituye en una religión permitida dentro del Imperio Romano. En el año 390, se constituirá en la religión oficial de Roma.

En una primera época, la influencia del Cristianismo se manifiesta sólo en el ámbito de la moral.

Progresivamente, formado el Derecho Canónico, sus normas influyen directamente en el derecho de los Estados occidentales. El primer Concilio Universal es el de Nicea (325); a partir de esta época, el Derecho Canónico se convierte progresivamente en un ordenamiento sistemático de normas jurídicas.

El Derecho Canónico es un derecho vivo hasta el presente, y su influencia en el derecho occidental se mantiene hasta nuestros días en diversas formas.

3. Elemento germánico

Este elemento corresponde al derecho de los germanos, pueblos que, provenientes del norte de Europa, se introducen dentro de los límites del Imperio Romano, a partir de la dominación romana, constituidos por los ríos Danubio y Rin, en grupos sucesivos hasta el siglo V, en el cual su ingreso y desplazamiento adquiere características violentas.

Asentados dentro del Imperio en la calidad de colonos mediante pactos con los romanos, desde los primeros siglos de la era cristiana, a la época de la desaparición del Imperio Romano de Occidente, varios de estos pueblos ocuparán el vacío de poder dejado por la ausencia de las autoridades provinciales romanas.

De acuerdo a los testimonios romanos, estos pueblos tenían en común, además de determinados rasgos de tipo antropológico, formas culturales comunes, entre ellas, costumbres religiosas y sociales, dialectos con raíces comunes y un derecho consuetudinario que regulaba su convivencia social y su organización política. Este derecho era de tipo racial, en tanto estaba destinado exclusivamente para quienes eran de raza germánica. Sin embargo, constituidos los germanos a partir del siglo V en los grupos que dominan a los pueblos asentados anteriormente pertenecientes al Imperio, se produce el traspaso hacia éstos de ciertas formas de su derecho, el que es recepcionado principalmente a través de normas consuetudinarias. Algunas de ellas pasarán a integrar de modo permanente el derecho de occidente.

4. Doctrina del Derecho Común

Este elemento formativo del derecho occidental consiste en una doctrina jurídica elaborada en las universidades de la Baja Edad Media; ésta se formula mediante la aplicación de la técnica de la glosa y el comentario sobre dos fuentes: el Derecho Romano contenido en las recopilaciones justinianas (siglo VI) y sobre el Derecho Canónico recogido en el Decreto de Graciano y en las recopilaciones de decretales papales que le sirven de complemento. Una tercera fuente material, de menor importancia, es el Derecho Feudal a través de textos recopilados en Lombardía, y el Derecho Estatutario Italiano.

El Derecho Común fue elaborado con la finalidad de producir una unificación del derecho de la Europa cristiana, en torno a la unidad política sustentada por el Sacro Imperio Romano Germánico, y la unidad religiosa bajo la autoridad del Papa romano.

El Derecho Común es elaborado como parte del renacimiento cultural producido en occidente en la Baja Edad Media, en cual se busca, en todos los ámbitos de la cultura, la integración de la cosmovisión cristiana a la cultura greco latina.

5. Concepción católica del Derecho Natural

La religión cristiana, y especialmente el catolicismo, casi desde sus inicios dio origen a una teología y a una filosofía cristiana. Esto es consecuencia de un esfuerzo por explicar intelectualmente, con métodos lógicos, tanto el dogma como la compatibilidad de éste con las respuestas a los grandes temas tradicionales de la filosofía; esto es, temas ontológicos, axiológicos y gnoseológicos. Dentro de esta filosofía, en las diversas etapas de su evolución, surge también un pensamiento filosófico jurídico, en tanto éste busca responder problemas filosóficos sobre el derecho y la sociedad.

La filosofía jurídica católica es una concepción de Derecho Natural. Muchos de sus planteamientos fueron extraídos de la filosofía griega, en cuanto son explicaciones humanas sobre la existencia de un orden natural que se constituye en deber ser del contenido de las leyes humanas. Pero estos conceptos fueron aceptados e integrados en la filosofía jurídica en la medida en que resultaban compatibles con la verdad revelada. La filosofía católica, y la filosofía jurídica dependiente de ella, evoluciona en varias etapas, sin que exista contradicción entre ellas. Aparece así la etapa de la patrística, luego la escolástica, especialmente importante en la figura de Santo Tomás de Aquino y San Alberto Magno, y durante el siglo XVI, se manifiesta la etapa clásica del Derecho Natural católico, con Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Domingo Soto, entre los más relevantes. Finalmente, la concepción católica mantiene su vitalidad hasta nuestros días, en la que podríamos denominar contemporánea.

Para la concepción jurídica de la filosofía católica, la ley humana está obligada por un deber ser de contenido, el que viene determinado por la ley natural, que es aquella parte de la ley divina que Dios destinó a regular la conducta social del hombre. Por tanto, para el pensamiento católico, el derecho dictado mediante las leyes humanas no puede tener cualquier contenido, y si lo tiene y éste es contrario al Derecho Natural, ese derecho es injusto y, en consecuencia, no obliga. El Derecho Natural servirá siempre como punto de referencia para emitir un juicio sobre la justicia o injusticia de una norma jurídica positiva. Sobre esta base aparece un planteamiento sistemático sobre el deber de contenido de los más importantes aspectos del derecho: el poder, la sociedad, sus fines, la legitimidad de la autoridad, los derechos y la dignidad de las personas frente a las normas humanas, etc..

La concepción católica del Derecho Natural influyó en el derecho occidental, al menos desde la aceptación del Cristianismo como religión oficial el año 390, pero hasta el siglo XVI esa influencia se produjo a través y mediatizada por la norma canónica o mezclada con el Derecho Romano en la versión del Derecho Común. Sólo a partir del siglo XVI, a través de la escuela clásica del Derecho Natural, la concepción católica influye directamente en las transformaciones del derecho de occidente. Su influencia es importante en la determinación del concepto de igualdad natural proyectada al derecho por medio de las controversias sobre los derechos de la población americana, llevadas a cabo en el transcurso de las Polémicas de Indias, de la

separación entre poder espiritual y secular y el concepto de Estado.

6. Concepción racionalista del Derecho Natural

El jusracionalismo o concepción de Derecho Natural racionalista está vinculada a la filosofía racionalista de los siglos XVII y XVIII. De ella extrae los planteamientos teóricos fundamentales del método apriorístico desarrollado por el cartesianismo, los cuales aplica a la reformulación de las bases históricas del derecho.

Es una concepción de Derecho Natural en cuanto concibe al derecho como una dualidad: Derecho Natural y derecho positivo. El primero constituye el deber ser de contenido del derecho positivo. Para los jusracionalistas, el Derecho Natural reside en la naturaleza racional del hombre. Integradas en la racionalidad humana, de modo semejantes a las auto evidencias axiomáticas de la lógica, el hombre puede determinar mediante la aplicación del método riguroso de la abstracción lógica, el deber ser de su conducta racional. Alcanzará, de ese modo, a determinar ciertos derechos como inherentes a la naturaleza humana: libertad, igualdad, derecho a la propiedad de los medios necesarios para la vida deberán constituirse en condiciones y fundamento de todo ordenamiento jurídico positivo. Técnicamente, influye en las transformaciones del derecho occidental a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, a través del movimiento constitucionalista y de la codificación.

El constitucionalismo propicia la organización de la sociedad política sobre la base del pacto social, en la forma republicana democrática, como la única forma compatible con los derechos naturales del hombre. De ahí la imprescindible garantización de derechos de todos los textos constitucionales.

La codificación, como técnica de expresión del jusracionalismo, busca reformular todo el derecho como un sistema orgánico y no contradictorio con los principios constitucionales.

La influencia del elemento racionalista está en la base de las grandes transformaciones del derecho que hoy está vigente. La influencia del jusracionalismo formó parte del cambio producido en la cosmovisión occidental por efecto del movimiento cultural de la Ilustración, el cual, al separar a la cultura occidental de sus fundamentos religiosos, la constituyó en la cultura de una sociedad plural, donde la tolerancia y el acuerdo llegan a ser las únicas bases de la convivencia.

7. Concepción positivista del derecho

La concepción positivista el derecho, que surge en el siglo XIX, está vinculada a la filosofía positivista, de la cual extrae los más importantes planteamientos de tipo epistemológicos, por esta vía se entronca también con el empirismo, que se había desarrollado en el siglo XVII y XVIII, en contraposición al apriorismo racionalista, produciendo en Inglaterra importantes manifestaciones teórico jurídicas.

Dentro de la concepción juspositivista, existen diversas tendencias o expresiones, en permanente creación hasta nuestros días. Todas ellas tienen en común considerar al fenómeno jurídico como una unidad, cuya única expresión se manifiesta en la norma jurídica positiva. Por tanto, esta concepción niega la existencia de un Derecho Natural por sobre las normas positivas o leyes humanas. Esta explicación está íntimamente vinculada al fundamento metodológico de su filosofía, en cuanto ella acepta como único fundamento del conocimiento la experiencia empírica. Aplicado al derecho, ello nos lleva a la identificación entre el concepto de derecho con la expresiones normativas concretas que manifiesten eficacia en la regulación social.

La influencia del juspositivismo en la evolución del derecho occidental se ha dado principalmente en el desarrollo de una verdadera ciencia del derecho, como consecuencia de la aplicación de un método riguroso de análisis a los ordenamientos jurídicos reformulados, en gran medida por influencia jusracionalista. La elaboración de una teoría de la norma jurídica, de una dogmática jurídica, y de una investigación empírica como base del derecho, son aportes importantes del positivismo. Otro aspecto en que su influencia ha sido

apreciable es en torno a la interpretación del derecho.

8. Concepciones socialistas del derecho

Las primeras expresiones de estas concepciones sobre el derecho surgen a fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX. No se trata propiamente de concepciones integrales sobre el derecho, excluida la concepción marxista que sí se encuentra integrada a una explicación teórica total. La mayoría de ellas tienen planteamientos específicos tendientes a contraponerse, especialmente, a las formulaciones derivadas del liberalismo racionalista. Estas concepciones están vinculadas entre sí por ciertos planteamientos teóricos que les sirven de fundamento y por la temática que tratan respecto al derecho y su efecto sobre la sociedad.

Fundamentalmente todas ellas niegan validez a la determinación del contenido del derecho y de los derechos del hombre a partir de mecanismos lógicos de carácter abstracto. En este sentido, la mayor parte de estas concepciones se vinculan metodológicamente con el positivismo, en cuanto reconocen al diagnóstico que parte de la realidad de derecho. Niegan a la forma jurídica el carácter de instrumento de transformación de la realidad social que le otorgaban los juraracionalistas.

Por otra parte, todas ellas identifican a la estructura económica y en especial a la distribución histórica de la propiedad, como el soporte de las injusticias sociales y desigualdades, que a través de sus planteamientos pretenden resolver. Las diversas proposiciones para solucionar estos problemas se manifiestan en los socialismos utópicos, en las proposiciones de transformación de la propiedad privada en otras, de tipo comunitarista y cooperativista, o al menos en la coexistencia con éstas. La concepción marxista postula, en tanto, el colectivismo como forma de organización de la propiedad, es especial de los medios de producción.

La transformación del derecho de raíz individualista en uno de base social, que parta de la estructura real de la sociedad y regule la organización de los individuos a través de diversas fórmulas que les permitan defenderse, como mutualidades, cooperativas y sindicatos, son ideas también compartidas por la mayor parte de las concepciones socialistas. Sin embargo, el marxismo planteó que el derecho era una súper estructura determinada por las relaciones de producción y expresión del grupo dominante. Como consecuencia de este razonamiento, en el marxismo, el derecho social sólo tiene una función en la etapa de la dictadura del proletariado, pero no se le reconoce ninguna en la sociedad comunista.

Finalmente, otro de los temas importantes para las concepciones socialistas sobre el derecho son sus postulados sobre los fines y características del Estado. La mayor parte de los socialismos optan por agregar al Estado liberal democrático, dentro de sus fines fundamentales los de carácter social, como la redistribución de la propiedad, la constitución de la propiedad obrera, la garantía de la salud y de la educación como instrumento de igualación social y fundamentalmente la intervención económica del Estado, para producir de este modo la reestructuración social. Dentro de la concepción marxista, el Estado solamente tiene un papel importante en la etapa de la dictadura del proletariado, pues en la sociedad final comunista se postula su disolución.

Estas concepciones han influido en las transformaciones del derecho occidental, especialmente dando cabida a ciertas limitaciones al ejercicio absoluto del derecho de propiedad, en el desarrollo del trabajo y de los derechos previsionales. Durante gran parte del siglo XX, especialmente en países de menos desarrollo económico, los planteamientos socialistas de política económica fueron acogidos, informando por esa vía transformaciones jurídicas de importancia en el Estado, el régimen de la propiedad minera y las reformas de la propiedad agraria.

La concepción marxista sólo fue acogida en su integridad en la experiencia histórica que configuró la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Allí con el agregado teórico de la praxis leninista se llevó a cabo un ensayo de estructuración que incluyó el papel muy limitado asignado al derecho por el marxismo.

Cap. II: La España prerromana o primitiva

El derecho de la España prerromana o primitiva comprende dos períodos:

1. Prehistoria (2.500 a.C. – 1.100 a.C.)
2. Protohistoria (1.100 a.C. – 218 a.C.)

1. Prehistoria

La Prehistoria comienza con los primeros indicios del hombre en España, que corresponden a los períodos de la Edad de Piedra y Edad del Bronce.

En el norte español, se instala una cultura franco cantábrica (ciudad de Santander), de origen europea. En la Edad de Piedra, en el sur de España, existe una población de origen africana –cultura africana o capsiense–. Estos tipos de culturas se desarrollan económicamente a través de la caza y viven en cavernas, para protegerse del frío y de los animales.

En la Edad del Bronce, aparecen culturas más evolucionadas, como la de Almería, en el sur de España, de origen africana; esta cultura obtuvo progresos económicos significativos, así como en su estructura política, dando origen a nuevas culturas, como la de Argar, cerca de Granada. Todas estas poblaciones sureñas poseen elementos comunes; es una población de baja estatura, familia monogámica, con una economía agrícola y minera.

Nada se sabe acerca del derecho de estas culturas.

2. Protohistoria

La protohistoria de España comienza con la llegada de los fenicios a la Península Ibérica, quienes provenían, originalmente, de las costas del Líbano y de lo que hoy es Palestina. En el año 1.100 a.C., los fenicios fundaron en territorio español la ciudad de Gadir –actual Cádiz–.

Textos griegos nos informan acerca de estos acontecimientos.

Los griegos llegaron a España en el 900 a.C.. Estrabón (siglo IV a.C.) escribe una obra, donde describe la geografía universal del mundo antiguo. El Libro III de su escrito está destinado a la Península Ibérica. Otras fuentes para conocer la protohistoria española son Polibio, Poseidónio y Artemidores.

Los pueblos españoles de esta era se pueden dividir en dos grupos:

- a) Endógenos
- b) Exógenos

a) Pueblos Endógenos

Son pueblos autóctonos, es decir, que se encontraban en territorio español.

Existieron una serie de ellos:

1. Íberos

2. Celtas
3. Celtíberos
4. Cántabros
5. Váceos
6. Vascos
7. Tartesos

1. Íberos

Son de origen africano, asentados en Almería. Se desplegaron por la costa sur española.

2. Celtas

Son de origen europeo nórdico. Entran a España alrededor del 900 a.C., estableciéndose en la costa norte de España, especialmente en Galicia y en las zonas de Castilla, León y Asturias. Celta quiere decir noble o alto.

De su contacto con los íberos surgirá otro pueblo, los celtíberos.

3. Celtíberos

Resultaron de la fusión entre celtas e íberos; se ubicaron en el centro sur de España, constituyendo la población más numerosa a la llegada de los romanos a la Península y sus más férreos opositores.

4. Cántabros

Son de origen indoeuropeo; se localizaron en la región de Santander.

Su organización matriarcal llamó poderosamente la atención de los griegos. Las mujeres dirigían las nupcias; participaban en las labores agrícolas y de los combates bélicos.

Cuando una mujer alumbraba, el varón –para probar y reclamar la paternidad– seguía de cerca el parto, acompañando a la mujer en la simulación de sus dolores (covada). El permiso para casarse era pedido a la madre de la novia.

5. Váceos

Habitaron la región centro norte de España –Valladolid–. Poseían un sistema de propiedad común sobre la tierra. En consecuencia, la tierra de cultivo era anualmente sorteada, donde la autoridad determinaba quién las trabajaría. Una vez terminada la cosecha, la autoridad misma la recolectaba y procedía a repartirla, según las necesidades. La retención de parte de ella era severamente sancionada.

6. Vascos

Habitaron una región montañosa; tremendamente ariscos y de naturaleza belicosa; conservaron su lengua protohistórica, sin influencia latina. Se ubicaron en la región montañosa del norte español y sur francés.

7. Tartesos

Se ubicaron en la región de Sevilla y sus alrededores. Fueron el pueblo más trabajador de la España protohistórica, incluso, llegaron a auxiliar a las ciudades griegas que vivían bajo la amenaza de los persas.

Su origen no está claro. Se puede tratar de un pueblo africano íbero. Otra hipótesis es que los tartesos provenían de un pueblo del Asia Menor; según esta teoría, los tartesos serían parientes de los tirsenos. Hay una serie de hechos que apoyan este planteamiento. Los tirsenos se habrían instalado en Italia, en la Etruria, y luego en España, donde edificaron Tartessos. Ésta es fundada cerca del 1.100 a.C., cerca de Sevilla, bajo un sistema político monárquico, al igual que Etruria. Tanto tartesos como tirsenos mantuvieron estrechas relaciones comerciales y sociales con las ciudades griegas.

Tartessos fue organizada como una monarquía hereditaria. Heródoto, en su obra, hace mención a algunos de sus reyes, tal como Arganthonios, que vivió 150 años y gobernó largamente a su pueblo. Arganthonios habría autorizado el envío de dinero a Foceas, una ciudad griega del Asia Menor, para que fuera fortificada ante la amenaza persa.

Los tartesos constituyeron un pueblo dedicado al comercio y a la navegación; comerciaron objetos de plata y oro, finamente confeccionados, en toda la cuenca mediterránea. De hecho, en la Biblia se mencionan a los barcos mercantes de Tarsis, que dan crédito a las fuentes griegas.

La historia de los tartesos está unida a la de los griegos.

A mediados del siglo VI a.C. (535), según Heródoto, se produjo la Batalla de Alalía, donde se enfrentaron cartagineses y griegos, por la disputa de la hegemonía del Mar Mediterráneo. Derrotados los griegos, comienza la decadencia de su poderío y la consolidación de Cartago como primera potencia mediterránea. De esta forma, Tartessos queda expuesta a la voluntad de los cartagineses; las autoridades de la ciudad de Cartago, entonces, obligan a los tartesos al pago de onerosos tributos o impuestos, para, finalmente, destruirla el 500 a.C.. Así acababa su historia de siete siglos en la España protohistórica.

Instituciones jurídicas comunes

Todos los pueblos anteriormente mencionados comparten rasgos jurídicos comunes. Cada ciudad tiene un sistema jurídico cerrado, y es aplicado sólo sobre los miembros de cada comunidad. Sin embargo, nacen mecanismos que flexibilizan la aplicación del derecho de una comunidad a miembros de otra comunidad, como lo son los llamados Pactos de Hospitalidad y Pactos de Clientela, que analizaremos a continuación.

*** Pactos de Hospitalidad**

Era un acuerdo entre dos comunidades indígenas, en virtud del cual se celebraba un pacto recíproco; en ciertos casos, se podía aplicar el derecho de otra ciudad, particularmente en cuestiones comerciales.

Los llamados teseras eran una especie de medallón de bronce, que le permitían al individuo que lo portara entrar en otra ciudad y regirse por las normas que regían en su ciudad.

*** Pactos de Clientela**

Consistía en un acuerdo entre sujetos particulares, no entre comunidades, como el caso anterior. Una de las partes se denominaba patrón (protector) y la otra se llamaba cliente. El patrón ofrecía a uno o más clientes su protección, además, les entregaba tierras para ser trabajadas y los recursos necesarios para llevar a cabo la tarea; por su parte, el cliente prometía prestar sus servicios laborales y también militares a su patrón.

La clientela produce una flexibilización del derecho, pues cuando patrón y cliente pertenecían a ciudades distintas, el cliente pasaba a regirse por el derecho de la comunidad de su patrón.

Cuando la clientela era de tipo militar, iba apoyada por un juramento, de carácter religioso: el cliente ofrecía su vida a los dioses para salvar la de su patrón. Si un cliente sobrevivía a una batalla y su patrón moría en ella, el cliente tenía la convicción de que debía luchar hasta morir o hasta ganar la lucha, para reestablecer el equilibrio que se había roto con la muerte de su patrón.

En el 133 a.C., en Numancia, comienza un movimiento rebelde contra Roma. Por ello, doce legiones fueron enviadas al lugar, para acabar con la insurrección, bajo el mando del general romano Escipión Emiliano, destructor de Cartago en la III Guerra Púnica. Con 60 mil legionarios, los romanos decidieron sitiar Numancia, que era el foco de la rebelión. Luego del asedio y de la interrupción de los suministros a la ciudad amotinada, los romanos le ofrecieron pactar, firmar la rendición y reestablecer la paz. Sin embargo, Numancia rechazó el ofrecimiento y, convencidos ya de la derrota que sufrirían, decidieron lanzarse a una inmensa pila de fuego, inmolándose todos sus habitantes, pues esa era la forma de cumplir con los numerosos pactos de clientela militar que poseían.

Los romanos quedaron sorprendidos con la acción de la población de Numancia. Los romanos pusieron especial atención en la clientela militar, por ello la erigieron como requisito para integrar la guardia pretoriana, encargada de la seguridad de la ciudad de Roma y de la autoridad, incorporándose al derecho castrense romano.

b) Pueblos exógenos

Son pueblos foráneos, es decir, que llegaron con posterioridad al territorio peninsular para fundar allí sus colonias. Se pueden distinguir, también, una serie de ellos:

1. Fenicios
2. Griegos
3. Cartagineses

1. Fenicios

Según las fuentes griegas, en el año 1.100 a.C., navegantes fenicios llegaron a España, fundando la ciudad de Gadir. Este pueblo procedía de la costa del Medio Oriente, especialmente del Líbano, donde tenían asentadas sus ciudades: Sidón, Tiro, Berito, Arados, Ugarit y Biblos. Sus ciudades siempre estuvieron emplazadas en las costas o en islas cercanas a ellas, pues constituyeron un pueblo eminentemente comercial.

Cada ciudad fenicia poseía su propio sistema de gobierno, mas ante amenazas bélicas conformaban una Confederación de ciudades, para hacer frente el enemigo. Por su ubicación geográfica, no admitían el crecimiento demográfico, de allí que fomentaran la colonización.

El proceso de colonización comienza alrededor del 1.400 a.C., sobre Chipre y Creta (explotan el cobre). Su trabajo posee un alto valor agregado, llegando a elaborar joyas (de oro, plata y marfil), tinta (de color púrpura, extraída de ciertos moluscos) y madera (especialmente el cedro); en toda la costa africana y europea fundaron colonias: Cartago (814 a.C., en África), Melita (800 a.C., actual Malta), Gadir –actual Cádiz–, Malaka –actual Málaga–, Sexi –actual Almuñecar–, son algunos ejemplos.

Las actividades económicas que los fenicios desarrollaron en España fueron la minería y la metalurgia (oro, cobre, plata y estaño); la pesca (elaboración de pescado salado); también se dedicaron a la elaboración de una salsa de mariscos, tremendamente popular, llamada *garum*.

Jurídicamente, estas colonias fueron fundadas por particulares, autorizados por su ciudad de origen; como

obligación, éstos tenían que entregar el diez por ciento de las utilidades de la colonia a la ciudad natal. En el caso de Gadir, al ser fruto de una fundación de iniciativa pública, no se le obligó al pago de este tributo.

En las colonias fenicias se aplicó el derecho fenicio, la moneda fenicia y el alfabeto fenicio.

2. Griegos

Los griegos son conocidos, fundamentalmente, por su aporte a la cultura occidental, pero también fueron importantes colonizadores.

Los griegos fundaron colonias en todo el Mediterráneo.

Aproximadamente el 900 a.C., fundaron los griegos en la costa italiana una colonia: Kyme. Al parecer, esta ciudad fue el foco de expansión para las posteriores fundaciones en Francia y España.

A España llegaron en el siglo IX a.C. En el 800 a.C., los griegos de Rodas fundan en suelo español su primera colonia: Rhode (que significa rosas), cerca de la actual Barcelona, recibiendo apoyo desde Kyme. Estos datos están corroborados por algunos historiadores griegos, como Heródoto.

Otras colonias griegas en España son: Emporión (actual Ampurias), Hemeroskopeion (que significa atalaya, situada cerca de Valladolid), Mainake (cerca de Málaga), Alonis (actual Alicante) y Sagunto (actual Tarragona).

En Francia, la colonia más importante fue Massalia –actual Marsella–, fundada en la misma época que Rhode. En Italia, otra colonia de importancia fue Alalía, fundada en la isla de Córcega.

En cuanto a la organización política de estas colonias, todas eran muy similares; se conoce en detalle la de Massalia, en Francia. Existía una república aristocrática, con un Senado integrado por 100 miembros vitalicios, constituyendo el organismo político más importante, con la función de legislar y la de elegir, una vez al año entre sus miembros, a quince personas para conformar un Consejo, de carácter ejecutivo, para la administración de la ciudad.

Los griegos se rigieron por leyes escritas; las más importantes eran publicadas en las plazas o en los lugares públicos, para que los ciudadanos las pudiesen conocer. Su sociedad contemplaba la esclavitud, pero con un fin social, el cual es, preservar la vida del prisionero de guerra, en vez de sacrificarla. Luego también se conocerá la esclavitud por deudas.

El derecho griego prohibía el lujo excesivo, como el uso de objetos muy valiosos en ceremonias públicas o actos oficiales; a las mujeres griegas se les prohibía beber alcohol, y su incumplimiento habilitaba al marido para solicitar el divorcio.

El área más relevante en su derecho es la regulación del comercio marítimo, cuyas normas son muy completas y precisas. Estas normas serán adoptadas, luego, por romanos y otros pueblos antiguos. Entre las normas destacadas se encuentran:

*** Ley de Echazón o Iactu**

Se aplicaba en caso de un posible naufragio de una barco mercante. Según esta norma, cuando un barco mercante se veía ante el riesgo de naufragar, el capitán, para salvar a la tripulación, podía botar al mar la mercadería. Las pérdidas económicas eran indemnizadas, pues estaba permitido contratar seguros.

En el caso de que no existieran seguros comprometidos, la indemnización debía realizarla el dueño del barco

—el inversionista—. Podía ocurrir que sólo una parte de la carga se perdiera y, en este caso, debían contribuir en el pago de la indemnización, tanto el dueño del barco como el dueño de la mercancía.

Si la carga que una vez botada en el mar, y luego era llevada a la costa por efecto de la marea, de saberse quién la había recogido, se le obligaba a pagar para quedarse con ella.

*** Ley sobre préstamo a la gruesa aventura**

Esta norma dice que quien presta dinero para empresas mercantiles, tiene derecho a cobrar un interés más alto que el común (pues la aventura era riesgosa), en acuerdo con la otra parte, pues la libertad contractual es lo que primaba. Frente a excesivos intereses, la contraparte se podía liberar del pago, en caso de pérdida de la carga.

*** Ley sobre fletamento**

Establece las relaciones u obligaciones de las partes en el contrato de transporte marítimo.

Muchas de estas y otras leyes formaron parte de las llamadas *Leges Rhodias*.

3. Cartagineses

Cartago era una colonia fenicia, fundada sobre el actual Túnez, en el siglo IX a.C.. Hacia el siglo VI a.C., Cartago era una potencia mediterránea, haciendo frente al poderío romano. Su fundación exacta es el 814 a.C..

Los cartagineses llegan a España en el siglo VI a.C., con el objeto de resguardar la seguridad de algunas ciudades de origen fenicio en la Península Ibérica, como Gadir, en el año 550 a.C.. Al parecer, Gadir tenía problemas con Tartessos, que, como ya se ha señalado, estaba vinculada al mundo helénico. En el año 509 a.C., los cartagineses avanzan sobre la Península y destruyen Tartessos.

En el año 236 a.C., los cartagineses deciden conquistar España, para evitar la conquista romana. Amílcar Barca liderará las tropas cartaginesas para hacer frente al poder de Roma; la presencia cartaginesa provocó rechazo entre las comunidades indígenas españolas, las que simpatizaron con el defensor romano; en esta guerra de conquista, muere Amílcar Barca y lo reemplaza Asdrúbal Barca, fundador de la primera colonia cartaginesa en España: *Cartago Nova*.

En el 230 a.C., llega, para hacerse cargo de las tropas cartaginesas, el legendario general y estratega cartaginés Aníbal Barca; su misión era dominar a todos los eventuales pueblos amigos de Roma, para luego sitiar la propia Roma, la Ciudad Eterna. Famoso es el sitio de la ciudad de Sagunto.

Roma decide enviar diez legiones a España, desembarcando en Ampurias, lo que desencadena la II Guerra Púnica (218 a.C.), dando inicio, también, a la presencia romana en España.

Luego de doce años de lucha, los cartagineses son expulsados de España (206 a.C.) y obligados a retirarse a Cartago. En el 146 a.C., Roma librará su última batalla con Cartago, en la III Guerra Púnica, en su propio terreno, destruyendo los campos, salando las tierras y esclavizando su población. Fue la última vez que el mundo supo de Cartago.

1. Proceso de romanización jurídica

La romanización es un proceso que se desarrolla en todos los territorios conquistados por la autoridad romana. A continuación, veremos el significado de romanización y su desarrollo en España.

a) Concepto de romanización

Romanización es un proceso en virtud del cual Roma logra incorporar los territorios y las poblaciones conquistadas a su estilo general de vida, haciéndolos participar de su cultura –grecolatina–, de su religión –primero politeísta, luego monoteísta–, de su idioma –el latín–, de su organización administrativa –Provincial y Municipal– y de su derecho –el Derecho Romano–.

b) Aspectos de la romanización

Existen tres aspectos en la romanización de España:

- * Romanización militar
- * Romanización administrativa
- * Romanización jurídica
- * **Romanización militar**

La conquista de *Spanna* o Hispania duró alrededor de dos siglos; la Vasconia fue el único territorio español que no cayó bajo dominio romano.

Con la llegada de las legiones romanas, en el 218 a.C., comienza la conquista romana sobre España. Las tropas desembarcaron en Ampurias, al mando de Cneo Cornelio Escipión, con la misión de expulsar a los cartagineses de la Península Ibérica, cuestión que lograron luego de doce años de enfrentamientos y lucha armada.

En el año 206 a.C., los romanos expulsaron de la Hispania a los cartagineses, con la ayuda de celtíberos y lusitanos, entre otros. Luego, las comunidades indígenas se dieron cuenta que solamente pasaron a depender de otro dominador, por esto se sucedieron numerosos alzamientos, con miras a expulsar al nuevo tirano: el hombre romano.

En el 200 a.C., se produce un alzamiento celtíbero, liderado por Indibil y Mandonio (caudillos celtíberos), otrora amigos y aliados de Roma. Este levantamiento armado fue sofocado después de un año de combate, por los romanos. De este modo, los romanos fundan su primera colonia en tierras españolas: la Itálica, cerca de lo que hoy es Sevilla, en la región de Andalucía.

En el 178 a.C., y por unos 24 años a contar de esta fecha, se produce una época de paz y tranquilidad entre romanos y las comunidades españolas. Se fundan diversas colonias, como Carteia (actual Algeciras) y *Corduba* (actual Córdoba), en el sur español.

Sin embargo, una serie de comunidades lusitanas, al mando de Viriato, se alzaron en contra de Roma; el conflicto duró alrededor de una década (138 a.C.), que culminó sólo después de que Viriato fuera traicionado por sus propios camaradas y entregado a la autoridad romana.

En el 133 a.C., se produce el alzamiento de Numancia, sobre el cual ya algo se ha señalado. La ciudad fue destruida por Roma, lo que da lugar al término de la primera fase en la conquista romana sobre España. A esta época, toda la parte centro sur de España está bajo dominio romano.

La última etapa de conquista está marcada por el alzamiento de las comunidades del norte de la Península: cántabros y satures, en el año 29 a.C.. Los romanos fueron presa de constantes ataques, sufriendo varias bajas. La moral de las milicias comenzaba a decaer, cuando el propio Augusto, Emperador de Roma, se dirige hacia

el lugar de la rebelión, para animar a las desesperanzadas tropas y lograr el triunfo romano. El objetivo será alcanzado el 19 a.C..

Luego de este año, España es señalada como Provincia Pacata. El Emperador funda la colonia Emérita Augusta, para resaltar los acontecimientos que sucedían, ubicándose en la región de Extremadura, cercana a Portugal, que corresponde a la actual ciudad de Mérida, que fue conocida como la ciudad de los licenciados por Augusto, pues ésta fue entregada a los soldados romanos que ya habían cumplido el plazo de sus servicios militares en España, que era compensada con una pensión vitalicia, la licencia y la concesión de tierras.

*** Romanización administrativa**

La romanización administrativa se lleva a cabo dentro del orbe romano.

El centro del mundo es la ciudad romana, en lo político, jurídico y cultural, pues rige plenamente el Derecho Romano. Las cuatro capacidades jurídicas están vigentes en Roma,

que conforman el estatuto civil del ciudadano romano, en virtud de la teoría

de la personalidad: Orbe

a) *Ius Comercii*: capacidad jurídica para celebrar actos jurídicos patrimoniales

relativos a los bienes. Urbe

b) *Ius Connubi*: capacidad jurídica para celebrar las justas nupcias romanas y,

en consecuencia, fundar una familia, surgiendo instituciones como la potestad

marital, la patria potestad, la filiación y otras. *Limens*

c) *Ius Honorum*: capacidad jurídica que corresponde al derecho político romano:

pueden ingresar a la carrera del honor, la magistratura, que es una carrera jerárquica *Barbarii*

y ascendente.

d) *Ius Suffragii*: capacidad jurídica para participar en los Comicios, que eran asambleas donde se tomaban las decisiones que afectaban a la comunidad, y, en consecuencia, elegir y ser elegido para los cargos que disponían los Comicios.

La romanización tiene como escenario el orbe; el *Orbis Romanus* comienza donde terminan los límites urbanos de Roma –la urbe–, y termina en los límites –*limens*– del Imperio; aquí es donde actúa la romanización, pues las instituciones urbanas se van a establecer en las Provincias del orbe.

Más allá del orbe, fuera del *limens*, no hay romanización. Fuera del Imperio Romano habitan variados pueblos, llamados por los romanos bárbaros (germánicos, eslavos, semitas, africanos).

La romanización administrativa de España comienza con la expulsión de los cartagineses; se establecen dos procónsules para España, pues lo militar va de la mano con lo administrativo.

En el 197 a.C., el territorio español es dividido en dos zonas: la Provincia de Hispania Citerior y la Provincia de Hispania Ulterior. Como efecto de estas medidas, se establece una autoridad para cada Provincia, un jefe

Provincial (el Pretor) y se establece que ambas Provincias dependen del Senado de Roma (Senado urbano).

En el 133 a.C., se nombra para España, por medio del Senado urbano, una comisión de diez senadores romanos, para que viajen a España y desarrollen una propuesta que organice de mejor forma la administración pública de España. Esta fecha coincide con la destrucción de Numancia. De esta forma es como se dicta la *Lex Provinciae* o Fórmula Provincial, por medio de la cual se establece la base de la administración pública española. Esta ley es citada en varios textos romanos.

En el 27 a.C., el Emperador Augusto divide al territorio español en tres Provincias: Lusitania, Bética y Tarraconense, cada una con una capital: Emérita Augusta, Córdoba y Tarragona, respectivamente.

Esta división se mantiene por más de tres siglos, hasta la época de Diocleciano (284 d.C.). Además, se cambia la dependencia de las Provincias de Lusitania y Tarraconense, que pasan de Provincias imperiales a Provincias senatoriales.

Las Provincias imperiales eran gobernadas por el Emperador; éste nombraba a un funcionario para que en su nombre gobernara (*Legati Augusti*). Los impuestos de estas Provincias ingresaban a la caja del Emperador, al *fiscus*, destinados en su mayoría a los gastos militares y de defensa, pues en estas Provincias hay una fuerte presencia militar, que se justifica por la inseguridad de estas mismas.

Las Provincias senatoriales están bajo la dirección del Senado de Roma; el Senado nombraba para su administración un procónsul, quien, además, recogía los impuestos para el Senado, que ingresaban al *aerarium*. Bética era considerada una Provincia pacificada, por ello la ausencia militar y la dependencia imperial.

En el Bajo Imperio, Diocleciano (284 a.C., – 305 d.C.) vive en un período de crisis de la dominación romana. Los recursos que se recaudan no alcanzan para sostener la administración de tan vasto Imperio. La autoridad, para obtener más recursos, ordena el alza de impuestos, pero desencadena la migración de la población urbana, asediada por las altas cargas tributarias, hacia las zonas rurales, donde se libraban de los impuestos. Este fenómeno es lo que se denominará como el proceso de ruralización imperial, que será el germen y caldo de cultivo de la sociedad feudal en el Medioevo.

Para salvar al Imperio del desastre económico y político, Diocleciano determina dividir al Imperio en dos zonas, con autonomía administrativa cada una de ellas: Oriente y Occidente; la primera por capital Bizancio y la segunda por capital Roma.

La zona occidental fue dividida en doce Diócesis.

Posteriormente, Constantino dividió al territorio en Prefecturas; éstas fueron dos: Italia y Galias. La última fue dividida en Diócesis: Galias, Bretaña, Vienense e Hispania.

Producto de estas reformas, España quedó en la zona occidental del Imperio Romano, siendo dividida en siete Provincias, todas imperiales: Lusitania, Tarraconense, Bética, Carthaginense, Gallaecia (continentales), Baleárica (insular) y Mauritania–Tingitania (africana).

Muerto Constantino, el territorio fue nuevamente dividido, ahora en cuatro Prefecturas.

Organización Provincial

Ciudades de la España romana

Dentro de las Provincias existen ciudades con regímenes jurídicos distintos; se pueden distinguir dos tipos de

ciudades: romanas e indígenas.

Hacia el año 50 d.C., en las tres Provincias españolas, el total de ciudades era 460, donde 98 eran romanas y 302 eran indígenas, y existían una serie de diferencias entre ellas, en el plano jurídico y político.

En las ciudades romanas regía el Derecho Romano plena o parcialmente; en las ciudades indígenas regía el derecho de cada comunidad, y no el Derecho Romano.

En cuanto a la organización política, las ciudades romanas constituían municipios (*munus – capere*), y se organizaban de la misma forma como lo hacía la República Romana, con tres instituciones fundamentales: la Magistratura, el Senado o Curia Municipal y los Comicios. En cambio, las ciudades indígenas no eran municipios y, por lo tanto, no tenían ninguna de sus instituciones, pues conservan las propias (tribunales y autoridades administrativas y de gobierno).

La romanización administrativa de España consiste en cómo las ciudades indígenas pasaron a ser ciudades romanas.

Las ciudades romanas o *civium romaronum*

No todas las ciudades romanas eran iguales. Fueron 98.

Se distinguen tres tipos de ellas:

1. Colonias (26)
2. Municipios romanos (24)
3. Municipios latinos (48)

1. Colonias o *coloniae*

Eran ciudades fundadas por Roma en las Provincias, con ciudadanos romanos; podían tener como objetivo el desarrollo de actividades mineras (*metalla*), la protección de lugares estratégicos militarmente o para la defensa (*cannavae*) o el desarrollo de labores agrícolas o ganaderas (*colonias*).

En las colonias rige plenamente el Derecho Romano, pues sus habitantes son ciudadanos romanos.

2. Municipios romanos

Son ciudades indígenas preexistentes a la llegada de los romanos, a cuyos habitantes se les otorgó a la ciudadanía romana plena. Hubo casos en que Roma no cedió el *ius suffragii* (Municipio *sine suffragii*); el Municipio romano con plenos derechos se llamaba Municipio *optimo iure*.

3. Municipios latinos o *municipium latinum*

También se tratan de ciudades indígenas preexistentes a la llegada de los romanos, a cuyos habitantes se les otorgó la latinidad menor, es decir, sólo el *ius commercii*. Por lo tanto, el Derecho Romano regía parcialmente.

Las ciudades indígenas

Las ciudades indígenas tuvieron distinta calidad jurídica; fueron 302, y de dos tipos:

1. Estipendiarias (292)

2. Libres (10)

La calidad de éstas dependió de su comportamiento con los romanos en el período de conquista.

1. Estipendiarias o *Stipendiariae*

Estaban sometidas al poder romano, como consecuencia de una rendición a Roma sin condiciones, por ello se les llamó dediticias; también recibieron el nombre de ciudades vencidas.

Estas ciudades quedaron sujetas al control del gobernador provincial, así como a una serie de cargas y obligaciones tributarias y económicas (de ahí estipendiarias); una de las cargas más importantes era un impuesto llamado *stipendium*, que pagaban los propietarios de bienes raíces, de acuerdo a su tasación.

La ciudad estipendaria debía mantener a una guarnición militar romana, proporcionándole víveres, ropas y comida; esta tarea era asumida por toda la comunidad. Aquéllos que hacen necesarias las tropas, deben pagarlas, decían los romanos.

Estas ciudades conservaron su derecho, su sistema administrativo y sus tribunales, pero sujetos a una fuerte y libre intervención de Roma en cualquiera de sus asuntos.

2. Libres o *Liberæ*

Éstas gozan de mayor autonomía frente a Roma.

No pagaban estipendio, y no estaban obligadas a mantener a una guarnición romana; conservaron su derecho, su sistema administrativo y sus tribunales. Poseían cierta independencia económica, y podían acuñar su propia moneda.

Estas ciudades podían adquirir la libertad mediante un pacto (*pax – pactum*), un tratado con Roma, llamado *foedus*. En este caso, la ciudad pasaba a llamarse federada. También adquirían la libertad a través de un acto unilateral de la autoridad romana, por medio de una ley, senatorial o imperial; en este caso, se llamaba libre no federada.

Estructura interior de las ciudades romanas

Las ciudades romanas son municipios, y poseen tres instituciones:

1. Magistratura

2. Senado

3. Comicios

1. La Magistratura

Los magistrados desempeñan los cargos de gobierno y administración. Al igual que en Roma, obran de acuerdo a reglas o principios establecidos:

a) Principio de colegialidad

b) Principio de pluralidad

c) Principio de gradualidad

d) Principio de temporalidad

a) Principio de colegialidad

Cada magistratura es ejercida por dos o más personas, existiendo entre ellas un derecho recíproco de veto, llamado *intercessio*. El objetivo de este principio es que las decisiones de los magistrados sean de común acuerdo o, a lo menos, con la aprobación tácita del otro magistrado.

b) Principio de pluralidad

Al igual que en Roma, en las Provincias cada magistrado desempeña funciones diferentes, de acuerdo a los poderes que ha sido investido. En cada ciudad existen los *Duoviri* o los *Quatuorviri*, que poseían el *imperium* o mando militar sobre las tropas urbanas; otras de sus atribuciones son las de convocar y presidir las sesiones del Senado local y de los Comicios; además, poseían jurisdicción para conocer de causas judiciales de menor cuantía.

Cada cinco años, al *Duoviri* o *Quatuorviri*, según corresponda, se le otorgaba la magistratura de censor; su trabajo no es sólo de carácter demográfico, sino que era una importante labor política, pues debía elaborar una lista con los más importantes pobladores según sus contribuciones, para llenar las vacantes que se presentaran en el Senado, dando preferencia a los que pagaban mayores impuestos.

En las Provincias existen otros magistrados; luego de los *Duoviri* están los ediles, que estaba encargados de la vigilancia y labor policial de las calles, mercados y edificios públicos, multando a quienes infringieran las normas que aseguraban la seguridad de la ciudad. También se encuentran los cuestores, que estaban a cargo del erario de la ciudad, de cuidar su administración y sus recursos.

c) Principio de gradualidad

Tal como sucedía en Roma, la magistratura representa un orden de jerarquía, es decir, los magistrados están ordenados según su rango.

La jerarquía tiene importancia por varias razones.

* Siempre se comienza por la menor magistratura.

* El derecho de veto siempre se ejerce de arriba hacia abajo. *Duoviri*

En Roma, el sistema, como se ha señalado, es el mismo, pero

en las Provincias surgen algunas diferencias, ya que la magistratura *Aediles*

romana tenía cinco cargos (Censor, Cónsul, Cuestor, Pretor y Edil).

El *Duoviri* en las Provincias hace las veces de censor, cónsul y pretor. *Quaistores*

d) Principio de temporalidad

Tal como en Roma, las magistraturas se renuevan anualmente, con excepción del censor, que se elegía cada

cinco años, y constituía la cima de la carrera pública.

2. El Senado Curia Municipal

Es un órgano similar al Senado de la República en Roma. También estaba integrado por cien o más miembros vitalicios. Eran nombrados por el *Duoviri*, sobre la base del censo, cuando existían vacantes.

Aparte de una función de carácter consultiva, el *ordo decurionum* fiscalizaba la Hacienda Municipal y estaba a cargo de la representación exterior de la ciudad. También cumplía con labores de creación normativa.

3. Los Comicios

Eran asambleas, distribuidas en curias o tribus. El Comicio era el órgano de mayor participación de la población, integrada por todas las personas que habían nacido en la ciudad y aquellas personas que contaran con domicilio legal en la ciudad. El Comicio debía dar su aprobación a aquellas leyes que afectaban a toda la ciudad, especialmente en materia tributaria. Al igual que el Senado, era convocado y presidido por el *Duoviri*.

En todo el Imperio los Comicios representan a todo el pueblo, y fueron esenciales en la época en que Roma gozaba de estabilidad política. Cuando el Comicio decae y pierde atribuciones, es síntoma de la centralización del poder en el Senado, y luego en el Emperador.

En la República, las instituciones se desarrollaron con equilibrio. En el Principado, éstas comienzan a desdibujarse y a ser mermadas en sus atribuciones. En el Bajo Imperio, los Comicios ya no se reúnen, pues la única magistratura que se conserva –y que ha absorbido al resto de ellas– está en el Emperador.

*** Romanización jurídica**

Consiste en el otorgamiento del Derecho Romano a los habitantes de las Provincias. El principio de la personalidad del Derecho Romano va a ser reemplazado por el principio de la territorialidad, esto es, el factor que va a determinar la aplicación del Derecho es el territorio y no la persona (el ciudadano romano).

c) Etapas de la romanización jurídica de España

La romanización jurídica comenzó en España, pues las Provincias españolas son las más antiguas del Imperio. En efecto, en España se comenzó a construir y tomar forma el Imperio Romano.

Desde los inicios de la Conquista hasta Augusto (218 a.C. – 19 a.C.)

En esta época, la regla general sigue siendo la vigencia del derecho indígena o prerromano en España. Sólo una proporción pequeña de los habitantes peninsulares se rigen por el Derecho Romano.

Los romanos hicieron concesiones aisladas de ciudadanía y latinidad. Los grupos favorecidos por estas concesiones son algunas aristocracias locales (ciudadanía romana) y comunidades indígenas que se incorporaban en el ejército romano, para prestar servicios militares.

Desde Augusto a Vespasiano (19 a.C. – 74 d.C.)

Lo más importante es el Edicto de Vespasiano del 74 d.C., por medio del cual otorga a todos los habitantes libres de las Provincias de la Hispania la latinidad menor. Esta medida tuvo varias consecuencias:

1. Todos los habitantes libres de España se rigen por una parte del Derecho Romano.

2. Desaparece la categoría de ciudad indígena en España, ya que desde ahora son Municipios latinos, con las tres instituciones romanas (Magistratura, Senado y Comicio).

3. Se abre una vía indirecta para alcanzar la ciudadanía romana plena para aquellos que tienen la latinidad menor, pues se estableció que sólo por el hecho de haber ejercido una magistratura romana, el titular de ella y sus ascendientes y descendientes, adquirirían la ciudadanía romana. Esta fue una muy importante forma de adquirir la ciudadanía romana.

Desde Caracalla a Constantino (212 d.C. – 312 d.C.)

En España, producto del Edicto de Vespasiano, aumenta notablemente el número de ciudadanos romanos, y por la disposición del Emperador Adriano del 117 d.C., que abre una nueva forma de adquirir la ciudadanía romana. Adriano dispone que, a partir de esta fecha, las personas que se incorporaran a la Curia Municipal alcanzaban la ciudadanía romana, en forma plena, beneficio que también se extendía para la cónyuge, descendientes y ascendientes del titular.

Por otra parte, el Emperador Caracalla, en el 212 d.C., por medio de la Constitución Antoniniana, concede la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio Romano, excluyendo a los esclavos y a los *editicii* de esta concesión.

Esta Constitución Imperial, en España, tiene un alcance menor, pues cuando se dicta la mayor parte de la población tenía ya la ciudadanía romana, por efecto de las disposiciones de los anteriores Emperadores.

Caracalla aduce una razón religiosa a su determinación, que busca o persigue agradar a los dioses romanos, pues en la misma cantidad que se acrecienta el número de ciudadanos romanos, de la misma manera crece el número de fieles.

Según las leyes religiosas romanas, los ciudadanos estaban obligados a rendir culto a los dioses romanos, conforme al *Ius Sacrum*, que regulaba el culto público y el culto privado de los ciudadanos. Sin embargo, los estudiosos del tema, han opinado que la principal causa que llevó a la determinación de Caracalla fue de tipo económico y no religiosa, específicamente tributaria. En efecto, del mismo modo que se incrementaba el número de ciudadanos, de la misma forma crecía el erario imperial, a través de los impuestos, para sostener al enorme aparato administrativo que demandaba la administración imperial y el gasto militar, particularmente.

Desde Constantino hasta la entrada a España de los pueblos germánicos (312 d.C. – 409 d.C.)

Lo más importante de esta etapa, es que el Derecho Romano no es un derecho personal sino que territorial y, que al aplicarse en las Provincias y adquirir las costumbres indígenas, comienza a configurarse lo que se denominará Derecho Romano Vulgar.

Hubo una crisis de la vida urbana en todo el Imperio. La población, para evitar el pago de impuestos, huye desde las ciudades y se instala en zonas rurales, sometándose a la autoridad de un gran proletario rural.

La sociedad europea era esencialmente rural; en el siglo V, el noventa por ciento de la población vivía en el campo. El feudalismo y su problemática data de estos hechos. Los senadores eran responsables de la recaudación; fue en esta era un cargo repudiado, debido a que asumían los senadores el pago de los tributos cuando no alcanzaba con lo que les correspondía cobrar a los ciudadanos.

Se dictaron leyes para solucionar esta situación, como la obligatoriedad del cargo de senador (muchos renunciaban al nombramiento), y se declaró como cargo hereditario, constituyendo una clara persecución tributaria.

En esta etapa de decadencia romana, adquieren importancia las costumbres, usos y modo de vida germánicos. Tal influencia recae también en el Derecho Romano. Es así como el emperador occidental se diluye y se convierte en monarca germano.

Derecho Romano Vulgar

Dos son los elementos importantes del Derecho Romano vulgar:

- * Romanización de los elementos indígenas
- * Provincialización del Derecho Romano

El Derecho Romano, al ponerse en contacto con las culturas indígenas, a raíz del proceso de romanización Provincial, se corrompió; el Derecho Romano vulgar surge como producto del encuentro de dos niveles culturales diversos, integrado por el elemento romano (superior) y el indígena (inferior), a raíz del cual se corrompió. Caracteres propios del Derecho Romano vulgar son la integración de los modelos jurídico clásico y su sustitución por ciertos criterios populares de índole ingenua o simplista.

El Derecho Romano vulgar es el eslabón que permite explicar la continuidad jurídica romanística existente entre el tardío Imperio Romano y la temprana Época Medieval o Alto Medioevo.

Se habla de una vulgarización del Derecho Romano clásico, por importantes aspectos que desaparecen:

- * El esmerado análisis de la figura jurídica.
- * La sutileza distintiva y casuística de cada concepto.
- * La autonomía de influjos extra jurídicos y por la aparición de otros elementos ajenos a él.

Si el Derecho Romano vulgar supone una fase de declinación, es porque en él faltan los elementos anteriormente mencionados, que hicieron del Derecho Romano una realidad de alta perfección científica y técnica. Se deduce así que la causa determinante de la vulgarización del Derecho Romano es la ausencia o desaparición del jurisprudente.

El jurisprudente

El jurisprudente fue un particular cuya actividad en orden a emitir *responsa* no constituía una función pública, ni posee tal atributo porque se haya conferido de manera artificial, sino porque socialmente era quien se encontraba en condiciones de realizar ese oficio. Las respuestas de los prudentes fueron la principal fuente del derecho en Roma clásica.

El jurisprudente posee *auctoritas* (saber social) pero carece de *potestas* (poder social), de ahí que el Derecho Romano clásico surja como un consejo prudente y no como una norma impuesta: el responder es una función propia del saber, como el mandar lo es del poder. Siendo el jurisprudente un sabio en derecho, él desarrollaba su actividad mediante las respuestas que iba dando a quienes recurrían a él en busca de asesoramiento jurídico (particulares, magistrados jurisdiccionales –pretor y edil– y jueces). De esta forma, el saber del jurisprudente se constituye como un saber capaz de aconsejar para que una persona actúe operativamente ante las implicancias de una situación o caso concreto que lo afecte.

Características del Derecho Romano Vulgar

- * **Tendencia a la simplicidad y confusión conceptual**

No existe una clara distinción entre instituciones o situaciones que para el criterio clásico son diversas; por ejemplo, se confunde propiedad con posesión, *dare* con *tradere*, título con modo de adquirir, derecho con su prueba, etc..

Al no darse el acabado análisis casuista y sutil de los juristas clásicos, fue frecuente que se diluyera el contorno de cada institución.

*** Deficiente tipicidad nominal de las figuras jurídicas**

En el vulgarismo jurídico aparecen bajo un mismo rótulo nominal figuras jurídicas diversas, o bien, se dan situaciones concretas no ceñidas por la asignación específica de un nombre, producto de la desintegración, imprecisa vaguedad y generalización de los conceptos jurídicos.

*** Cabida a criterios extra jurídicos para solucionar problemas jurídicos**

Se trata de la intromisión de motivos ya de índole retórica, moral, afectiva, psicológica, etc., para dilucidar cuestiones de derecho; de esta manera, los problemas jurídicos son resueltos de acuerdo a una equidad amorfa, constituida por ideas afectivas y emocionales no aprensibles ni racional ni jurídicamente.

*** Frecuencia epitomadora y compiladora en sus fuentes de reconocimiento**

Las fuentes más típicas e importantes para el conocimiento del Derecho Romano vulgar son los resúmenes (epítomes) y abreviaciones (breviarios) de textos jurídicos de mayor amplitud y complejidad, o bien las compilaciones o recopilaciones de esos mismos materiales.

Hubo vulgarización en todo el Imperio Romano, pero las huellas más profundas quedaron instaladas en occidente. Por ello es que en los países europeos el Derecho Romano Vulgar es parte de su derecho, y esto implica estudiar el desarrollo del fenómeno de la vulgarización del Derecho Romano en su territorio.

2. Influencia del Cristianismo en el Derecho Romano

a) Surgimiento del Cristianismo

El hecho espiritual más importante en el mundo romano es el Cristianismo.

En Roma existía una religión politeísta, basada en el *Ius Sacrum*, es decir, un culto amparado por el derecho. El culto pagano romano prohibía adorar a dioses que exigieran sacrificios humanos o que atentaran en contra de la familia romana, por lo que las acusaciones de inmoralidad son inciertas, aunque es una moral distinta de la del cristianismo.

Los romanos creían que la relación con los dioses era un contrato con reciprocidad. Si los fieles cumplían con los deberes rituales de este contrato, entonces los dioses los protegerían.

Según el *Ius Sacrum*, el culto público lo ejercían los Sacerdotes. Constituían una organización jerárquica, cuyo cuerpo mayor era el Colegio Pontificio, presidido por el Sumo Pontífice. Este debía ser un romano patricio, de buena fama e integridad corporal (sin impedimentos físicos).

Dentro del *Ius Sacrum* se contemplan dos cultos: uno público y uno privado.

El culto público es de carácter estatal. Era importante el culto al Emperador y a la diosa de Roma. Se le rendía honor al Emperador, con un fin político: unir al pueblo de Roma con él.

En las Provincias se le debía rendir culto a Emperadores vivos. En Roma, incluso si fuera muerto, con la *Apotheosis* (funeral con paseo público y consiguiente incineración, con culto del pueblo y de las autoridades). El que no respetaba al Emperador era castigado con la muerte.

El culto privado se llama así por ser practicado por el *Pater familia*, rindiendo culto a sus antepasados, para que los protegieran y para una segura llegada al cielo.

El cristianismo vendría a reemplazar el culto pagano y al politeísmo.

La doctrina cristiana basa sus planteamientos en Jesucristo, el Hijo de Dios, nacido en Palestina.

Jesús de Nazareth es conocido por fuentes paganas o romanas, judías y cristianas.

Fuentes paganas o romanas

Nos referimos a escritos de autores romanos de la época de Cristo (siglo I y principios del siglo II); entre estos autores están:

* Cayo Cornelio Tácito, más conocido como Tácito.

Él escribe una obra muy famosa: La Germania (98 d.C.) y Los Anales; este libro trata de diversos temas, entre ellos las comunidades cristianas ya existentes dentro del Imperio, entregando información sobre éstas.

* Plinio el Joven, escribe varias cartas dirigidas a los emperadores de Roma, en las cuales habla sobre la importancia que van adquiriendo dentro del Imperio los seguidores de Cristo. Trajano, además, escribe una obra: La Vida de los Doce Césares, donde también aborda el tema de los cristianos.

* Suetonio; este autor redactó una serie de cartas, en las cuales también entrega información acerca de los primeros cristianos.

Todos estos autores dan cuenta de cómo se difundía el cristianismo.

Fuente judías

Son escritos de autores judíos; el más importante es Flavio, quien escribió La Guerra Judía (79 d.C.), y Antigüedades Judías (93 d.C.). En ambos libros encontramos información sobre Cristo y los cristianos, desde el punto de vista judío.

Otro texto importante es el Talmud, año 500 d.C.; es una recopilación de leyes rabínicas. Rabí significa maestro, y era quien enseñaba la ley judía al pueblo, la que dio origen a leyes religiosas; aquí encontramos referencias muy importantes como:

* Episodio de la sinagoga; describe la conversación y las respuestas de Cristo.

* Relato de la muerte de Cristo; Jesús fue condenado a muerte antes de la Pascua judía, por engañar y seducir a los judíos con encantamientos (actos de magia –se refieren a los milagros de Cristo–). Jesús fue condenado a petición de los judíos.

Fuentes cristianas

Están constituidos por los libros del Nuevo Testamento: los Evangelios, Los Hechos de los Apóstoles, las Epístolas de San Pablo (dirigidas a las comunidades cristianas en las cuales había predicado), las Epístolas

Católicas y el Apocalipsis.

Los Hechos de los Apóstoles fue escrito por Lucas, donde relata la vida de la Iglesia primitiva y las misiones paulinas; también están los cuatro Evangelios, que relatan el nacimiento, vida, pasión, muerte y resurrección del Señor Jesús.

Estos son:

- * San Marcos (60 d.C.), compañero del Apóstol San Pedro, cabeza de la Iglesia.
- * San Lucas (62 d. C.), médico sirio de cultura helénica, confidente del Apóstol San Pablo.
- * San Mateo (64 d.C.), Apóstol.
- * San Juan (100 d.C.), Apóstol. Constituye el Evangelio más extenso y de alta teología.

Los tres primeros Evangelios son llamados sinópticos.

Otro libro de importancia es el Apocalipsis, escrito por el Apóstol San Juan, el mismo del Evangelio, el cual es una revelación que recibió San Juan sobre la segunda venida del Mesías, de Jesús, el fin de los tiempos y el juicio final. Este tema ha sido objeto de numerosos y arduos estudios, así como de distintas interpretaciones. De particular relevancia en América es la doctrina del Milenarismo, elaborada por un sacerdote jesuita chileno del siglo XVIII, Manuel Lacunza (1.720), la cual plantea que cuando Cristo vuelva a la tierra no se producirá de inmediato el juicio final, sino mil años después; también se refiere al gobierno de Cristo y al advenimiento del Mesías, en gloria y majestad.

Este texto ha sido traducido a varios idiomas, además, ha sido objeto de estudio en Chile por Jaime Eyzaguirre.

b) Difusión del Cristianismo en el Imperio Romano y en España

El cristianismo surgió en Palestina, en el Medio Oriente y en las zonas donde se hablaba griego (en su versión koiné) y arameo; luego llega a Roma, incluso a España.

Durante dos siglos, el cristianismo fue sistemáticamente perseguido, ya que no era lícito en Roma, donde regía el *Ius Sacrum*, además, fueron enjuiciados los cristianos por actos peligrosos para la seguridad del Imperio y del Emperador, acusados de antropofagia, y acusados de sedición, ya que se negaban a rendir culto al Emperador como a Dios; también se les enjuiciaba cuando se negaban a prestar juramento en nombre del Emperador; se jura por Dios, no por un Emperador, argüían los cristianos.

Hubo épocas de mucha persecución. Nerón los obligaba a combatir con fieras; el ciudadano esperaba con ansiedad estas fiestas (siglo I d.C.). Estas fechorías terminaron oficialmente el año 311 d.C., luego de la conversión de Constantino. Se dictó una ley que reconocía a la Iglesia como sociedad lícita, y se dispensó la amnistía general para los cristianos que estaban procesados a causa de su fe, además, pudieron reconstruir sus templos, se les devolvieron bienes confiscados y pudieron practicar su culto en paz.

Dos años después, en el 313 d.C., el Emperador Constantino, por medio de una constitución imperial dictada en Milán, declara la libertad de culto en el Imperio Romano; con esta medida se deroga el *Ius Sacrum*.

En esta época ya pocos practicaban el culto pagano.

Predicación del Cristianismo en España

Según la tradición, el primero que predicó el cristianismo en España fue San Pablo, pues hay una Epístola donde anuncia su viaje a España, en el Nuevo Testamento. También es muy importante en España el Apóstol Santiago (mediados del siglo I), quien predicó el cristianismo en la Península Ibérica. Luego de predicar la fe en España, vuelve a Jerusalén y muere en esa ciudad. Según también la tradición, se cree que su cuerpo fue llevado a España, para ser sepultado en Galicia y así cumplir así con su última voluntad.

Pasados varios siglos, en el siglo IX, fueron encontradas en Galicia varias tumbas de la época romana, en una de ellas se encontraron los restos del Apóstol Santiago, y desde ese entonces, este lugar fue venerado por los cristianos, construyéndose un templo, alrededor del cual surgió la ciudad Santiago de Compostela, ciudad universitaria de alta importancia en Europa. Desde esta época, Santiago de Compostela es visitada anualmente por miles de peregrinos de toda Europa, que concurren a ese lugar a venerar los restos del patrono de España, el Apóstol Santiago.

Para el cristianismo, existen tres lugares principales de peregrinación universal: Jerusalén, Roma y Santiago de Compostela.

En la guerra de reconquista contra el Islam, la imagen de Santiago está presente a través de la historia de España. Luego la imagen pasará a América, dándole su nombre los españoles a varias ciudades americanas (Santiago del Nuevo Extremo, Santiago del Estero, Santiago de Cuba).

c) La Iglesia y el Derecho Canónico

El Derecho Canónico es el Derecho de la Iglesia. Junto al Derecho Romano, es uno de los elementos formativos del Derecho occidental, por lo que tiene una gran importancia jurídica, más allá del aspecto religioso. Por lo tanto, es un pilar fundamental del sistema jurídico occidental, que a todo historiador del Derecho occidental le es indispensable estudiar.

La palabra Iglesia deriva del vocablo griego *Ecclesia* (ἐκκλησία), que significa Asamblea. La Iglesia, de acuerdo con el Derecho Canónico, es una sociedad religiosa de orden sobrenatural, fundada por Jesucristo, para que a través de ella los hombres alcancen la vida eterna. A la cabeza de la Iglesia se encuentra el Papa u Obispo de Roma; para los efectos de poder trabajar en el mundo y difundir la fe, ella ha dividido el territorio en Diócesis u Obispos, cada una a cargo de un Obispo, que es una autoridad religiosa, administrativa y judicial; cada Obispo, a su vez, se divide en Parroquias, las cuales están a cargo de un Cura Párroco, y dentro de éstas están las Capillas.

El Derecho de la Iglesia se ha denominado Canónico; toma este nombre en los primeros siglos del cristianismo, cuando las normas o cánones (del griego *canón* –κανών) de la Iglesia emanaban de los Concilios (reuniones de Obispos): cánones conciliares. Luego, surgen las emanadas del Papa, en la Baja Edad Media. Hoy día la palabra canon sirve para denominar los artículos del Derecho Canónico.

De este modo, el Derecho Canónico se puede definir como un conjunto de normas jurídicas divinas y humanas, por las cuales está constituida y se rige la Iglesia, que es Una, Santa, Católica y Apostólica, para alcanzar su fin propio, que es la salvación de los hombres.

En la época romana el vocablo canon se reservaba para la ley eclesiástica, y la palabra *leges* para la ley temporal o la ley del emperador.

Ya en el siglo XII, cuando surgen las Universidades en Europa, en la Baja Edad Media, se estudiaba Derecho, y en éstas se estudian dos ramos: Derecho Romano y Derecho Canónico (el *Corpus Iuris Civilis* y algunas recopilaciones de leyes eclesiásticas); el título recibido en esa época era Licenciado en Cánones y Leyes, el cual se mantiene hasta el siglo XIX.

d) Fuentes del Derecho Canónico

Las fuentes de Derecho Canónico se dividen en dos grupos:

*** Fuentes de conocimiento jurídico canónico**

Con este nombre se denomina a todos aquellos medios o elementos donde es posible encontrar una ley o una costumbre canónica; entre las fuentes de conocimiento jurídico canónico están los textos legales canónicos y las recopilaciones de leyes eclesiásticas. También constituyen una fuente todos los libros de la Biblia, especialmente los del Nuevo Testamento, los escritos de los Santos Padres, las Actas de los Concilios (documentos de constancia de cada Concilio) y también los libros de la historia de la Iglesia y los de historia, en general.

*** Fuentes de existencia del Derecho Canónico**

Son los diferentes legisladores de la Iglesia. Existen varios.

1. El primer legislador de la Iglesia es Dios, que se presenta como legislador natural y legislador positivo (V. gr.: Los Diez Mandamientos).
2. El segundo legislador es Jesucristo, fundador de la Iglesia, legislador fundamental y fuente primaria de todo el Derecho Canónico, ya que este se basa en los principios del Evangelio.
3. El tercer legislador son los Apóstoles, que fueron los que primero interpretaron el derecho contenido en los Evangelios.

Lo hicieron en forma individual y luego en forma colegiada.

a) En forma individual; según las cartas de San Pablo, cada uno interpreta a su manera.

b) En forma colegiada; el Concilio Apostólico de Jerusalén (50 d.C.), fue la primera reunión de los Apóstoles, de la que emanaron leyes canónicas; a él asistieron todos los Apóstoles, reuniéndose en Jerusalén, a fin de resolver un problema urgente entre los primeros cristianos. Debaten si para alcanzar la salvación se debía observar la Ley de Moisés y la ley de Cristo, o sólo la ley de Cristo. La reunión acordó, interpretando lo que enseñó Cristo, que un cristiano para salvarse sólo debe observar la enseñanza cristiana y no la judía (Hechos 15).

4. El cuarto legislador es el Papa; puede legislar a través de un Concilio Ecuménico o Universal o por sí solo; el Papa es legislador universal de la Iglesia y, además, es fuente de toda jurisdicción eclesiástica.

5. El quinto legislador lo constituyen los Obispos, por sí solos o mediante un Sínodo Diocesano (Asamblea conformada por los párrocos que asesoran al Obispo); las leyes de los obispos tienen dos limitantes:

a) Rigen sólo en el Obispado, o sea, son de carácter territorial.

b) Siempre se dictan bajo la Suprema Autoridad o Potestad Papal (deben estar de acuerdo con lo que dice el Santo Padre).

6. El sexto legislador son los Concilios; estos son asambleas de los altos dignatarios de la Iglesia, que se reúnen para hacer una interpretación oficial de la doctrina de la Iglesia Católica. Se clasifican en:

a) Provinciales: son aquéllos en que se reúnen los obispos de una Provincia eclesiástica y deben realizarse a lo

menos cada 20 años; los debe citar el Obispo Metropolitano.

b) Plenarios: son aquéllos que reúnen a obispos de varias Provincias eclesiásticas; deben ser convocados por el Papa, y los puede presidir el Papa o un delegado suyo.

c) Ecuménicos o Universales: son los de mayor jerarquía, que reúnen a todos los obispos de la Iglesia Católica, a los que se agregan los Cardenales y los Superiores Generales de las Órdenes y Congregaciones Religiosas, son convocados y presididos por el Papa, y es él quien establece las materias a trabajar en el procedimiento. Tienen una potestad suprema y universal; resuelve en última instancia todas las cuestiones sobre doctrina, organización y disciplina de la Iglesia, y es infalible en lo que respecta a la fe.

Hasta la fecha, se han celebrado 21 Concilios Ecuménicos; el primero fue el de Nicea, el cual se realizó en el año 325 d.C., y el último es el del Vaticano II (1.962 – 1.965); de estos 21, sólo los primeros diez han sido reconocidos por la Iglesia Cristiana Ortodoxa de Oriente, nacida en el año 1.054, luego del Cisma de Oriente.

El Concilio de Nicea (325 d.C.)

Se reúne para tratar un tema de alta gravedad para la Iglesia.

Se había difundido una doctrina sospechosa, fundada por un sacerdote alejandrino llamado Arrio, que era de origen egipcio; este sacerdote dio vida a una nueva doctrina: la doctrina arriana o arrianismo. Los pueblos germánicos que habían entrado en el Imperio Romano, al convertirse al cristianismo, habían adoptado esta doctrina, entre ellos, los visigodos. El Concilio se reúne para resolver el problema, para resolver si la doctrina arriana era ortodoxa o heterodoxa.

Arrio sostenía que Cristo había sido creado, es decir, era una creatura. Si Cristo era una creatura, significaba que tenía un principio y un fin, por lo tanto, no era igual a Dios.

El Concilio llega a la conclusión de que esta doctrina rompe el dogma de la consubstancialidad de las tres personas divinas: un principio de fe, según el cual Dios Padre, Dios Hijo y Dios Espíritu Santo son tres personas distintas, pero una a la vez, idénticas e indivisibles, sin que por ello se confundan. En consecuencia, el arrianismo, al negar la divinidad de Jesús, constituía una doctrina heterodoxa, pues Cristo Jesús, dijo el Concilio, no fue creado, sino engendrado: sin dejar de ser Dios se hizo hombre a través de mujer, asumiendo la naturaleza humana en todo, menos en el pecado, para luego regresar al Padre.

Como Arrio insiste en sostener su doctrina, el Concilio determinó que si no abandonaba sus ideas, él y sus seguidores decidían quedar al margen de la comunidad eclesial, es decir, caían en la excomunión; si abandonaba su postura, sería recibido por la comunidad.

El Concilio también reafirma los dogmas de la Iglesia. Para ello, el Concilio le ordena a un obispo español, Osio de Córdoba, que redacte un documento que reafirme los dogmas de la fe, el cual debería incorporarse a la liturgia, es así como nace el llamado Credo Niceno, reformado por el Concilio de Trento.

Es necesario señalar que en la Iglesia los laicos no son instancia legisladora. Esto se debe a que desde la Iglesia primitiva la Iglesia tiene una fuerte organización jerárquica, donde los fieles se dividen en dos categorías: clérigos y laicos, y los clérigos tienen distintos rangos entre sí (Sumo Pontífice, Cardenal, Obispo, Párroco, Religioso, etc).

La Iglesia es la única institución que existe desde la época romana, conservando su forma de organización particular.

Credo Niceno

*Creo en un solo Dios Padre Todopoderoso,
Creador del cielo y de la tierra,
y de todas las cosas visibles e invisibles;
y en un solo Señor Jesucristo, Hijo Unigénito de Dios,
engendrado del Padre antes de todos los siglos,
Dios de Dios, Luz de Luz,
verdadero Dios de Dios verdadero,
engendrado, no hecho, consubstancial con el Padre;
por el cual todas las cosas fueron hechas,
el cual por amor a nosotros y
por nuestra salud descendió del cielo,
y tomando nuestra carne de la virgen María,
por el Espíritu Santo, fue hecho hombre,
y fue crucificado por nosotros
bajo el poder de Poncio Pilatos,
padeció, y fue sepultado;
y al tercer día resucitó según las Escrituras,
Subió a los cielos y está sentado a la diestra de Dios Padre.
Y vendrá otra vez con gloria
a juzgar a los vivos y a los muertos;
y su Reino no tendrá fin.
Y creo en el Espíritu Santo, Señor y Dador de vida,
procedente del Padre y del Hijo,
el cual con el Padre y el Hijo
juntamente es adorado y glorificado;
que habló por los profetas.
Y creo en una santa Iglesia Católica y Apostólica.
Confieso un Bautismo para remisión de pecados,
y espero la resurrección de los muertos.
Y la vida del Siglo venidero.
Amén.*

Las etapas del desarrollo del Derecho Canónico

Primera etapa

Etapa del derecho antiguo, desde la fundación de la Iglesia hasta el año 1.140 (Decreto de Graciano: texto del *Corpus Iuris Canonikus*; redacción de leyes canónicas).

Segunda etapa

Etapas del derecho nuevo, desde el Decreto de Graciano hasta el término del Concilio de Trento (1.563); se observa un fortalecimiento del poder del Papa dentro de la Iglesia.

Tercera etapa

Etapas del derecho novísimo, desde 1.563 hasta 1.983; en 1.983, S.S. Juan Pablo II promulgó el Nuevo Código de Derecho Canónico, que reemplaza al primer código del año 1.918, que a su vez había reemplazado al *Corpus Iuris Canonicus*.

Cuarta etapa

Etapas del derecho vigente, que comienza con el movimiento de 1.983, con la promulgación del nuevo código de Juan Pablo II. Este Pontífice es el más importante legislador del siglo XX, ya que ha promulgado el nuevo Catecismo de la Iglesia Católica y diversas encíclicas.

Juan Pablo II ha renovado el Derecho Canónico, dejando preparada a la Iglesia para el Tercer Milenio.

e) Influencia del Cristianismo en las distintas áreas del Derecho Romano

Influencia en el concepto de Derecho

El cristianismo distingue entre un orden temporal y un orden religioso; según éste, todo poder nace de Dios, y el derecho tiene también su origen en Dios; esto se explica porque existe un Derecho Natural constituido por un conjunto de principios superiores, a los que toda ley escrita positiva debe someterse. Los principios del Derecho Natural nacen de la naturaleza humana; el hombre, a su vez, y todo lo que existe, ha sido creado por Dios. Por lo tanto, el derecho no depende enteramente del arbitrio humano, es decir, no se funda o nace de la autoridad política, sino que en último término recibe su fuerza de Dios.

La ley natural y la ley positiva

La doctrina cristiana, desde San Agustín de Hipona (s. IV), San Isidoro de Sevilla (s. VI y VII), Santo Tomás de Aquino (s. XIII), explica la relación entre ley natural y ley positiva. Toda ley positiva no es otra cosa que una consecuencia del Derecho Natural. Toda ley positiva, para ser justa y en consecuencia para obligar, debe estar de acuerdo con la ley natural.

Este principio se incorpora al Derecho Castellano y al Indiano, transformándose en normas concretas. En una ley castellana del siglo XIV, el Ordenamiento de Briviesca de 1.387, se establece que cuando una ley es injusta, los súbditos pueden suplicarla al rey, pidiéndole que la modifique o la derogue.

Existían tres causales para suplicar (Summa Theológica):

1. Abrupción
2. Subrepción
3. Daño irreparable y escándalo conocido

Las dos primeras son vicios con que la ley nace, y el tercero son los efectos negativos que puede producir una ley al ser aplicada.

1. Abrupción: es un vicio, que se configura cuando en el procedimiento de preparación o de redacción de una ley, se ha incurrido en errores por parte del legislador, al no contar con todos los antecedentes necesarios para

legislar.

2. Subrepción: este también es un vicio, pero aquí ocurre que en el proceso de preparación de la ley hay dolo: el legislador ha deliberado con información falsa o incompleta, entregada maliciosa y deliberadamente.

3. Daño irreparable y escándalo conocido; el daño irreparable es un daño que afecta a la comunidad entera, pues la ley aplicada causa un efecto inesperado, no deseado para la sociedad. El escándalo conocido ocurre cuando al aplicarse una ley hay una conmoción general en la comunidad, la cual no es deseada por el legislador.

El rey, ante el recurso de súplica, puede acogerlo o rechazarlo; si lo acoge, deroga o modifica la ley, pero si lo rechaza, insiste en que la ley se aplique como ha sido dictada. Este proceso de súplica no se puede revertir. En este proceso, la ley analizada no se aplica hasta que el rey resuelva. En América, las leyes también podían suplicarse, pero hubo algunas adecuaciones.

En Chile y en América, todas las leyes dictadas por el Rey podían ser suplicadas. Pero había dos tipos de leyes que no se podían suspender mediante la suplicación: las leyes tributarias y las leyes protectoras de los indios. En el año 1.598, durante el Desastre de Curalaba, murió don Martín Óñez de Loyola, gobernador de Chile. Al concretarse el levantamiento indígena y la destrucción de varias ciudades del sur, se suplicó al rey que por excepción se pudiera aplicar, por delito de traición con pena capital, la pena de esclavitud, aunque las leyes indianas consideraban libres a los naturales.

Este asunto fue estudiado por la Corona; diez años después, Felipe III dicta una ley, la Real Cédula de 1.608, dando lugar a la réplica; la Real Cédula llega a Chile en 1.609, y el gobernador de Chile, García Ramón, decide suplicarla, invocando la causal de daño irreparable para todo el Reino de Chile, pues el alzamiento ya había terminado. Es así como la ley fue derogada en 1.612, borrándose del Ordenamiento de Briviesca.

Influencia en el Derecho Público

Para el cristianismo, el Derecho Público es aquella rama o área del Derecho, donde se relacionan el Estado y el ciudadano (la Monarquía y los súbditos); encontramos materias como la soberanía, el ejercicio del poder, el respeto de los Derechos Individuales y la Teoría del Estado.

La doctrina cristiana, basándose en la enseñanza de Cristo, afirma que todo poder viene de Dios, y que el poder recae en dos distintas áreas: un área temporal y un área espiritual.

En la época romana, el poder temporal lo ejercía el Emperador, y el espiritual el Papa. Esta distinción se basa sobre una enseñanza de Jesús: Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

Esta concepción tiene distintas consecuencias.

La más importante es la limitación al ejercicio del poder temporal, o sea, que este se ejerce de acuerdo a ciertas obligaciones y derechos, frente a las cuales se deberá rendir cuenta ante Dios de su desempeño, por eso, el monarca tiene las obligaciones de:

1. Dictar leyes justas.
2. Debe hacer justicia.
3. Debe amparar a los súbditos y a la Iglesia; protegerlos en cuanto a sus derechos.
4. Debe gobernar buscando el bien común.

Cumpliendo con esto, logra un buen gobierno.

San Agustín decía, explicando por qué el gobernante debía hacer justicia, que si Dios es la justicia en sí mismo, no pudo otorgar el poder a un ser humano para que otorgara injusticia; el que el gobernante cumpla o no con estos deberes, tiene consecuencias políticas (pierde su legitimidad; pierde *auctoritas* en el ejercicio del poder; el poder vuelve a los súbditos; puede ser expulsado del poder) y religiosas (comete un pecado grave; no puede acceder a la salvación).

El poder y la autoridad temporal derivan de Dios, y de ahí nacen sus limitaciones, los cuales no existían en el Derecho Romano precristiano.

Influencia en el Derecho Privado

Hay que tener en cuenta que el cristianismo es una doctrina de redención moral y no de redención social o política, o sea, de acuerdo con la doctrina que Cristo enseñó, quien dice ser cristiano debe adecuar su vida a la enseñanza de Cristo; antes que todo, debe producir un cambio interno en la persona, la cual lo traduce en lo externo, es decir, el cristianismo quiere producir un cambio en cada persona.

Cristo nunca exigió un cambio en las instituciones políticas o sociales, sino que actúa directamente sobre la moral del cristiano; los cambios radicales son consecuencia de la redención moral, ya que las instituciones están integradas por personas.

Por el contrario, cuando el cambio es por la fuerza, dura cuanto dura la fuerza; el cristianismo no pide la derogación de la esclavitud, pero enseña que la esclavitud es contraria al Derecho Natural. San Pablo enseñó que todos los hombres son hijos de Dios, por lo tanto, los cristianos deben tratar al resto como sus hermanos. Desde esta base, se llegará a la abolición de la esclavitud, pero primero hubo una redención moral de la persona.

f) Fin y caída del Imperio Romano de Occidente

Diocleciano, en el siglo III d.C., reformó el Imperio, dividiéndolo en dos zonas: Oriente (Bizancio) y Occidente (Roma), ambas con un solo Emperador.

De dos Imperios se puede hablar desde fines del siglo IV, a partir del año 395 d.C., es decir, a la muerte del emperador Teodosio el Grande; ese año el Imperio se divide en dos, entre sus dos hijos: Honorio (Emperador de Occidente) y Arcadio (Emperador de Oriente).

Desde ese momento, nunca más se van a volver a unir estas dos zonas, siguiendo caminos muy distintos. El año 476 d.C., cae y desaparece la institución imperial en occidente; en cambio, el Imperio de Oriente perdura casi mil años más, hasta 1.453, fecha en la que se produce la caída de Constantinopla, a manos de los turcos otomanos, sitio dirigido por Mahomet II, al mando de ocho mil hombres, líder del Imperio Turco Otomano.

El Imperio Romano de Oriente comprendía la zona de los Balcanes hacia el oriente, hasta Egipto, pasando por Grecia, Turquía, Medio Oriente y Marruecos.

El Imperio Romano Occidental comprendía Italia, Galias, Hispania, Britania y Germania.

La caída de Roma (476 d.C.)

A partir del siglo III d.C., se observa un proceso de debilitamiento del Imperio Romano, por causas económicas y administrativas políticas; lo que observamos es que la población urbana huye hacia zonas rurales, para evitar el pago de tributos, lo que produce la ruina del Imperio.

El Imperio ha abusado de los tributos, los subió desmedidamente, pues fue la única manera de contravenir el déficit fiscal, ya que el gasto de defensa y militar era muy grande.

Las fronteras se despoblaron, y Roma tuvo que pactar con los germanos, para que ellos se establecieran e impidieran que otros pueblos ingresaran al Imperio; aquí comienza otro proceso aún más complicado. Lo que los germanos buscaban era ingresar al Imperio, pues vivían en tierras muy difíciles y hostiles, y que éste les cediera una Provincia para crear un Estado. Roma pacta con estos pueblos, pero lo hace con el único fin de buscar aliados y evitar los ataques, por ello es que nunca cumple la promesa de otorgar una Provincia a los germanos.

En Oriente, este proceso se atenúa, porque las migraciones germánicas fueron menores.

Se piensa que los pueblos germánicos que entraron a occidente fueron una veintena. En Italia surgieron Reinos romano germánicos (lombardos en el norte y ostrogodos en el sur), siendo el más importante el de los lombardos. Este es el origen de las naciones europeas actuales: lo latino y lo germánico.

En el año 476, el emperador de Roma era un niño de 15 años: Rómulo Augusto, apoyado por un grupo de patricios ultra romanos anti germánicos; tuvo un accidentado gobierno este joven emperador, especialmente con un general ostrogodo: Odoacro.

Llegado un momento, Odoacro decidió que ya no había más Emperador de Roma y dictó la supresión de la institución imperial. Para ello, le ordenó a Rómulo Augusto abandonar la ciudad; hubo un intento de resistencia armada, liderado por Oreste, padre del Emperador; pero falló, fue decapitado y el Emperador fue expulsado a Oriente, y así cayó el Imperio Romano de Occidente. El poder ahora lo tenían las autoridades de los Reinos germánicos.

Cap. III: El Derecho de la España Visigoda (409 d.C. – 711 d.C.)

En esta época se difunden e imponen las costumbres jurídicas germánicas, tanto del derecho público como del derecho privado, sobre el Imperio Romano. Es así como pasan a formar parte del Derecho occidental, como uno de sus elementos formativos.

También esta era es conocida como época isidoriana, como un reconocimiento al más importante jurista de la época: San Isidoro de Sevilla, obispo de esa ciudad. Sus doctrinas sobre el derecho político llegarán a transformarse en normas, en leyes políticas visigodas, incorporadas al Libro de los Jueces (s. VII d.C.).

Los visigodos fundaron en España un Reino, que fue muy importante en lo político y en lo jurídico. En efecto, las instituciones políticas y jurídicas de la España medieval tienen su origen en el Reino Hispano Visigodo.

Son dos los textos de la época romana que entregan valiosa información sobre los germánicos, y en particular sobre los visigodos:

* Julio César, en su obra Comentario de la Guerra de las Galias (50 d.C.).

* Tácito, en su obra La Germania, que es la obra más completa sobre el tema (98 d.C.).

a) Las migraciones germánicas sobre el Imperio Romano

La expresión germánicos hace alusión a una serie de pueblos con elementos comunes; se trata, según Tácito, de unos cincuenta pueblos que habitaban fuera del Imperio Romano, al norte de la frontera de éste (entre el Rin y el Danubio), cada uno con su propia forma de vida, que corresponden a las actuales zonas de Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia.

Estos pueblos, como se ha señalado, poseen varios elementos en común:

* La raza indoeuropea (aria), a la que pertenecen también todos los eslavos (rusos, ucranianos, polacos; europeos orientales, en general).

* Constituyen pueblos politeístas, cuyos dioses estaban vinculados a la naturaleza y a poderes animales.

* En lo político, tienen instituciones comunes; la Asamblea de Guerreros era integrada por todos los varones en edad de portar armas, que elegían a un Consejo de Príncipes, que tenía como función gobernar, el cual posteriormente fue reemplazado por un rey, donde lo político y lo militar están íntimamente ligados.

Algunos autores señalan que las comunidades germanas eran corporaciones para la guerra, pues se acostumbraron a tener que defenderse de los pueblos guerreros asiáticos (hunos y mongoles, principalmente): la necesidad crea el órgano.

Cuando comenzó a aumentar la población, la comida empezó a escasear y, por ello, tuvieron que migrar hacia tierras más fértiles y menos hostiles, las que estaban en manos de los romanos. Los pueblos germanos van a buscar establecerse en mejores tierras, pues las que habitaban eran de difícil subsistencia.

Roma siempre mantuvo fuera del *limens* a las hordas germánicas, pero su poder militar se debilitó y, alrededor del año 200 d.C., algunos de estos pueblos se establecieron en la frontera. Al darse cuenta que el Imperio no era capaz de retenerlos, decidieron traspasarla. Roma decide pactar con ellos, permitiéndoles establecerse en ella, a condición que la resguardaran de otros invasores.

Este proceso de las migraciones, donde se trasladaron pueblos completos, da origen a una división de los pueblos germánicos en tres grupos:

1. Grupo nórdico: los pueblos germánicos que no se trasladaron de sus asentamientos.
2. Grupo oriental: son los pueblos que entraron en la zona oriental del Imperio (Constantinopla), para establecerse en esas regiones (Grecia y los Balcanes). En la zona de Polonia y Croacia se localizaron algunos grupos, que se quedaron allí para siempre; en general, los grupos orientales no son de mucha connotación.
3. Grupo occidental: constituyen la mayoría de los pueblos germánicos, ocupan las Provincias romanas de occidente, dando origen a las actuales naciones europeas.

En el centro de Europa (Provincia Vienense: Austria, Suiza y Alemania), se establece un grupo germánico que domina toda la región: los alamanes (Alemania: tierra de alamanes).

En la zona norte (Provincia de Britania –tierra de bretones–: Inglaterra, Escocia, Gales, Irlanda), se establecen tres pueblos: anglos, jutos y sajones; con el tiempo dominaron los anglos (Inglaterra: tierra de anglos).

En el centro europeo mediterráneo (Italia), se instalaron los lombardos (Lombardía) en el norte, y los ostrogodos en el centro y sur italiano.

En la Provincia de las Galias, se establecieron dos pueblos: los francos y los visigodos; ambos se disputaron esa Provincia, a lo que se añadían problemas religiosos, pues los francos eran católicos y los visigodos arrianos. Finalmente, los francos derrotan a los visigodos y son expulsados en el año 507 d.C. (Francia: tierra de los francos).

En la Hispania (España y Portugal), a partir del año 409 d.C., se establecieron cuatro pueblos germánicos: vándalos, alanos, suevos y visigodos. De estos cuatro pueblos, dos son los que se van a quedar para siempre

en España: los suevos y los visigodos; vándalos y alanos, producto de distintos conflictos, son obligados a replegarse a las tierras orientales, desde donde provenían.

Los suevos fundaron un Reino en Galicia y Portugal; fue un Reino autónomo e independiente, hasta que fueron sometidos por los visigodos, siendo transformado su Reino en una Provincia hispana visigoda.

Los visigodos fundaron un Reino, que adquirió mucho poder; perduró cerca de dos siglos (507 d.C. – 711 d.C.), hasta la invasión islámica, que los obligó a replegarse al norte español.

b) El Derecho germano primitivo

El derecho germano primitivo es el derecho que se generó antes de las migraciones. Es un derecho consuetudinario, es decir, la fuente principal es la costumbre, se trata de un derecho no escrito.

Para los germanos, el Derecho es entendido como un conjunto de normas jurídicas, cuyo principal objetivo es mantener la paz social, entendida como una convivencia comunitaria pacífica, donde se respeten, resguarden y protejan los derechos de cada individuo, que se rompía al cometerse un delito, por eso es que debían ser castigados quienes rompieran la paz social.

Derecho Penal

Los germanos conocieron dos tipos o categorías de delitos.

1. Delitos especiales: son conductas donde el que incurre en ellas entra en conflicto con toda la comunidad, por eso son más graves, como los delitos políticos (delitos contra la autoridad; atentados contra la autoridad; traición), delitos militares (deserción del ejército), y delitos religiosos (ofensa a los dioses; hechizos dañinos).

En el caso de que el delito sea comprobado, hay pena de muerte más la confiscación de bienes del culpable. Si el sujeto está prófugo, nadie puede ayudarlo, pues sería su cómplice y puede ser juzgado. Al culpable cualquiera lo puede matar, ya que era un animal dañino, similar al lobo (*wargus*), un peligro para la sociedad.

La pena de muerte era aplicada luego de un acto ritual, donde los dioses eran consultados para ver si confirmaban la pena de muerte o si preferían otra sanción, llamado ordalía (Juicio de Dios). La ordalía, en síntesis, es una prueba ritual usada en la antigüedad para establecer la certeza, principalmente con fines jurídicos, y una de cuyas formas es el juicio de Dios.

En el derecho germánico había dos tipos de ordalias.

Una consistía en agua hirviendo (*iudicium aquae ferventis, caldariae*) y la otra en un hierro candente.

En el caso del agua hirviendo, al culpable, en presencia del tribunal, se le tomaba el brazo y se le sumergía en el agua hirviendo, luego se le vendaba y se le ponían unos sellos; pasado tres días, las vendas eran retiradas. Si la herida estaba sanada, significaba que los dioses querían otra sanción; si estaba infectada, los dioses aprobaban la sanción.

La prueba del hierro candente era aplicada de la misma manera.

2. Delitos ordinarios: estos son delitos contra la propiedad, contra la integridad física de las personas o contra el honor. Este tipo de delito se produce entre el que comete el delito y la familia de la víctima.

La unidad básica de la sociedad germánica es la sippe; la sippe es la pieza fundamental en el derecho y por eso que puede iniciar acciones judiciales, para que los tribunales impongan la sanción al infractor.

En este tipo de juicios, el rey interviene a través del juez, el cual es nombrado por él. El juez está obligado a intentar a que las partes lleguen a un acuerdo económico, que signifique una atenuación de la pena o que ponga fin al caso.

En el Derecho germano existió la compensación pecuniaria de los delitos; cuando se pagaba una indemnización a una víctima, una parte de ésta era retenida por el tribunal (*fredus*), y la otra le era entregada al indemnizado (*wergeld*).

Derecho Político

La sippe también tiene importancia en el derecho político germánico, pues los príncipes –luego el monarca– eran elegidos de entre las mejores sippes o estirpes del pueblo. De las sippes nacen los príncipes y los reyes. Por esto, cuando se comete algún delito, ese delito tiene una consecuencia política: mancha el honor y la sangre de la sippe. Los germanos creían que podían enaltecer o rebajar el honor de la sippe, a través de los actos de sus miembros. La indemnización venía a limpiar la mancha en la sangre que se ha producido por la comisión de algún delito, pues la sangre era lo más valioso; por medio de la sangre se transmitían los valores y las virtudes.

Cuando un varón llegaba a la mayoría de edad, era incorporado a la Asamblea de Guerreros; le eran entregadas las armas y su escudo, con el símbolo de su sippe. Según Tácito, antes del combate había una ceremonia, donde pedían el auxilio de sus antepasados, los que los observaban en la batalla, pues creían los germanos que la batalla era una oportunidad única para enaltecer el honor de su linaje, procediendo a golpear sus armas, generando un gran ruido, con el fin de llamar a sus antepasados.

Los germanos creían que lo mejor que le podía suceder a un soldado era triunfar o morir combatiendo con valentía. Para los que morían valientemente en el combate, pasaban de inmediato a un paraíso, el Warhala, y eran llevados por unas estupendas féminas, conocidas como walkirias.

c) Historia del Reino Hispano Visigodo

La historia del Reino Hispano Visigodo sirve para entender la historia de todos los pueblos germánicos que pertenecen al grupo occidental.

Los visigodos provenían de Escandinavia; entraron al Imperio cerca del año 200 d.C., instalándose en Tracia, en la zona griega del norte. Eran gobernados por un Consejo de Príncipes, elegidos por la Asamblea de Guerreros.

Desde Tracia se trasladan a los Balcanes; aquí firmaron varios tratos con Roma, pues buscaban la asignación de una Provincia, para ejercer allí soberanía y crear un Estado. Roma promete entregársela, pero retrasa de forma sostenida la entrega, sobornando a algunos miembros de la Asamblea. Por esto, los visigodos deciden elegir a un rey, para que solamente una persona hiciera frente a las negociaciones con los romanos. De esta forma, la Asamblea se disuelve y le entrega el poder a un monarca.

El primer rey visigodo fue Alarico (380 d.C.), quien gobernó por más de veinte años; llevó a su pueblo a Italia, entró por la zona norte el año 400 d.C., con el fin de demostrar el poderío visigodo. En el año 408 d.C., el Emperador Honorio, junto con un grupo de patricios, intentó un asesinato a traición en contra de Alarico, quien, luego de enterarse y tomar algunas precauciones, sitió Roma en agosto del año 410 d.C., y durante tres días saqueó la ciudad. Muchos romanos fueron hechos prisioneros, entre ellos, la hermana del Emperador, Gala Placidia, a quien tomaría como esposa otro rey visigodo: Ataúlfo.

Cuatro años después, muerto Alarico, es coronado rey de los visigodos Ataúlfo (414 d.C.), quien firma un tratado de paz con los romanos, por el cual se celebró el intercambio de prisioneros, comprometiéndose Roma

a pagar una indemnización y entregar a los visigodos la mitad de las Galias. En el año 418 d.C., los visigodos se instalaron en las Galias, con lo que nace el Reino Visigodo, teniendo como capital la ciudad de Tolosa (*Toulouse*).

La historia del Reino Visigodo se puede dividir en 2 grandes etapas:

1. Reino Visigodo Tolosano (418 – 507).
2. Reino Visigodo Toledano o Hispano Visigodo (507 – 711).

El año 507 d.C. se produce la Batalla de Voillé, donde los francos, comandados por los hijos del rey Clodoveo, derrotan a los visigodos y los expulsan a la Hispania, bajo el reinado de Alarico II.

La etapa toledana tiene una etapa arriana y otra católica, la que comienza con la conversión del rey Recaredo, ocurrida en el año 589 d.C., y termina con la invasión musulmana.

En el período católico, hay una colaboración por parte de la Iglesia con el rey visigodo en la preparación de leyes civiles, por ejemplo, el Libro de los Jueces o *Liber Iudiciorum*.

d) Instituciones Políticas del Reino Hispano Visigodo

Cinco son las instituciones políticas del Reino Hispano Visigodo:

1. Rey
2. Aula Regia
3. Oficio Palatino
4. Senado
5. Concilios

1. El Rey

Es una institución que nace para reemplazar al Consejo de Príncipes. El primer rey visigodo fue Alarico, a fines del siglo IV.

El rey es el Jefe del Estado, con quien los súbditos tienen un vínculo de Derecho Público.

El Derecho visigodo consagró un sistema de monarquía electiva; esta elección se realizaba en la capital del Reino, y correspondía elegirlo al Senado.

Las leyes visigodas disponían que para ser elegido rey, se debía cumplir con algunos requisitos: ser varón, de raza visigoda y en edad de portar armas. Quedaban excluidos los clérigos y los condenados a pena infamante.

Desde el año 531 d.C., cambia el sistema de elección del rey, pues con la muerte del rey Alamarico se extinguió el linaje de los Baltos. Todos los reyes anteriores habían sido de esta sippe, ahora cualquier varón de raza goda podía serlo, pero esto generó un gran problema.

Muchos querían presentarse, además, se hizo frecuente el delito de traición, con el fin de provocar otra elección. Tal situación fue objeto de una legislación amplia, se dictaron muchas leyes contra la traición, pero

sin buenos resultados. De esta forma, se vivió en constante caos público a raíz de las conspiraciones internas.

El morbo gótico, enfermedad de los godos, dice relación con las constantes conspiraciones de los visigodos para asesinar a sus reyes. Los medievales han dicho que, a fin de evitar esta práctica, las monarquías se hicieron hereditarias. El Reino Visigodo pasó por varias crisis, en una de éstas uno de los bandos pidió ayuda a los musulmanes de África, 711 d.C., quienes invaden España con el fin de difundir el Islam.

Una vez que el rey era electo, prestaba juramento ante sus súbditos en la Catedral de Toledo; se compromete a cumplir sus obligaciones políticas para con sus súbditos, teniendo a Dios como testigo. Según san Isidoro de Sevilla, la elección del monarca daba origen a un pacto entre el rey y el pueblo. Cuando el pueblo elegía a un rey, el poder político lo recibía del pueblo, y éste de Dios, por lo tanto, esta doctrina pactista dice que el poder que tiene su origen en Dios recae sobre el pueblo, y el pueblo elige al rey.

El rey tiene distintas obligaciones, que nacen del pacto.

1. Proteger y amparar a los súbditos.
2. Administrar justicia.
3. Dictar leyes justas.
4. Proteger a la Iglesia.
5. Defender la integridad territorial del Reino.
6. Gobernar buscando el bien común y no el bien propio.

Los súbditos también tienen obligaciones.

1. Fidelidad y obediencia al rey, y a los funcionarios que lo representan.
2. La obligación del consejo, que es ayudar al rey a gobernar, la cual se ejerce a través de 2 instituciones:

* Auxilio económico: pagar impuestos.

* Auxilio militar: participar en la milicia.

Según la doctrina isidoriana, si el rey no cumple sus deberes políticos pierde el poder y éste vuelve al pueblo, quien queda habilitado para elegir otra autoridad. Rey serás si obras correctamente, si no, no lo serás, decía san Isidoro de Sevilla.

El rey contaba con varias atribuciones para cumplir con sus obligaciones:

1. El rey es legislador.
2. El rey está al frente del poder judicial y nombra los jueces.
3. El rey está al frente de la administración pública y nombra sus funcionarios.
4. El rey tiene el mando del ejército y sus miembros dependen de su autoridad.

Según algunos autores, se puede colegir que el rey y todos los funcionarios públicos del Reino Visigodo están

sujetos al derecho, por eso es que se piensa que aquí ya estaba el principio del Estado de Derecho, aun cuando este es un término posterior; sin embargo, otros autores piensan que ésta calificación es realmente un aporte de la Ilustración.

2. Aula Regia o Aula Real

Era una asamblea política permanente que actuaba junto al rey, asesorándolo en la legislación y en la preparación de normas; también intervenía en decisiones de gobierno y le correspondía ejercer funciones de justicia (el rey debía consultar al Aula Regia en lo que respecta a la amnistía).

Estaba integrada por:

1. Todos los miembros del Oficio Palatino.
2. Los más destacados miembros de la nobleza visigoda.
3. Los próceres: los miembros del Tribunal Real y los miembros del Consejo Privado del monarca.
4. Los gardingos: los miembros de la guardia personal del rey.
5. Jefes superiores del ejército.
6. Los altos dignatarios del gobierno de las Provincias.

3. Oficio Palatino

Es un organismo burocrático, una especie de conjunto de oficinas públicas, que se encarga de distintas tareas administrativas. Este oficio se dividía en varias secciones y cada una de ellas estaba al mando de un Conde, que era nombrado por el rey.

Algunos de ellos son:

1. Conde del Tesoro, encargado del manejo de la hacienda real, ingresos y gastos.
2. Conde de los Notarios, era como un canciller, preocupado de las relaciones políticas con los otros Reinos o Estados.
3. Conde Jefe de la Guardia Real, que actuaba como un Ministro de Defensa.
4. Encargado de las caballerizas y establos de Palacio.
5. Conde de Mayordomos de Palacio, controlaba a los funcionarios reales y se encargaba del mantenimiento de los edificios públicos.
6. Juez Mayor de Toledo.
7. Un Obispo, el cual era rotatorio.

4. Senadoo *Senatus*

Este organismo se creó cuando los visigodos se establecieron en las Galias (418 d.C.); este organismo reemplaza a la Asamblea de Guerreros.

Está integrada por:

1. La nobleza
2. Alto clero
3. Gardingos

Tenía por funciones:

1. Elegir al rey
2. Promulgar leyes
3. Pronunciarse sobre las peticiones de indulto por delitos graves

5. Concilios

Eran reuniones de altos dignatarios eclesiásticos.

Desde la conversión de Recaredo al catolicismo (589 d.C.), los Concilios pasan a tener en España una función de carácter político temporal, ya no sólo canónica; entre sus funciones están ayudar al rey a legislar y a dictar leyes civiles.

En esta época, existe una sociedad analfabeta, el sector más culto de la sociedad son los clérigos. Esto se debe a que, desde la decadencia romana, la Iglesia fue la encargada de cuidar los libros y resguardar el patrimonio cultural occidental, por esto Recaredo, al convertirse a la fe, pide ayuda a la Iglesia para que lo ayude en la elaboración de las leyes, estableciéndose así un procedimiento legislativo para tal efecto.

Según este mecanismo, era el rey quien inauguraba el Concilio. En ese momento, el rey leía un documento, conocido como Tomo Regio o Tomo Real, lo que hoy conocemos como mensaje, que contenía los proyectos de ley que el monarca solicitaba al Concilio que estudiara. Además, en el Concilio participaban los miembros del Aula Regia.

Finalmente, el Concilio votaba el documento; si lo aprobaba, daba origen a una ley canónica, es decir, tenían valor para la Iglesia, como canon conciliar. Ahora, si el rey la quería transformar en ley civil, le bastaba con confirmar el acuerdo conciliar, dictando una ley, llamada *Lex in confirmatione concilii* (Ley confirmatoria del Concilio). De esta manera se dictan las leyes en el Reino Visigodo, entre el 589 y el 711 d.C..

En la época visigoda se celebraron 37 Concilios, de estos, 17 fueron en Toledo, que era la capital del Reino Visigodo. Los más destacados son:

*** III Concilio de Toledo (589)**

Fue presidido por San Leandro de Sevilla; el rey visigodo Recaredo se presenta ante los 72 obispos conciliares y es bautizado, acto por el cual se incorpora a la Iglesia Católica.

*** IV Concilio de Toledo (633)**

Participó San Isidoro de Sevilla.

Se aprueban una serie de leyes políticas que tienen por objeto fortalecer el poder del rey y castigar la traición;

las sanciones iban desde la confiscación de bienes hasta la pena de muerte.

*** VIII Concilio de Toledo (653)**

Los obispos redactan el Libro de los Jueces, que es la más importante de las recopilaciones de leyes civiles visigodas; este texto fue promulgado al año siguiente, por el rey Recesvinto.

*** XIII Concilio de Toledo (683)**

Se aprueban una serie de leyes que protegen los derechos de las personas procesadas por la justicia, como la libertad personal y el derecho a la defensa (el actual derecho al debido proceso); éstos tenían el nombre del *habeas corpus* visigótico, el antecedente más remoto del actual recurso de amparo.

e) Fuentes del Derecho hispano visigodo

El Derecho del Reino Hispano Visigodo tiene varias fuentes:

1. La ley
2. La Costumbre
3. La Literatura jurídica o doctrina.

1. La ley

Está constituida por las norma legales de carácter civil y carácter eclesiástico (emanan de la Iglesia, en especial de los Concilios).

a) La ley civil: son las normas legales que dictaba el rey; en un primer momento las dictaba el rey junto a la Aula Regia, pero desde la época de Recaredo lo hace el rey con los Concilios.

Los visigodos durante mucho tiempo tuvieron un derecho no escrito, basado en la costumbre, o sea, de carácter consuetudinario. Por influencia romana, en la época de las migraciones, comienza a adoptar y regirse por un derecho escrito. Al parecer, el primer hecho de esto se produce a principios el siglo V, junto con la fundación del Reino Visigodo (418), en las Galias.

Conocemos estas leyes visigodas porque fueron recopiladas, algunas del período toledano y otras del tolosano.

La ley civil tolosana (418 – 507)

*** Leyes Teodoricianas o *Leges Theodorianae* (419 – 467)**

El primer cuerpo legal son las llamadas Leyes Teodoricianas, que corresponden al período entre el 419 y 467 d.C.; se llaman así porque fueron promulgadas por los reyes Teodorico I (419 – 451) y Teodorico II (453 – 466). Se referían al reparto o distribución de tierras en las Galias, entre visigodos y galorromanos.

Este proceso se dio en toda Europa. Los visigodos iban a ser titulares de los 2/3 de estas tierras, mientras que los galorromanos se quedaban con un tercio de las tierras. Las leyes teodoricianas no han llegado hasta nosotros, pero sabemos de ellas porque son nombradas en otros textos.

*** Código de Eurico o *Edictum Eurici Regis* o *Codex Euricianus* (475)**

Otro texto jurídico es el Código de Eurico (475 d.C.). Este Código fue promulgado por Eurico, rey de los visigodos, entre el 467 y el 484; este rey promulgó la primera recopilación de leyes conocida de todos los pueblos germánicos, lo que significa que los visigodos asumieron la cultura romana antes que otros pueblos germánicos. Este texto técnicamente no es un Código, sino una recopilación. Este texto ha llegado a nuestros días no de manera íntegra, pero se tiene bastante conocimiento sobre él.

A mediados del siglo XVIII, en el año 1.750, en Francia, cerca de París, se encontró un manuscrito que contiene 54 capítulos de lo que fue el Código de Eurico; este documento pertenece hoy al Estado francés y se encuentra en la Biblioteca Nacional de París, siendo objeto de estudio por varias personas, entre ellas, el romanista español Álvaro D'Ors, profesor de Derecho Romano en París, quien en la década de 1.950 publicó El Código de Eurico, que es la obra más completa sobre este tema; en opinión de este estudioso, la versión original debió tener alrededor de 350 capítulos, distribuidos en 31 títulos.

A través del Libro de los Jueces también podemos conocer el Código de Eurico. Este texto tenía en su primera edición 526 leyes, de las cuales más de la mitad ellas, exactamente 319, llevan una anotación especial, que dice *Lex antiquae*, esto significa que fueron tomadas de textos anteriores, es decir, del Código de Eurico y del Código de Leo Vigildo, pero principalmente de Eurico, ya que Leo Vigildo es una puesta al día de Eurico. El Libro de los Jueces se conoce en forma completa.

El Código de Eurico trata de varias materias

1. Leyes de repartición de tierras entre visigodos y galorromanos.
2. Contratos de compraventa, depósito, permuta, donación.
3. Derecho hereditario o sucesorio.
4. Derecho de familia.

Este texto es la primera recopilación de leyes civiles de todos los pueblos germánicos, que pone término a la vigencia del derecho del emperador romano en el Reino Visigodo, pues las leyes romanas son reemplazadas por normas visigodas.

En la redacción participaron juristas galorromanos, entre ellos, León de Narbona, lo que demuestra que los galorromanos ya no tenían un Emperador, sino un Rey.

*** Breviario de Alarico o *Breviarium Alarici* o *Lex Romana Visigothorum* (506)**

El tercer texto de importancia es el Breviario de Alarico (506 d.C.); este texto contiene Derecho Romano vulgar, y fue promulgado por Alarico II, cuando finalizaba el período tolosano (506 d.C.).

La primera reflexión es sobre el texto contenido.

Este texto deroga al Código de Eurico, lo que significa que los visigodos abandonan su derecho para regirse por el Romano vulgar; la razón de esto se debió a una causa política. En esta era, a principios del siglo VI, los visigodos se enfrentaban con sus primos hermanos, los francos, por la dominación de las Galias.

La intención de Alarico II fue congraciarse con la población galorromana, que constituía el setenta y cinco por ciento de la población. Este texto era fruto de una campaña romanizante. Sin embargo, no sirvió de mucho, pues fueron vencidos y obligados a salir de las Galias y a establecerse en Hispania.

El Breviario de Alarico se puede dividir en tres partes:

1. Las *Leges*.
2. Los *Iura*.
3. *Interpretatio*.

1. *Leges*: son constituciones imperiales romanas incorporada al Breviario, que provenían principalmente del Código Teodosiano y de las Novelas.

2. *Iura*: son textos de juristas romanos –jurisprudencia–, que se incorporan al texto visigodo en forma simplificada, propia del Derecho Romano vulgar, como por ejemplo, textos de Gayo (*Institutas*), conocido como *Liber Gai*, de Paulo (*Pauli sententiae*) y Papiniano (*Libri Responsorum*), entre otros.

3. *Interpretatio*: es una aclaración de todo el texto que va al margen de los *Iura* y de las *leges*, que es un trabajo típico del Derecho Romano vulgar.

El Breviario también contiene normas del *Codex Gregorianus* y del *Codex Hermogenianus*.

La ley civil toledana (507 – 711)

Existen dos textos visigodos importantes:

1. El Código de Leo Vigildo (585)
2. El Libro de los Jueces, en las ediciones de:

* Recesvinto (654)

* Ervigio (681)

* Vulgata (702 al 709)

*** Código de Leo Vigildo o *Codex Revisus* (585)**

Leo Vigildo es el último rey visigodo arriano, su período de gobierno se encuentra desde el 571 al 586; su administración se caracterizó por una serie de reformas legales que querían fortalecer el poder del monarca. Esta nueva legislación va a quedar recopilada en el Código de Leo Vigildo, del 585, que consistía en una recopilación de leyes.

No se conoce en forma completa el Código de Leo Vigildo, pero se conoce parte de él en el Libro de los Jueces, donde más de la mitad de las leyes fue tomada de los Códigos de Eurico y el de Leo Vigildo, las que se anotan en el Libro de los Jueces como ley antigua; cada ley que lleva esta anotación proviene de los Códigos.

La base principal del Código de Leo Vigildo es el Código de Eurico, que sirve entonces como fuente. Este último Código es del 475, al que luego se le incorporan leyes posteriores al año 475, lo que da origen al Código de Leo Vigildo. Se dice que es una revisión del Código de Eurico, por esto es que en textos de la Edad Media se conoce con el nombre de *Codex Revisus*.

El Código de Leo Vigildo deroga el Breviario de Alarico; esta derogación tiene, desde el punto de vista de las fuentes del derecho, consecuencias importantes. El Breviario contenía sólo Derecho Romano vulgar, por lo que su derogación reemplaza a este por las leyes de los reyes visigodos. De igual forma, el Derecho Romano

siguió siendo importante para visigodos, pues se encuentran leyes del Derecho Romano en la nueva legislación, pero hay una tendencia por regresar a las leyes visigodas.

En el Código de Leo Vigildo se notan varias novedades.

Se fortalece el poder real; por ejemplo, el rey pasa a ser la primera autoridad judicial del Reino, por lo que nombra a los magistrados del Reino Visigodo. El rey aparece también como la primera autoridad militar del Reino.

En el derecho sucesorio se incluyen principios del Derecho Romano, por ejemplo, se reconocen igualdades de herencia a los hijos y a las hijas, a diferencia de los visigodos, que incluso tienen la institución del mayorazgo, donde hay bienes que se administran sólo por el hijo varón, generalmente el mayor.

En el ámbito de derecho penal, en cuanto a delitos y sanciones, se nota una germanización del derecho penal visigodo, se castigan, por ejemplo, de diferente manera, los delitos dependiendo si son ordinarios o especiales. Aparecen las ordalías y las indemnizaciones en el Código de Leo Vigildo.

*** Libro de los Jueces o *Liber Iudiciorum***

Es el más importante de los textos civiles visigodos.

Su nombre oficial en latín es *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudicum*, porque su finalidad era que fuera utilizado por tribunales visigodos. Es la obra máxima de la legislación civil visigoda, por varias razones. Es el más complejo, y contiene cerca de 300 años de legislación civil visigoda.

Se mantiene vigente después de la destrucción del Reino Visigodo, en el 711, y extiende su vigencia durante toda la Edad Media.

Fue objeto de tres ediciones sucesivas, las dos primeras fueron oficiales, promulgadas por un rey, quien les da su nombre. La tercera no fue promulgada oficialmente, sino que es creación de particulares, pues no se alcanza a promulgar por la destrucción Reino Visigodo por parte de los musulmanes. Estos son:

Recesvinto

Fue redactado en el Octavo Concilio de Toledo; se recopilan las leyes reales dictadas en el Reino Visigodo, ordenadas por temas y materias, teniendo como base el Código de Eurico y de Leo Vigildo, de los que se toman 319 normas legales, esto ocurre en el año 653. A esas 319 leyes se le agregaron cerca de 200 leyes dictadas después de Leo Vigildo, que es el contenido del Libro de los Jueces en su primera edición.

El trabajo del Concilio fue aprobado por el rey, quien lo promulga en el 654.

En su primera edición el texto tenía 12 libros; cada libro se divide en títulos que suman 53, los que a su vez se dividen en leyes, que son 526. Estas leyes se basan principalmente en el Derecho Romano, Derecho Canónico y Derecho Germánico, este último en menor medida.

Libro I: se refiere a la ley como fuente del Derecho y al legislador, es decir, quien tiene la facultad de dictar las leyes, es el monarca y los Concilios. Por regla general, tiene más importancia la ley que la costumbre.

Libro II: se refiere al derecho procesal y leyes sobre la organización de los tribunales y procedimientos judiciales.

Libros III, IV y V: tratan de derecho civil, es decir, regulan los contratos, como el matrimonio, el derecho de

familia y el derecho sucesorio.

Libros VI, VII y VIII: tratan de derecho penal, es decir, delitos y penas; se castiga, por ejemplo, el hurto, la estafa, el delito de daños y delitos militares, como la deserción del ejército. Es donde tiene más influencia tiene el derecho germánico.

Libro IX y X: materias conferidas al derecho de propiedad sobre tierras y al derecho de prescripción.

Libro XI: trata de varios temas diferentes, leyes relativas a los médicos y sus obligaciones. Se castiga el delito de violación de sepultura, se establecen normas al comercio.

Libro XII: normas obligatorias para funcionarios públicos, que generalmente son prohibiciones; se encuentran leyes especiales aplicables a herejes y judíos, para evitar que se difundiera el judaísmo.

Ervigio (681)

Segunda edición preparada, por el Duodécimo Concilio de Toledo, cuyo objetivo era colocar al día la edición de Recesvinto.

El *Liber Iudiciorum* es reeditado, derogándose, conservándose e incorporándose nuevas leyes, ahora contiene 559 leyes. Se agregan 28 leyes aplicables a los juicios que se incorporan al libro doce. Se promulga el texto por Ervigio, el año 681.

Vulgata

El trabajo de esta tercera edición se realiza entre los años 702 y 709, y no llegó a promulgarse por la destrucción del Reino. Se conoce como Vulgata porque se expandió, divulgó y conoció por todos. Fue visto por el Decimosexto Concilio de Toledo (693).

En cuanto a su contenido, se agregó al *Liber* un título preliminar sobre derecho político, que tenía 19 leyes que hablaban, por ejemplo, de la elección del rey, sus facultades y deberes. Este título preliminar basa sus leyes en la doctrina política de San Isidoro de Sevilla, que hasta ese momento sólo se encontraba en los actos de los Concilios, de donde son extraídas. Se incorpora el título antes del Libro primero, redactado en latín, que es conocido y adoptado por los visigodos.

En el siglo XIII fue traducido al castellano –por el rey de Castilla Fernando III–, que le da el nombre de Fuero Juzgo. Parte del *Liber* se proyectó en el Código de las Siete Partidas, así como en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348.

En la época moderna, iniciada con el descubrimiento de América, se utiliza el texto como legislación de Castilla y América, hasta la segunda mitad del siglo XIX, hasta la codificación; se aplicó como subsidiario del derecho municipal indiano y de los derechos indígenas, así como del derecho castellano. De hecho, en Chile lo utilizó la Corte Suprema en sus deliberaciones; por ejemplo, en 1.855 en un caso de delito incendiario, y en 1.856, en un caso de delito de adulterio.

b) Ley eclesiástica o canónica

Se trata de las leyes de la Iglesia visigoda; son leyes que emanan de los Concilios, es decir, cánones conciliares, de los siglos V a XVIII; los Concilios de todo el mundo cristiano dictan cánones conciliares, hay concilios en Europa, África, Grecia, por lo que las leyes canónicas fueron abundantes y era difícil conocer esta conciliación y aplicarla, por lo que el Papa Galacio I, 500 d.C., hace un llamado a los obispos de todo el mundo cristiano para que cada Concilio en su territorio ordene las leyes que han dictado por fecha y materia.

Los obispos visigodos apoyan al Papa; se recopilan en España leyes eclesiásticas, de las que se conocen cuatro, que corresponden a los siglos VI, VII, y VIII. Son las siguientes:

1. Primera Colección de Novara (550), la más antigua recopilación española canónica.
2. Capítula Martini (563), leyes de la Iglesia del Reino Suevo. Se conoce como capítulos de Martín, pues su redactor es San Martín, Obispo de Braga.
3. Epítome Hispánico (600 aprox.).
4. Colección Hispana, de la que se conocen 3 ediciones:
 - * Hispana Cronológica (633).
 - * Hispana Sistemática (694).
 - * Hispana Vulgata (s. VIII)

Esta colección fue la más importante de su época en el mundo cristiano. San Isidoro la llama Colección de Cánones, pero por su origen español es conocida como Colección Hispana.

Lo que hizo San Isidoro fue recopilar por fecha las leyes papales y conciliares.

El otro componente de la Hispana son las Epístolas Decretales, 104 en total, desde el año 366 al 604. Se incorpora, además, todos los textos católicos de la Capítula Martini, que eran 84 en total. El trabajo de San Isidoro fue objeto de una segunda edición, conocida como Hispana Sistemática, cuyo autor, San Julián, ordena las leyes de la Iglesia ahora por materia, ordenada en diez libros, facilitando la utilización del texto.

Una tercera edición fue la que se conoció como Vulgata (siglo VIII), cuyo objeto era incorporar las leyes dictadas posteriores al año 694. La Hispana en el siglo XII, en el 1.140, es la fuente principal de otra colección canónica conocida como el Decreto de Graciano (*Concordia canonum discordantium*), basado éste en la Hispana. Ese Decreto es la primera parte del *Corpus Iuris Canonici*, que fue el ordenamiento jurídico vigente hasta 1918, por lo que es muy importante la Hispana para la Iglesia.

2. La costumbre

Constituye la primera fuente del Derecho Germánico primitivo, es decir, todos los pueblos germánicos anteriores se rigieron por un derecho de costumbre o consuetudinario. Adoptan el derecho en forma escrita por influencia romana al entrar al Imperio. Este derecho se basa ahora en la ley.

Se observa que estas costumbres son limitadas básicamente por dos razones:

- * La influencia del cristianismo hace que muchas costumbres sean rechazadas por la Iglesia, porque no seguían la doctrina de Cristo.
- * La intención cada vez más notoria del monarca por dar preeminencia a la ley, dictada por el rey sobre la costumbre. Los reyes visigodos van fortaleciendo su autoridad.

La tendencia de dar preeminencia a la ley del rey se refleja en el Breviario de Alarico y en el Código de Eurico. Tendencia que continúa en el Libro de los Jueces, en el libro primero, donde no se reconoce la costumbre como fuente del derecho, constituyéndose como un texto legalista, porque la única fuente reconocida es la ley. Se incluye en el *Liber* la presunción del conocimiento de la ley por todos desde su

promulgación, lo que significa que desde que la ley es promulgada debe ser cumplida y obliga a todos.

Señala el *Liber* que las costumbres son elementos que el legislador puede tener en cuenta para crear una norma legal.

En la práctica, existen pruebas de que la costumbre tenía más importancia de lo que declaraba el Libro de los Jueces. La costumbre era fuente del derecho. Lo anterior se basa en un texto de San Isidoro de Sevilla, Libro de las Etimologías, donde se reconoce la costumbre como fuente del derecho visigodo y la reconoce según ley como en ausencia de ello: la costumbre es cierto derecho establecido por la práctica y que se toma por ley cuando ésta falta y no importa que esté escrita o no, siempre que esté probada por la razón.

La costumbre era una fuente ancestral, por lo que no se consigue aplacar con una ley. Además, la comunidad era en su mayoría analfabeta y se regía por la costumbre.

Cuando se destruye el Reino Visigodo, la costumbre de los visigodos surge con mayor fuerza, porque no había autoridad que aplicara la ley.

3. La Literatura jurídica o doctrina

Es el trabajo de los juristas hispano visigodos, personas que conocen de derecho y lo explican. La doctrina se estudia en base de los textos de la doctrina. Las leyes de la Iglesia y de los reyes visigodos son explicadas por los juristas. La mayoría de los juristas eran clérigos, puesto que los eclesiásticos eran las personas más cultas, por lo que muchos de éstos fueron asesores del rey en el Aula Regia y en los Concilios.

Los juristas más conocidos son:

1. San Braulio de Zaragoza: fue el principal autor del Libro de los Jueces.
2. San Julián de Toledo: redacta la segunda edición de la Hispana, la Sistemática. Además, escribe un libro que explica las leyes de los judíos, que era un libro tratado que fue escrito por él.
3. San Fructuoso de León: escribe un libro en el cual explica las normas canónicas que regulaban los monasterios.
4. Tajón de Zaragoza: es autor de un libro de derecho político titulado Libro de las Sentencias, basado en la doctrina política de San Isidoro de Sevilla.

San Isidoro de Sevilla (560 – 636) redacta la Hispana, en su primera edición. Su doctrina fue la base del título preliminar del Libro de los Jueces. Escribe sobre historia eclesiástica: Vida y muerte de los Santos y una Historia *de regibus gothorum*. Su obra más llamativa, *Etymologiae*, es una enciclopedia que contiene los diferentes conocimientos del hombre de la cultura grecorromana, en distintas áreas, incluso en las de carácter científico. Fue el primer escolástico, movimiento cultural donde se mezcla lo cristiano con la cultura romana, movimiento que termina y alcanza su clímax con Santo Tomás de Aquino.

Escribe sobre temas tan importante como el Derecho Natural, el origen del poder y sus limitaciones. También acerca de la sociedad, que según la escolástica tiene su origen en Dios. Dios crea al hombre con la tendencia natural de vivir en sociedad, por lo que desde que el hombre nace, nace la sociedad, a diferencia del pensamiento ilustrado, para el cual la sociedad nace a través de un pacto.

f) Fin y caída del Reino Hispano Visigodo

En el año 710 d.C., muere el rey visigodo Witiza, y de acuerdo con el derecho político visigodo, el *Senatus*

procedió a elegir un nuevo monarca; se elige como rey al Duque de Bética –Provincia real–, Roderico.

Los hijos de Witiza, apoyados por una parte de la nobleza visigoda, usurparon el trono reclamando sus derechos; pretendían que de una monarquía electiva se pasara a una monarquía hereditaria.

Este tema no era nuevo, ya que hubo varios períodos en que estos intentos habían cobrado vida, pero en esta fecha el conflicto interno tendrá pésimas consecuencias. Uno de los bandos –el witizano– pide ayuda a los musulmanes africanos.

El Islam estaba en plena expansión. No es pura casualidad que los musulmanes pasen a la Península, amparados por los witizanos.

Primero enviaron una avanzada para recorrer el terreno, la que elige un lugar para desembarcar al grueso de las tropas: Algeciras, en el año 711 d.C.. De inmediato fueron llevados a un lugar más seguro, el monte Calpe, que luego de esa época fue conocida como la Montaña de Tarik, jefe de las tropas musulmanas (Gibraltar: *Gebal Tarik*), que es el lugar más cercano entre España y África (17 km); desde Gibraltar las tropas islámicas se despliegan por el territorio español, aliados con los witizas.

Durante ocho meses se libraron las batallas. A fines de agosto del 711 d.C., se produce la batalla final, en el norte de Andalucía, a orillas del río Wadalete; en la batalla de Wadalete muere el rey visigodo, y el ejército aliado se apodera de las dos terceras partes de la Península Ibérica, al mando de Musa ben Musayr, valí de Ifriquiya, para luego quedar al mando de los musulmanes, quienes se quedaron ocho siglos en España, hasta 1.492.

Los cristianos hispano visigodos del sur se refugian en el norte: Galicia, Asturias, Cantabria, Castilla la Vieja y en el País Vasco. Esto es lo que conocemos como España Cristiana, y la otra se conoce con el nombre de España Islámica, que prácticamente incluía todo el territorio portugués.

Este hecho fue grave para toda Europa, pues España era la puerta de entrada a dicho continente; de allí pasarían los musulmanes a Francia, pero en el 732 d.C. fueron derrotados en la batalla de Potiers, por Carlos Martel, siendo obligados a replegarse a España. Su objetivo mediato era el corazón del cristianismo: Roma.

Cap. IV: El Derecho de la España Medieval o de la España dividida (711 d.C. – 1.492 d.C.)

Esta época es conocida también como la época de la España dividida, pues efectivamente la Península Ibérica estaba fraccionada en dos: islámica y cristiana.

La España islámica cubre toda esta etapa, ya que fueron los musulmanes expulsados el dos de enero de 1.492, desde el Reino de Granada, el último bastión musulmán.

La España cristiana tiene dos subetapas: Alta Edad Media (711 – 1.212) y Baja Edad Media (1.212–1.492).

La característica principal de la Alta Edad Media es la variedad jurídica; en la Baja Edad Media lo es la unificación del Derecho de Castilla y la recepción del Derecho Común en Castilla.

1. La España Islámica (711 d.C. – 1.492 d.C.)

a) Mahoma y su influencia en el mundo árabe

No se puede entender el Derecho islámico, si no hacemos una referencia al fundador de la religión musulmana: Mahoma.

Mahoma predica una religión monoteísta a los árabes, pero también se convierte en un líder político y militar: la fe se debe expandir, usando la fuerza si es necesario.

Mahoma nace en la ciudad árabe de La Meca, en el 570 d.C., en la actual Arabia Saudita; muere en la ciudad de Medina, el 632 d.C., a los 62 años de edad. Nace en una época en que los árabes son politeístas y tienen una organización tribal, con una serie de pueblos nómades con jefes locales, dedicados a labores comerciales. La tribu a la cual pertenecía Mahoma, tenía bastante influencia en la sociedad árabe, pues tenía a su cargo el mantenimiento de un templo politeísta muy importante: la Kaaba (Casa Cuadrada), por lo tanto, era una tribu relevante y culta. Abu Taleb, un notable juez de La Meca, se encargó de la educación de su sobrino, Mahoma.

Mahoma, a los 25 años, contrajo matrimonio con una mujer viuda, mayor que él y con una buena situación económica, que le dio un giro a su vida. Trabajó como conductor de camellos. Visita el territorio del Medio Oriente. De esta manera, Mahoma toma contacto con el mundo cristiano ya consolidado, así como con el judaísmo.

Según muchos autores, esto influyó en Mahoma; ambas religiones son monoteístas, y, al parecer, ese monoteísmo es la clave de su éxito. Mahoma comparó el politeísmo de su gente y el monoteísmo cristiano, llegando a la conclusión que el monoteísmo era la solución para unir a los árabes. Es así como el 610 d.C. Mahoma comienza a predicar en La Meca una nueva religión de carácter monoteísta: el Islam.

En la actualidad, el Islam y el Cristianismo son las religiones mayoritarias, aproximadamente cada una cuenta con 1.500 millones de fieles. El Islam se concentra en Asia y en África; el Cristianismo es universal, pero se concentra principalmente en América y Europa.

b) Principios básicos de la religión islámica

La doctrina de Mahoma plantea que hay un solo Dios, llamado Alá, quien se le ha revelado, para que transmita su mensaje a los árabes: existe un solo Dios y Mahoma es su Profeta, sobre quien sea la paz. Uno de sus mensajes más duros fue la destrucción de los ídolos, de las imágenes. Este mensaje, en un principio, fue rechazado, particularmente por los de su tribu, porque su poder estaba concentrado en la adoración de los ídolos.

Los korichitas y otros árabes amenazan de muerte a Mahoma, obligándolo a huir a La Meca, el 16 de julio de 622 d.C., hecho conocido como la Hégira, que marca el comienzo del calendario musulmán; se refugia en Medina, es decir, la Ciudad del Profeta.

En Medina, Mahoma se reorganiza y forma un ejército para defenderse; desde esta época el islamismo combina elementos religiosos, militares y políticos, lo que le ha dado un carácter particular. En esta ciudad, el tono de Mahoma se hace más fuerte, y manifiesta que empleará la fuerza si es necesario, lo que da pie a interpretaciones radicales en algunos sectores de la fe musulmana. El que se oponga a la nueva religión será atacado por orden de Alá; desde estos momentos se comienza a hablar de una Guerra Santa, es decir, una fuerza apoyada por Dios, para defender a Dios frente a los paganos.

Ocho años de guerra libró Mahoma contra La Meca, para entrar triunfante en el santuario de la Kaaba el 630 d.C.. A partir de esta fecha, Mahoma va imponiendo su autoridad y su religión a las distintas tribus árabes.

Mahoma muere en Medina el 632 d.C.. A partir de esta época, sus seguidores han cumplido con sus enseñanzas y difunden la fe islámica en Asia, África y Europa. Por esto hablamos de una expansión musulmana.

A la muerte de Mahoma, los árabes quedan unidos por una misma fe, de carácter monoteísta; se convierten en una nación poderosa, preparada para la expansión.

Mahoma llamó a su religión Islam, que significa resignación: entendida como la acción de entregarse a la voluntad de Dios.

A los seguidores de esta fe se les llama mahometanos o musulmanes; esta última palabra deriva de la palabra turca: *muslim*, que significa el que cree en el Islam. Luego, este vocablo se generalizó en su uso.

El islamismo es construido con varios elementos:

- * Elementos de la tradición árabe antigua.

- * Elementos originales de Mahoma.

- * Elementos judíos.

- * Elementos cristianos.

- * **Elementos cristianos**

En el Corán varias veces se citan enseñanzas de Mahoma, donde repite de forma insistente que existe un solo Dios, y agrega: Todopoderoso, clemente y misericordioso. Esto significa que leyó o se instruyó en el Antiguo Testamento –por Todopoderoso– y en el Nuevo Testamento –por clemente y misericordioso–. Utiliza por completo el concepto cristiano de Dios.

También, en el Corán se habla del Paraíso, al cual van los justos, del juicio final y de la existencia de un espíritu maligno, al que llama Satán o *Iblis*.

Mahoma, también en el Corán, dice que algunos libros de la Biblia fueron revelados por Dios, por ejemplo, los cuatro evangelios (Mateo, Marcos, Lucas y Juan), pero Cristo es sólo un profeta, no es el Hijo de Dios, pues Dios es único y no tiene hijos; Cristo es sólo un gran profeta, pero el más grande es Mahoma.

Se relatan algunos milagros de Jesús, que son manifestaciones del poder de Dios.

Del mismo modo, se hace alusión a la Virgen María, la que constituye un ejemplo de vida para las mujeres y mundo musulmán, siendo la única mujer que es nombrada en el Corán, alrededor de 7 veces, mucho más que otros grandes personajes bíblicos. Este es otro punto de encuentro entre musulmanes y cristianos.

El islamismo se puede resumir en una frase: No hay más Dios que Alá y Mahoma es su Profeta. Quienes sigan la enseñanza de Mahoma se salvarán, irán al Paraíso y tendrán una vida eterna, pues el alma es inmortal, y para convertirse a esta fe no hay más que pronunciar esta oración desde el corazón.

El islamismo tiene un fuerte contenido moral.

Mahoma enseña que los musulmanes tienen que adoptar conductas nuevas. Para algunos, esto significa un progreso en la vida de los árabes.

Algunas costumbres árabes antiguas permitían que los niños nacidos en época de hambruna fueran muertos; el Islam condena su práctica, así como exige el respeto a la dignidad de la mujer, cuestión que ha sido entendida radicalmente por algunos musulmanes. También se prohíben los juegos de azar y las bebidas alcohólicas, sin embargo, se mantienen otras costumbres, como la poligamia. El varón musulmán se puede casar hasta con cuatro mujeres, que pueden ser musulmanas, judías o cristianas, pero las mujeres musulmanas sólo pueden contraer matrimonio con un varón musulmán.

El Islam permite el concubinato, sin perjuicio de las cuatro cónyuges, e impone otras obligaciones; se pueden tener cuantas mujeres puedan mantenerse económicamente.

Mahoma tuvo once mujeres legítimas, pero los otros sólo cuatro, pues este fue un privilegio exclusivo de Alá a Mahoma.

Con respecto al culto, se establecieron 5 prácticas obligatorias, que se conocen como los cinco pilares de la sabiduría.

Los cinco pilares de la sabiduría

1. La oración: todo musulmán debe orar cinco veces al día, con su cuerpo dirigido hacia la ciudad de La Meca.
2. La limosna; comenzó siendo voluntaria, pero después derivó en un impuesto del 10% de la renta anual, entregado para obras caritativas.
3. La peregrinación a La Meca: al menos una vez en la vida, siempre que se cuente con los recursos económicos suficientes.
4. La guerra santa (*chihad*): el musulmán debe defender la fe usando la fuerza si es necesario; la interpretación de este punto es equívoca.
5. El ayuno: abstenerse de ingerir alimentos, tanto líquidos como sólidos, y de relaciones sexuales durante el mes de Ramadán, durante 40 días, desde la salida del sol hasta su entrada.

c) Los musulmanes en España. Etapas de su dominación

Los seguidores de Mahoma van a difundir la fe musulmana en los territorios que formaron el Imperio Romano de Oriente, en un principio; lo despojaron de sus Provincias más importantes, como Egipto, la costa africana y la costa del Medio Oriente. Posteriormente van a entrar en las Provincias europeas, en el Asia Menor y en Grecia.

Destruyeron y dominaron las tierras del Imperio Persa (Irán, Irak y Siria). En el continente asiático, los musulmanes dominaron buena parte de la India (un tercio de ella). En Europa occidental son rechazados y replegados a España.

La dominación de España se puede dividir en cuatro etapas:

*** Valiato (711 d.C. – 756 d.C.)**

En esta fase, los territorios dominados en España dependen de una autoridad foránea, que es el califa de Damasco –actual Siria–, quien nombra para España un Valí, que es un delegado suyo. No existe autonomía ni política ni judicial.

*** Emirato (756 d.C. – 912 d.C.)**

Los territorios musulmanes de España pasan a ser autónomos. La España musulmana tiene su propia autoridad política y judicial, el Emir, que reside en Córdoba; todos éstos pertenecieron a la dinastía de los omeyas.

*** Califato (912 d.C. – 1.031 d.C.)**

Es la época del mayor poderío musulmán en España; todos los musulmanes españoles responden al Califa, la máxima autoridad política en el mundo árabe, que reside en Córdoba, la cual es la principal ciudad musulmana, capital del califato y la ciudad occidental más importante en Europa, por su número de habitantes y su intensa actividad comercial e intelectual. En ese entonces, Londres no tenía más de 30.000 habitantes, y Córdoba contaba con 200.000 habitantes.

En Córdoba florecía la cultura. Había más de 20 bibliotecas públicas; poseía una famosa escuela de medicina, a la cual asistían incluso alumnos cristianos; también se destacaron en las ciencias matemáticas. Este desarrollo intelectual se explica por su apertura hacia la cultura, pues Mahoma planteó que a Dios se le conocería a través del estudio. Es así como en occidente se redescubre a Aristóteles, a través de los filósofos musulmanes que traducen al Filósofo.

El Califa tenía un gran poder militar, por esto constituye la época de mayor temor para los cristianos, ante los ataques musulmanes. En el año 1.002 d.C., Albanzor logró atacar el corazón de la España cristiana, Santiago de Compostela, y numerosos cristianos son llevados como esclavos al sur.

Esta era de esplendor se cierra en el 1.031 d.C.. Ese año, producto de luchas internas por el poder, los musulmanes se dividen, surgiendo con esto unos treinta Reinos musulmanes autónomos, cada uno con su propio rey, ubicados en Extremadura y Andalucía.

*** Reinos de Taifas (1.031 d.C. – 1.492 d.C.)**

Esta época coincide con el fortalecimiento de los Reinos españoles cristianos del norte; Asturias y Castilla logran reconquistar territorios. Hubo reyes musulmanes que se hicieron vasallos de los Reinos cristianos, los que ensanchan sus territorios.

En este proceso se consolidan cuatro Reinos musulmanes:

* Reino de Zaragoza

* Reino de Badajoz

* Reino de Sevilla

* Reino de Granada

Este último fue el que subsistió más tiempo.

El 2 de enero de 1.492 d.C., el último rey de Granada, Boabdil, entrega la llave de la ciudad a los Reyes Católicos, luego de un largo sitio. Este hecho pone término a la presencia musulmana en España.

Principio básico de la aplicación del Derecho islámico: se trata de un derecho confesional –está unido lo político y lo religioso–, que se aplica sólo a los musulmanes (quienes no profesan el Islam no se rigen por este derecho). Este principio, que se aplicó a los creyentes, tiene una excepción: cristianos y judíos; aunque cristianos y judíos no son creyentes, tampoco son completamente infieles, por lo que se encuentran en una situación intermedia. Estos grupos religiosos son llamados *Ahl al-Kitab* (Gentes del Libro –refiriéndose a la Biblia–); los cristianos son parte de la revelación de Dios en la Biblia, aunque la revelación que hizo Dios a Mahoma es la más importante. Por lo tanto, hay una mayor tolerancia en el islamismo con cristianos y judíos, lo que condiciona la situación política de cada Estado musulmán.

En la España islámica hay población que se rige por el derecho islámico (la comunidad islámica llamada Aljama), pero además existe población cristiana y judía en España. Hubo cristianos que se convirtieron al

Islam, se conocían como muladíes (renegados), quienes pasaban a regirse por el derecho islámico. Los cristianos que conservaron su religión se conocen como mozárabes (cristianos que viven en territorio islámico), que eran un gran número de personas; hubo tolerancia respecto de su creencia y su derecho. En lo jurídico, los mozárabes se organizaban en comunidades, cuyo jefe era un conde cristiano, quien firmaba un pacto que establecía las condiciones de convivencia entre musulmanes y mozárabes, llamado pacto de Amán.

En el pacto existen ciertas cláusulas especiales:

- * Los mozárabes debían respetar a la autoridad musulmana y debían pagar los impuestos que esta estableciera.
- * Los cristianos tienen derecho a regirse por normas jurídicas mozárabes, cuando ambas partes del pleito son mozárabes. En lo civil, por el Libro de los Jueces, y en lo canónico, por la Biblia y la colección Hispana. Cuando una parte es mozárabe y la otra musulmana, rige el derecho musulmán.

Los judíos se rigen por el mismo sistema.

En la España cristiana también hay musulmanes, llamados mudéjares, quienes tienen los mismos derechos que los cristianos en tierra islámica.

d) Fuentes del Derecho Musulmán

Todo el Derecho islámico nace de la relación de Alá con Mahoma, la que se produce de dos maneras:

- * Revelación directa o explícita.
- * Revelación indirecta o implícita.

Hay una fuente que deriva de la revelación directa, el Corán.

Hay otras fuentes que derivan de la relación indirecta: Sunna, Ichma y Ray.

La que se aplica con preferencia es el Corán, ya que las fuentes indirectas se usan cuando el Corán tiene vacíos respecto a ciertas materias. Empero, existen discrepancias en cuanto al valor de las fuentes secundarias.

El Corán

Contiene la revelación de Alá a Mahoma, a través del arcángel san Gabriel. Por bastante tiempo la revelación se transmite en forma oral, luego se escribe para que perdure en el tiempo. A fines del siglo VIII, aparecen los primeros textos, los que tenían en común las enseñanzas contenidas en estilo de versos cortos para facilitar su memorización. Surgen numerosos textos y luego recopilaciones de estos escritos para facilitar su consulta.

Se conocen cuatro recopilaciones de juristas privados, más una quinta recopilación, hecha por orden de Abu Bakr, el primer califa. A principios del siglo IX, el califa Otmán ordena hacer una sola recopilación de todas las que existían, que los musulmanes actualmente respetan.

El Corán se divide en 114 capítulos, llamados Azomas, que son mandatos estrictos del profeta, en los que se incluyen los cinco pilares de la sabiduría. Cada Azoma se divide en Aleyas, sinónimo de milagro o signo sobrenatural, y, a su vez, cada Aleya en Suras.

En cuanto a su contenido, este es variado; la mayoría son normas religiosas y de carácter moral (sólo un diez por ciento del Corán contiene normas jurídicas), por lo que en la práctica las fuentes supletorias son muy importantes. Contiene también consejos de Mahoma a los fieles, narraciones tomadas de la Biblia, y diálogos

en los cuales se les enseña a los fieles cómo deben comportarse.

Hay una parte del Corán donde se amenaza a los infieles.

Rushdie, autor inglés, estudió esa parte de amenazas y dice que esa revelación la hizo Satanás y no Dios; escribió un libro, titulado Los versos satánicos.

Es posible encontrar ciertas contradicciones entre un texto y otro, por lo que se establece un principio: la revelación nueva corrige a la antigua. Cuando el Corán tiene vicios se recurre a las fuentes implícitas.

La Sunna o *Sunnah*

Forma de revelación implícita basada en la vida de Mahoma, pues según el Corán la conducta de Mahoma es un modelo de vida para los demás musulmanes. Se toman de la vida del profeta su conducta, sus dichos, para transformarlos en normas jurídicas. Para los juristas musulmanes la conducta se divide en 3 maneras:

1. Todo lo que Mahoma dijo (dichos: *taknir*), pero no está en el Corán.
2. Lo que Mahoma consintió (silencios: *sukut*), es decir, los silencios aprobatorios de Mahoma.
3. Lo que Mahoma hizo (hechos: *fil*), aunque ciertas conductas no pueden ser imitadas, como el número de mujeres legítimas que tuvo el Profeta.

La Sunna se conserva cuando estas enseñanzas se ponen por escrito, en una narración llamada Hadiz (*hadith*), las que para ser válidas deben señalar la cadena de los que conocieron la narración antes de que esta fuera escrita, la cadena transmisora. Estas narraciones se recopilaron en las mosanafas (textos que contienen Hadiz). A fines del siglo IX, se hizo una revisión de los Hadiz, muchos fueron declarados auténticos, sanos o válidos. Otros fueron declarados débiles o dudosos por lo que requieren cumplir otros requisitos; otros fueron declarados falsos o enfermos (no se utilizan).

El Ichma o *Iymá'a*

Sinónimo de consentimiento universal de la comunidad musulmana; lo que toda la comunidad musulmana acuerda es norma de Derecho. Esta postura está basada en una frase de Mahoma: Lo que a los musulmanes les parece bueno, le parece a Alá.

Los juristas musulmanes dicen que el sentir de una norma de la comunidad musulmana sería infalible, no podría caer en error, pues Alá no permitiría que todos se equivocaran. A partir de esta frase nacen muchas normas jurídicas.

Según algunos juristas musulmanes, la comunidad musulmana está conformada por la unanimidad de todas las escuelas jurídicas cuando están de acuerdo. Otros sostienen que para que exista el Ichma basta con el acuerdo de los habitantes de La Meca y Medina.

El Ray o razonamiento jurídico o *ra'y*

Significa que los vicios legales del mundo islámico se pueden suplir a través de dos elementos:

* Aplicación de principios legales del derecho islámico (esfuerzo intenso: *quiyas*).

* A través de un razonamiento analógico (analogía: *fiqh*), que consiste en aplicar una norma de un caso concreto a otro caso que tiene elementos parecidos.

Los distintos juristas musulmanes crean escuelas jurídicas, que llevan el nombre del jurista fundador; las cuatro más importantes son:

1. Hanefi (Abu Hanifa)
2. Malequi (Málik ibn Anás)
3. Safii (al-Xafií)
4. Hanbal (Ahmed ben Hanbal)
5. Shiita (Ali). Algunos grupos no la reconocen como tal.

Hanefi. Da como importante fuente de derecho a la Sunna y al Ray; tiene muchos seguidores en Irak, Siria y Afganistán.

Malequi. Fue creada en el siglo VIII, siendo la escuela jurídica predominante en la Europa islámica. Caracteriza a esta escuela una cierta tolerancia, en el sentido de que dentro de ella convivieron dos posturas, una tradicionalista, que da importancia a la Sunna, y otra racionalista, que da importancia al Ray. Por lo tanto, es una escuela intermedia.

Su creador escribe varios textos. Uno de ellos, La Mediniya, analiza el valor de las diferentes fuentes del derecho islámico. En España, varios juristas nacidos en Córdoba ingresan a la escuela de Malaqui, entre ellos están Ziyad, Sabatun y Al Gazi.

Safii. Fue fundada en el siglo IX, por un egipcio; se caracteriza como una escuela ecléctica o moderada, importante en Egipto, Marruecos y costa africana.

Hanbal. Fue fundada en el siglo IX por Ahmed ben Hanbal, nacido en Bagdad, estudioso de la Sunna, de la vida de Mahoma; mantiene una postura tradicionalista, donde plantea que después del Corán la principal fuente es la Sunna, rechazando al racionalismo como fuente.

Tiene seguidores hoy en Irak.

Shiita. Creada a fines del siglo VII, por un yerno de Mahoma, a quien muchos musulmanes consideran una secta herética. Alí ocupaba cargos público religiosos; su sueño era ser califa, pero no logra cumplirlo, debido a la oposición de sus contrincantes. Se transforma en un líder más religioso que político; crea una secta, muy estricta en cuanto a la aplicación de las normas.

No aceptan reformas al derecho islámico, se ajustan a normas del siglo IX.

Se apoderaron de Irán hace unos 28 años, se llevan mal con sus vecinos irakíes; dicen que el Corán y la Sunna fueron alterados en sus contenidos, pues se borró del texto lo que se decía de Alí.

2. El Derecho en la España Cristiana de la Edad Media (711 d.C. – 1.492 d.C.)

a) El Derecho en la España Cristiana en la Alta Edad Media (711 – 1.212)

En esta época nacen varios Reinos: Castilla, Asturias, Navarra, Aragón y Portugal.

De estos cinco Reinos, estudiaremos con detalle Asturias y Castilla, pues el derecho que se aplicó en América fue el Derecho castellano, que resultó de la unificación jurídica castellano aragonesa.

El Reino de Asturias

Surge en el año 718. Este año un noble visigodo es proclamado rey de Asturias: Pelayo, que se establece en la capital, Cangas de Onís, transformándose en un primer foco de resistencia al Islam. Cuatro años después, se produce un enfrentamiento entre los musulmanes y los cristianos de Asturias, en Covadonga (722), donde el triunfo favorece a los cristianos.

Esta batalla es de alta importancia para la tradición; se dice que el Apóstol Santiago se mezcló con los combatientes cristianos, montando un caballo blanco y ayudándolos a triunfar; este hecho le da a la guerra de reconquista un carácter o sentido religioso o espiritual.

Entre los reyes de Asturias, se puede destacar a Alfonso III, conocido como el Magno, que gobernó del 866 al 910. Durante su gobierno, los musulmanes firman un tratado con el Reino de León, donde reconocen una frontera y se comprometen a respetarla, en consecuencia, reconocen la existencia de este Reino; se establece el límite en el río Duero, que cruza prácticamente toda la Península a la altura de Castilla la Vieja. Será territorio cristiano todo lo que se ubique al norte del río; para asegurar este límite, Alfonso III ordenó edificar una serie de fuertes a la orilla del río, para controlar las fronteras que luego se transformarán en ciudades importantes, como Zamora, Toro y Simancas.

El gobierno de Alfonso III está marcado también por la importancia que adquieren las instituciones políticas y jurídicas visigodas. En efecto, el Reino Visigodo nació en Asturias.

Este rey, más allá de dar continuidad a la monarquía visigoda, hace renacer las instituciones que asesoran al rey: la Curia Real o Curia Regia (Aula Regia visigoda), donde están representados la nobleza y el clero; este rey confirmó la vigencia en Asturias del Libro de los Jueces, el cual era ley territorial.

El sucesor de Alfonso III, García I, el año 913, logra avanzar con la frontera más al sur, y traslada la capital a León.

Otros reyes asturianos destacados son Ordoño II (consolidó el dominio cristiano en toda Galicia), y Ramiro II (logró asegurar la soberanía cristiana en Madrid, corazón de Castilla la Vieja y de la Península), quien derrota a los musulmanes en varios enfrentamientos.

El Reino de Castilla

Castilla llegó a ser el Reino más importante de España, y en el siglo XVI la primera potencia mundial.

Castilla es una región que se considera es lo más español de España; es la cuna de sus mejores tradiciones y de su lengua. Geográficamente se ubica en el centro norte de España, limita al sur con Toledo y al norte con la ciudad de Burgos, siendo su ciudad más importante Madrid, actual capital de España.

Este territorio era conocido en la época romana como Vardulia (tierra de várdulos).

En el siglo VIII, esta región era fronteriza, se ubicaba entre el Reino de Asturias y los musulmanes; en gran parte estaba despoblada, considerada por el monarca leonés como una Provincia, un condado del Reino de Asturias. El rey de Asturias nombraba un conde para administrar Castilla –el cual era una autoridad política en Castilla–, que era un condado dependiente.

Esta zona comienza a llamarse Castilla cuando se inicia la construcción de una serie de fuertes para protegerse del Islam (Castilla: tierra de castillos); sus habitantes eran personas traídas de Galicia, Asturias y del País Vasco, con el fin de repoblar estas tierras; son hombres libres, no son nobles, llegados del norte español, con la idea de hacerse dueños por ocupación.

Castilla se va diferenciando de Asturias por varias razones.

Su población no tenía nobleza. Su modo de vida era distinto; el castellano era mitad soldado y mitad campesino, por lo tanto, era gente que vivía duramente.

Desarrollaron un sentido de respeto a sus costumbres, a su derecho y exigieron su respeto.

La costumbre es muy importante en Asturias.

Comienza, entonces, a gestarse una tensión y diferenciación entre un derecho asturiano y un derecho castellano. Un ejemplo, el Derecho castellano da más libertades por la repoblación. Los conflictos comienzan a darse entre los cabildos castellanos y el rey. Llegó un momento en que este proceso se traduce en una independencia castellana.

En el 950, se produce la independencia de Castilla: pasa a ser un Condado independiente.

Los principales cabildos de Castilla tomaron la decisión, desde ese momento, de elegir al conde que los va a gobernar. El primer conde se llamó Fernán González, considerado el fundador de Castilla.

En el año 1.035, se transforma en Reino, al ser reconocido rey de Castilla Fernando I. Entre los reyes castellanos de la Alta Edad Media se destacan Alfonso VI, el cual reconquistó la ciudad de Toledo en el año 1.085 –inmortalizado en el Mío Cid–, estableciendo la frontera mucho más al sur, contando con el reconocimiento musulmán, en el río Tajo. Toledo, de esta forma, pasó a ser la capital de Castilla, y fue la capital de España hasta 1.563, fecha en la que el rey Felipe II trasladó la capital a Madrid.

El Feudalismo en Europa y en España

Los autores coinciden que en España, a diferencia del resto de Europa, no hubo feudalismo, sino que señorío. El Feudalismo es un sistema que nace al unirse la sociedad romana y germánica (siglo V y VI), y que alcanza el máximo desarrollo entre los siglos IX y XII; hubo lugares donde subsistió hasta el siglo XVIII.

Hubo feudalismo en toda la Europa cristiana occidental, principalmente en Francia, Alemania, norte de Italia, Inglaterra, Escocia, Suecia, Polonia, Hungría y Cataluña.

El Feudo

La institución básica del feudalismo es el feudo.

El feudo es un concepto jurídico que contiene tres elementos:

Vasallaje. Es el elemento personal del feudo.

Se trata de una relación jurídica de dependencia entre dos hombres, en el ámbito del derecho privado, donde una parte se llama señor feudal –el noble– y la otra vasallo –el hombre libre no noble–.

El vasallaje implica una dependencia del señor feudal, como es la prestación de servicios, que se traduce en dos obligaciones: de auxilio y de consejo.

* Auxilio: comprende el auxilio militar y el auxilio económico; el primero se refiere a acompañar al señor a la guerra, y el segundo es el pago de ciertos impuestos o de tributos, establecidos por el señor feudal.

* Consejo: es ayudar al señor feudal a administrar su territorio (juez, recaudador fiscal; funcionario del señor

feudal).

Beneficio. Es el elemento material del feudo (es el objeto del feudo).

Consiste en lo que el señor feudal entrega al vasallo por sus servicios; normalmente consiste en el uso y goce de tierras, pero también puede consistir en otros bienes (aprovechamiento económico de los bienes naturales, cobrar, alguna renta, etc.).

Inmunidades. El feudo, el conjunto de tierras cedidas en beneficio o de un mismo señor feudal, es inmune al poder público central, al poder político, el cual es representado por el rey, el emperador o el príncipe. En el feudo, sólo actúa como autoridad política el señor feudal.

Las inmunidades consisten en la ausencia de impuestos cobrados por el rey; también existe inmunidad de la jurisdicción, el señor feudal administra justicia, salvo en los delitos muy graves, donde se reconoció jurisdicción real (el homicidio calificado, traición al rey, violación, incendio). Otra manifestación de la inmunidad es la prohibición del ingreso de los funcionarios reales al feudo, sin la autorización del señor feudal.

El Feudalismo significa limitaciones a los poderes reales; las monarquías son débiles, en una sociedad eminentemente rural. En España no hubo feudalismo, sino señorío; la excepción española es Cataluña, en donde por influencia francesa existió el feudalismo. España es parte de Europa, comparten la misma historia, hasta el 711, con la invasión islámica. Esto hace que el feudalismo no prospere, por distintos motivos:

1. Por la invasión islámica se destruyeron las grandes propiedades de la España visigoda, y para que el feudalismo exista, se necesita de una gran cantidad de tierras que se puedan ceder.
2. Otro elemento que sería consecuencia de la invasión es que es reducido al mínimo el número de nobles visigodos, que mueren en las guerras contra el Islam; para el feudalismo era esencial la existencia de un número suficiente de nobles.
3. Se fortalece el poder real, como consecuencia de la invasión, pues el rey era quien podía ser ese factor de unidad para hacer frente a los musulmanes, otorgándole grandes atribuciones para llevar a cabo su tarea. Esto explica por qué en España nacen las monarquías consolidadas, que luego darán origen a los Estados nacionales.

El Señorío

Señorío no tiene un concepto específico, porque existieron muchos, pero tienen todos un elemento común. Es una relación de dependencia entre un noble y un hombre libre; se habla de señor (el noble) y hombres libres, que no son nobles.

Este señor ejerce funciones públicas, por autorización del rey.

Existieron varios señoríos:

- 1. Señorío de realengo.** Es muy importante y frecuente en España; el rey actúa como señor; controla directamente las tierras, es titular de ellas.
- 2. Señorío de infantazgo:** el titular es un infante, un hijo del rey.
- 3. Señorío de abadengo:** quien actúa como señor es un abad o un obispo, jefe de un monasterio o de una diócesis, respectivamente.

4. Señorío de solariego: aquél donde el titular es un noble laico, autorizado por el rey; el solar es la casa del noble.

5. Señorío de maestrazgo: el señor es un maestro –jefe de una orden militar–; las órdenes militares fueron corporaciones de derecho privado, formadas esencialmente por nobles, que se formaron en la Baja Edad Media, y que se organizaron para ayudar al rey en la reconquista (Orden de los Caballeros de Santiago, Orden de Alcántara, Orden de Montesa, Orden de Calatrava).

6. Señorío de behetría: del bienhechor o benefactor, el que hace el bien; un hombre bueno que ayuda a otros, eran llamados así. Muchas comunidades ganaron el derecho de elegir a su señor. Hubo dos formas de behetría: a) De linaje: la comunidad puede elegir al señor de un solo linaje o familia.

b) De mar a mar: la comunidad puede elegir al señor sin restricción de linaje.

Época de variedad jurídica

Esta época ha sido caracterizada como época de variedad jurídica o época de dispersión normativa. Esto significa que en estos cinco siglos, en cada Reino cristiano de España, existían varios tipos de derecho vigentes simultáneamente; se podía distinguir entre un derecho territorial, local y personal o de grupos sociales.

El Derecho territorial en la España cristiana de la Alta Edad Media

Es el derecho de más amplia vigencia, es decir, las normas de derecho territorial rigen o se aplican en todo el territorio de un Reino y a todos sus habitantes.

Es de aplicación general, y cada Reino o Estado tenía su propio derecho territorial.

Derecho territorial de Asturias León

Este Reino de Asturias–León está ligado al antiguo Reino Visigodo; lo que queda del Reino Visigodo después de la invasión musulmana lo organiza este Reino. Siguen vigentes instituciones políticas en León, como la Curia Real o Curia Regia. Así se explica que la primera ley territorial es un texto visigodo, el Libro de los Jueces.

El *Liber* se aplica en León en segunda instancia, lo que fue ratificado por los distintos reyes que gobernaron León, entre los siglos VIII al XII (711–1.212). Además del *Liber*, se dictaron por los monarcas otras leyes de alcance territorial:

* Decreto o Fuero de León (1.017) de Alfonso V

* Constitución del rey Fernando I y reina Sancha (1.055)

* Decretos de la reina Urraca (1.169)

* Ordenamiento de León o Carta Magna Leonesa, de Alfonso IX, 1.188.

*** Decreto o Fuero de León**

Se trata de un texto jurídico que se compone de 14 capítulos o leyes, que se refieren a la organización del gobierno y a los derechos de los distintos grupos de la sociedad.

*** Constitución del rey Fernando I y la reina Sancha**

Texto legal aprobado en una Curia Real de 1.055, en un lugar llamado Coyanza, donde la finalidad es ratificar la vigencia del Libro de los Jueces en todo el Reino de León.

*** Decretos de la reina Urraca**

Complementa los derechos anteriores.

*** Ordenamiento de León Carta Magna Leonesa**

Es importante políticamente, ya que en él se encuentra el origen de una nueva institución importante en la Edad Media: las Cortes, un órgano legislativo triestamental. No sólo en España, sino en toda Europa, se nota un fortalecimiento de las ciudades. Cuando cae Roma, la gente se traslada al campo; en la época de la Carta Magna la gente que no tenía privilegios se va a vivir a las ciudades, las que van adquiriendo importancia económica y política. Se producen cambios en el derecho político, pues esta gente aspira a participar en el gobierno central que estaba en manos del rey, la nobleza y el clero. La primera reacción oficial es de Alfonso IX, a través de la Carta Magna Leonesa.

En esa época, el gobierno de León estaba en manos del rey y la Curia Regia (nobles y clérigos); los municipios exigen participación en la Curia Regia. Poco a poco se van incorporando las ciudades a través de delegados. Este texto jurídico contiene una serie de garantías y derechos que el rey reconoce a los súbditos. Por ejemplo, se garantiza la libertad personal o seguridad individual; otra garantía es el derecho de propiedad, el derecho a un debido proceso (ser oído antes del fallo); se protege el derecho a la honra o al honor; sólo se puede querellar si se tienen las pruebas, de lo contrario, el querellante tendrá que pagar doblemente los gastos ocasionados, además de tratarse el caso como delito. Se castiga el delito de resistencia ante la justicia o desacato (no cumplir con lo sentenciado).

Se consagra un derecho de carácter político, pues se reconoce a las ciudades o municipios el derecho de elegir y mandar delegados a cada reunión de la Curia Regia citada por el rey. Nacen así las Cortes, a través del reconocimiento de las ciudades, constituyéndose como una asamblea política medieval integrada por los tres estamentos de la sociedad, cuyas funciones principales son las de asesorar al monarca en el gobierno y la administración, y limitar el poder real.

Derecho territorial en el Reino de Castilla

Castilla fue un condado del Reino de León, donde regían las normas del derecho leonés. Esto cambia cuando Castilla se transforma en un condado independiente, cuando se elige a Fernán González como conde de Castilla, produciéndose la independencia de Castilla.

Castilla va creando su propio derecho territorial, ya que la independencia territorial trae la independencia política. En Castilla adquiere importancia como fuente del derecho la costumbre, la equidad y la jurisprudencia, más que la ley.

La población de Castilla es distinta a la de León, como ya hemos señalado; por ejemplo, en Castilla hay muy pocos nobles, está más bien compuesta por campesinos sin gran cultura; sin embargo, son muy celosos de sus derechos, exigiendo su respeto. Todos los castellanos exigen al rey no pasar a llevar sus costumbres, luego se lo exigen al conde.

Se genera una relación especial entre rey y súbditos.

Se decía que Castilla era un país sin leyes pero no sin derecho. Por bastante tiempo la monarquía fue muy

débil. Este sistema de derecho territorial en Castilla es conocido como Fuero de Albedrío. No hay leyes territoriales, los jueces al dictar su sentencia pueden aplicar como norma decisoria, norma de base al fallo, la costumbre, la equidad o los precedentes judiciales que se refieran a la misma materia. Pueden también utilizar la ley, pero se le daba prioridad a las otras bases. Las fazañas servían de precedentes (eran las sentencias dictadas anteriormente), por lo mismo se recopilan las fazañas de Castilla y se redacta el Libro de los Fueros de Castilla.

El *Liber* no permitía utilizar la costumbre como derecho, por lo que es rechazado por las ciudades de Castilla, donde incluso se quemó el texto públicamente.

Derecho local en los Reinos cristianos de la Alta Edad Media

Se refiere a normas jurídicas de alcance menor que rigen en una ciudad, aldea, comarca o lugar.

En cada Reino existía un derecho territorial, pero muchos derechos locales distintos. Sólo en los territorios de Castilla y León se conocen más de 1.000 derechos locales diferentes.

El derecho local nace de la comunidad, por su costumbre. Las personas conocían muy bien su derecho local, el que estaba más cerca de la persona. Es el derecho más fuerte, por esto lo peor era ser enjuiciado por un derecho extraño. Es un derecho de esencia no escrito, pero con el tiempo surgen textos escritos, que contienen el derecho local. Se conocen dos tipos de documentos donde el derecho local está escrito: Cartas Pueblas o de Población y los Fueros Municipales Locales.

*** Cartas Pueblas o Cartas de Población**

Son documentos que nacen durante el proceso de repoblación. Luego de la invasión islámica, los cristianos fueron reconquistando territorios. Los reyes cristianos ofrecen una serie de beneficios a los repobladores, nacen así las Cartas Pueblas otorgadas por un rey, conde o señor con autorización del rey. Estos documentos otorgaban una serie de beneficios.

La Carta Puebla más antigua corresponde al año 824 d.C., dictada por el conde de Castilla, Nuño Núñez, para repoblar Bruñosená. Este texto estaba dirigido a cinco familias campesinas que se comprometían a repoblar el lugar. Se dice también en el texto que los beneficios que contienen pueden ser reclamados por otras personas que quieran participar en el proceso sin que lo hayan manifestado antes.

Algunos de los beneficios que contempla son:

* Las personas tendrán derecho a ocupar las tierras del lugar; en términos jurídicos significa que podrán hacerse dueños por el solo hecho de la ocupación de la tierra que habiten y trabajen. En Castilla la propiedad surge por este proceso. Hasta hoy se intenta que las personas no abandonen lugares rurales.

* Se dice que los pobladores tendrán derecho a hacer pastar su ganado en los terrenos de la comarca, y pueden cobrar a otras personas de fuera del lugar que deseen llevar a pastar a sus animales. De lo percibido, el cincuenta por ciento es para el campesino, y lo restante para el conde o autoridad de Castilla.

Hay una exención de tributos de carácter general e indefinido. El conde posteriormente colocará plazos.

La Carta Puebla es un texto de derecho local, al igual que los Fueros, pero se diferencian por:

* La Carta Puebla es siempre anterior a la llegada de las personas al lugar donde se establecerán.

* El Fuero es posterior a la llegada de la gente al lugar, cuando ya existe una comunidad organizada, es decir,

un municipio.

Los Fueros Municipales (o Fueros Locales)

Es otro texto de derecho local, que son un conjunto de derechos, privilegios y facultades reconocidas por la autoridad a los vecinos de un municipio y que regulaba especialmente la administración de justicia y la vida en ese lugar o comarca. Fuero viene de la palabra latina *forum*, que es el lugar donde se administra la justicia, donde hay un juez.

Los Fueros se pueden redactar de dos maneras:

- * Lo redacta la autoridad política y le da vigencia.
- * Lo redacta el municipio, los propios vecinos, y la autoridad le da vigencia.

El número de Fueros conocidos en España es muy grande, hay más de 1.000 Fueros. El estudio más completo es de fines del siglo XIX, realizado por la Real Academia Española de la Historia. Aparecen más de mil Fueros castellanos y leoneses.

En la actualidad, España tiene 17 comunidades autónomas en ciertas materias, que están vinculadas a los antiguos Fueros. La autonomía es la base de la subsistencia para España.

Los Fueros poseen varios elementos:

- * Si el lugar contaba con una Carta Puebla, todos los beneficios de ésta pasaban al Fuero.
- * Los privilegios reales y/o señoriales otorgados que beneficiaran a todos.
- * Costumbres o normas consuetudinarias del lugar.
- * Fazañas o sentencias de los tribunales del lugar.
- * Ordenanzas del municipio. Cada municipio tenía un propio reglamento, para poder funcionar (día de reunión, miembros; determinan funciones, formas de elección).
- * Normas de Fueros de lugares cercanos cuando contenían normas valiosas.
- * En la Baja Edad Media, los Fueros de esa época, contenían normas tomadas del Derecho Romano, pues en la Baja Edad Media el Derecho Romano renace en Europa, en las universidades, dando origen a lo que se llamará Derecho Común, especialmente en materias de derecho privado (familia, herencia, contratos, obligaciones, propiedad, etc.).

Clasificación de los Fueros

*** Fueros breves**

Documentos que no tienen más de 50 disposiciones, de los siglos X, XI y XII; tratan materias sólo de derecho público y de derecho penal.

En Castilla existió el Fuero de Castrojeriz (970), otorgado por el conde García Fernández.

*** Fueros extensos**

Tienen mucho más de 50 normas; corresponden a los siglos XII, XIII y XIV; no sólo regulaban materias de derecho penal y de derecho público, sino también contenían normas de derecho privado, así como de derecho procesal. Son documentos de fuerte influencia romanística, por lo que ya se ha señalado.

En Castilla existió el Fuero de Cuenca (1.190).

Derecho Personal o de Grupos Sociales

Se trata de normas jurídicas que se aplicaban a ciertos grupos o estamentos de súbditos, y no a todos ellos; lo que determina su aplicación es la pertenencia a uno de esos grupos.

Un grupo lo conforman los nobles. En Castilla, el texto nobiliario conocido era el Fuero Viejo de Castilla.

Otro grupo social era el de los que no eran nobles: los pecheros; sus derechos están contenidos principalmente en el Fuero de Burgos. También tenían normas especiales los clérigos, los militares y ciertas minorías religiosas (judíos, mudéjares, gitanos), a quienes se les establecen normas restrictivas o prohibiciones, que denotan la desconfianza con respecto a estos pequeños grupos.

b) El Derecho en la España Cristiana de la Baja Edad Media (1.212 – 1.492)

Aspecto Histórico: avances de los Reinos Cristianos en la Guerra de Reconquista

Alfonso VIII, rey de Castilla, en el 1.212, logra el primer gran triunfo de carácter militar sobre los musulmanes, en la batalla de Navas de Tolosa, que cambia el curso de la guerra; a partir de esta fecha, los musulmanes comienzan a desarrollar una guerra defensiva, para conservar los territorios que quedaban bajo su dominio, sin ánimo de conquistar. La acción ofensiva será desarrollada por los cristianos.

Anteriormente, el Papa Inocencio III había llamado a los cristianos europeos a apoyar a los españoles, pues de lo que ocurriera en el Reino de Castilla dependía la suerte del resto de los Reinos cristianos de Europa, por eso hubo una participación simbólica de tropas inglesas y francesas.

Fernando III sucede en el trono a Alfonso VIII; san Fernando adoptó una serie de medidas políticas que fortalecen la unidad política de los cristianos en España. Fernando III llega al poder en 1.217; en el año 1.230 unifica para siempre los Reinos de Castilla y León, es decir, fue coronado rey de ambos Reinos, en consecuencia, así sucederá también con sus sucesores, lo que le da un poder militar y político importante de trascendencia en Europa. Castilla, León, Asturias, Galicia, una parte de Extremadura y Andalucía quedaron bajo su dominio.

Otra medida importante es declarar al castellano idioma oficial de todos los territorios gobernados por el rey de Castilla. El castellano había surgido en el año 900 d.C.; es de raíz latina y germánica. Los documentos oficiales deben realizarse en castellano.

La idea que está detrás de estas medidas es la unificación cultural de los territorios.

Otro monarca importante es Alfonso X, el Sabio, el rey más importante de la Corona española de la Baja Edad Media. Fue hijo de Fernando III, gobernando entre 1.252 y 1.284. En cuanto a la reconquista, logró recobrar Cádiz, bastión musulmán en el corazón de Andalucía. Este golpe fue muy duro para los musulmanes. Además, Alfonso X fue candidato a la Corona alemana, pues su madre era una princesa alemana, Beatriz de Suabia.

De acuerdo a las leyes de todos los principados alemanes, ellos elegían un emperador que gobernaba a todos los principados. Un candidato era Alfonso X, en el año 1.260. La gran mayoría de los príncipes lo reconoce como emperador, pero el Papa debía coronarlo para darle la investidura imperial.

Alfonso X comenzó a actuar como emperador, pero el Papa dilató la investidura debido a un incidente; Inglaterra había presentado a otro candidato, buscando que la Corona española no se uniera con los principados alemanes. Francia, en tanto, se mantuvo al margen.

Alfonso X fue emperador de hecho por trece años, pero llegado un momento, y ante un eventual enfrentamiento entre cristianos, renuncia a su candidatura en octubre de 1.273.

Posteriormente, a fines del siglo XIII, Sancho IV, sucesor de san Alfonso, reconquistó la ciudad costera de Tarifa.

Ya en el siglo XIV, el rey Alfonso XI, el Justiciero, reconquistó la ciudad de Algeciras, quedando, en consecuencia, el poder islámico en España reducido a Granada, donde existía un rey musulmán.

Este proceso de reconquista lo finalizan los Reyes Católicos, Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, el día 2 de enero de 1.492.

Este día, después de un año de sitio, el último rey musulmán de Granada, Boabdil, entregó la ciudad de Granada a los Reyes Católicos; este hecho marca el término de la reconquista, luego de ocho siglos de presencia musulmana en la Península.

Los musulmanes que quedaban en España fueron llamados mudéjares. La política oficial del gobierno cristiano fue lograr su conversión al catolicismo. Con el paso del tiempo, la gran mayoría se convirtió, así como sus descendientes, pero en el sur español, especialmente en Granada, se mantenían algunos focos musulmanes, los que provocaban roces con la población cristiana.

La Corona impulsó nuevas misiones para convertirlos.

En el año 1.608, Felipe III dispuso un plazo para que se convirtieran o para que liquidaran sus bienes y salieran de España.

Aspecto Político Institucional: surgimiento de las Cortes de León y Castilla

En estos siglos, en todo Europa se observa un incremento notorio de la población urbana, comenzado a revertirse el proceso de ruralización que se había iniciado en la época romana (siglo IV al siglo XII).

Las ciudades concentran a los artesanos de todo tipo, organizados en gremios. También están los comerciantes, otro grupo relevante, así como los profesionales (médicos, abogados, arquitectos); estos tres grupos sociales tienen en común que no son nobles, son hombres libres que perciben una renta propia. Este grupo social será conocido como burguesía (burgos: ciudad), la que adquiere una importancia política y económica, pero que no tenía participación en el gobierno central, que era controlado por el rey, la nobleza y el alto clero; su influencia se limita a las decisiones municipales, pero aspira a participar en el gobierno central.

En el Reino de León, con la Carta Magna Leonesa de 1.188, el rey de León incorpora a los hombres libres al gobierno central. Es así como surgen las Cortes.

En Castilla, la primera reunión de Cortes se produce en el año 1.250, citada por Fernando III. Se considera que esta fecha marca el comienzo de las Cortes en Castilla.

Las Cortes se pueden definir como una asamblea política bajo medieval, integrada por los distintos estamentos sociales (nobleza, alto clero y hombres libres de las ciudades), que era convocada y presidida por el rey, y que interviene en el gobierno y la administración del Reino.

La palabra estamento es sinónimo de un grupo social distinto de hecho y distinto de derecho. Por esto, no es lo mismo hablar de estamento que de clase social, ya que las clases sociales son un grupo distinto de hecho pero igual en derecho.

Las Cortes

En toda Europa tienen una función de asesoría, pero también limitan o restringen el poder real, es decir, en ciertos asuntos de gobierno, el rey no puede resolver solo, sino que debe resolver junto a las Cortes, contando con su voto favorable.

Convocadas las Cortes (fecha y lugar de reunión), el rey señalaba las materias que se iban a discutir; cuando la ciudad recibía este comunicado, en cada una de ellas se reunía el Municipio y se elegían a los delegados, para que asistieran a las Cortes; en Castilla, estos delegados recibían el nombre de procuradores.

Estos delegados son mandatarios: votan y discuten en las Cortes con un mandato previo del Municipio. Si en las Cortes agregaba un tema el rey, los mandatarios volvían a los Municipios para recibir instrucciones.

En Castilla existen 28 Municipios con derecho de enviar delegados. Las ciudades más pequeñas elegían un delegado en las ciudades más grandes, de modo que todas las villas participaban y estaban representadas.

Materias consultivas

1. El rey debe consultar a las Cortes para modificar o alterar el valor de la moneda.
2. También se requiere voto favorable para establecer nuevos impuestos.
3. Otra materia que requiere acuerdo es la derogación o modificación de un Fuero.
4. Declaración de guerra o la firma de tratados de paz. La declaración de guerra significa la autorización de movilización de tropas.
5. Sólo las Cortes pueden nombrar un tutor para el rey menor de edad (menor de 18 años), y un regente para que asuma como interino.
6. Sólo las Cortes están habilitadas para tomar juramento a quien asuma como rey, sin lo cual no podría actuar. Este es el origen de la promesa o juramento del Estado constitucional moderno ante el Congreso pleno.

Nuevas formas de ley

Con las Cortes surgen 2 nuevas formas de ley en el derecho castellano:

1. El Ordenamiento
2. Leyes Pragmáticas

Ordenamiento. Son normas legales dictadas conjuntamente por el rey y las Cortes. Son las leyes de mayor jerarquía, están por sobre las Leyes Pragmáticas y, por lo tanto, no se puede modificar o derogar con una ley pragmática un ordenamiento, sino que un ordenamiento deroga o modifica otro ordenamiento.

Lo acordado con las Cortes, además, sólo se modifica con el consenso de las Cortes. Este es un principio que hoy conocemos como garantías fundamentales.

Los ordenamientos se individualizan por el año en que se dictaron y el lugar en donde se reunieron las Cortes. Por ejemplo, tenemos el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348; Ordenamiento de Briviesca de 1.387; Ordenamiento de Toro de 1.505, entre otros.

Las Leyes Pragmáticas. Son normas legales reales donde las Cortes no participan. Surgen a partir del Ordenamiento de Briviesca de 1.387. En este Ordenamiento una de sus normas autorizó al monarca para que en algunas materias pudiera legislar sin el consenso de las Cortes, a través de las pragmáticas. Este es un principio que equivale a la Potestad Reglamentaria del Ejecutivo, en la actualidad.

Sin embargo, se establece que el rey jamás podrá modificar o derogar un ordenamiento por medio de una ley pragmática.

Las Cortes son muy importantes en toda la Baja Edad Media, hasta principios del siglo XVI. Corresponden a una etapa en que el poder real está limitado.

Desde los comienzos del siglo XVI, se observa en España y en Europa una tendencia a fortalecer el poder real; surgen monarquías mucho más poderosas que las medievales.

En España lo anterior es notorio, pues cada vez con menos frecuencia el rey cita las Cortes. Existen, pero el rey comienza a gobernar prescindiendo de ellas, siendo reemplazadas en sus funciones por otro organismo, el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado no es un organismo de representación estamental, sino meramente de asesoría real, conformado por personas de exclusiva confianza del rey.

En Castilla existían Cortes, pero ya en el siglo XVI comienzan a ser reemplazadas por el Consejo de Castilla, que asume sus funciones.

En el caso americano, en los Reinos indianos no hubo Cortes, pues éstas ya estaban en declinación, por eso se creó un Consejo, el Consejo de Indias, que cumple las funciones de las Cortes, de haber existido. Por esto también es que en América no hubo ordenamientos ni pragmáticas. Con la administración borbónica mueren las Cortes, pues eran incompatibles con las ideas ilustradas del absolutismo.

Aspecto Jurídico: Formación, difusión y recepción del Derecho Común en Europa y en España

El Derecho Romano sufrió un proceso de cambio en occidente, llamado vulgarización, fenómeno que ya hemos analizado, a diferencia de Oriente, donde no hubo vulgarización.

En Europa occidental, desde el siglo V hasta el siglo XI y principios del siglo XII, se perdió contacto con el Derecho Romano clásico, porque el Derecho Romano que es empleado es el vulgar, que ya se había incorporado en textos jurídicos, tal como el Breviario de Alarico, siendo muy importante como fuente formal del derecho la costumbre.

Transcurrida la época antigua, surgen centros de estudios conocidos con el nombre de Escuelas de Artes Liberales, que son el antecedente de las universidades medievales.

En esta era, las bibliotecas existentes se encontraban bajo el resguardo y posesión de la Iglesia, pues se convirtió ésta en la custodia de la cultura occidental grecorromana luego de la caída del Imperio, en el siglo V d. C.. De una forma natural, los que deseaban estudiar se reunían en estos lugares, dando vida a las mencionadas Escuelas; se agrupaban en torno a uno que hacía las veces de profesor, ya que poseía mayor conocimientos que el resto. Este suceso se manifestó en toda Europa.

En las Escuelas de Artes Liberales se impartían distintas disciplinas; podemos clasificarlas en dos áreas:

1. *Trivium*: agrupaba a las disciplinas humanistas, que son Gramática, Dialéctica y Retórica.
2. *Quadrivium*: concentraba las disciplinas científicas, que son Geometría, Aritmética, Astronomía y Música.

Con relación a la Retórica, se conferían algunos conceptos jurídicos esenciales; los conocimientos jurídicos que se entregaban, sin embargo, eran conocimientos insuficientes, pues no bastaban para ejercer la profesión jurídica; y eran pobres, pues la cultura jurídica de los que enseñaban no estaba fundamentada en textos jurídicos auténticos y completos, sino que en obras de Derecho Romano vulgar, que eran resúmenes o síntesis del antiguo Derecho Romano.

Esta situación va a comenzar a cambiar a principios del siglo XII, donde se redescubrirá y rescatará el conocimiento y la enseñanza del Derecho Romano clásico y post clásico.

Este proceso se inicia específicamente en Italia, particularmente en Bolonia, en el centro italiano; un profesor de Artes Liberales llamado Irnerio (Guarnerio, Werner o *Irnerius*; + 1.125) empieza a enseñar derecho como una parte de la Retórica, mas con un nuevo método, pues da a conocer las distintas partes del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, principalmente el Digesto.

El *Corpus Iuris Civilis*, nombre dado por los glosadores a los textos justinianeos, está compuesto por las *Institutas*, el *Digesto*, el *Codex* y las *Novelas*. El *Corpus Iuris Civilis* fue publicado en el 529 d. C.

Irnerio será, finalmente, el que da inicio a la formación del Derecho Común, utilizando nuevos textos y un nuevo plan de enseñanza, que se va a conocer como *glossa*.

Irnerio y la escuela de los glosadores (1.055 – 1.125)

En este período, en Bolonia se comienza a redescubrir el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, iniciándose, de esta forma, el proceso de formación del Derecho Común. Empieza a enseñarse el Derecho Romano sobre la base de textos no conocidos para occidente, como el *Corpus*, utilizándose un nuevo método de estudio y enseñanza: el método de la glosa.

Primera etapa de la formación del Derecho Común

Irnerio comienza a estudiar y enseñar el texto justiniano fundamentándose en el método de la glosa, que consiste en las anotaciones que Irnerio realiza a los textos romanos al margen de sus oraciones o entre las líneas. Por esto, la glosa será conocida como un método de estudio que consiste

en aislar de cada texto lo que parece más importante. Al concepto se le

agrega la concordación, que es la referencia al mismo texto, donde se concepto y

habla del mismo tema. Con este texto se presenta, entonces, Irnerio ante concordancias

sus alumnos.

Durante 200 años se trabajó con este método de enseñanza y estudio (siglos XII y XIII), primero en Italia y luego en toda Europa.

Este método posee una utilidad práctica, pues permite sistematizar y ordenar el Derecho Romano, para entenderlo, lo que luego va a ayudar a la codificación. Al Derecho Romano lo fueron resolviendo a través de

cosas prácticas, eran opiniones; por esto, es posible elaborar conceptos y clasificaciones, gracias a la glosa.

Fue posible, también, redactar vocabularios o diccionarios jurídicos, ordenados en forma alfabética, explicándose los conceptos del derecho, de acuerdo a lo que decían los juristas romanos en el Digesto. Además, se van agregando leyes, que habían dictado los emperadores sobre esta materia. Los textos más característicos de los glosadores son los diccionarios.

Hubo glosadores en toda Europa; los primeros nacieron en Italia, siendo encabezados por Irnerio, y luego surgieron en Francia.

En las tierras francas destacan dos glosadores: Rogerio y Placentino, quienes son los fundadores de la Escuela de Derecho más antigua de Europa, la Universidad de Montpellier, cerca de París.

Placentino es el más famoso glosador francés; escribe una obra titulada *Summa Codicum*, que es una recopilación de glosas hecha al Código Teodosiano, una de las partes del *Corpus*.

En el siglo XIII, aparecen los glosadores italianos más afamados, Azo de Bolonia y Francesco Accursio (o Francisco Acursio).

Acursio (1.259 – 1.293) realizó una recopilación de todas las glosas hechas a las distintas partes del *Corpus* en toda Europa. Esta recopilación se conoce como Glossa Ordinaria; esta obra contiene más de noventa y seis mil glosas, que es fruto de un trabajo de casi dos siglos de glosa, desde Irnerio hasta Acursio.

Azo de Bolonia redactó una recopilación de glosas, hecha al Código Teodosiano, nombrando a su obra *Summa Codicis*, algo más completa que la de Placentino, ya que incluye cien glosas más.

Se considera que con estos eventos termina la etapa de los glosadores, pues con este texto ya no va a ser necesario consultar los textos romanos del *Corpus*. Los juristas recurren a la glosa, pues todo lo fundamental estaba en ella, lo que hacía innecesario recurrir a la fuente original, pues se había glosado todo lo que se tenía que estudiar; de este modo, ya no tiene sentido seguir glosando.

Es necesario señalar que la importancia de Irnerio, y de los glosadores, radican en dos grandes méritos.

Primero, dan a la enseñanza del derecho plena autonomía, pues separan el derecho de la retórica; de esta manera, ahora el derecho constituye una disciplina autónoma, pues antes se estudiaba como parte de la retórica.

Segundo, utilizan fuentes originales, auténticas del Derecho Romano, que los diferencia de las anteriores obras, que utilizaban textos correspondientes al Derecho Romano vulgar.

Segunda etapa de la formación del Derecho Común

En esta etapa tenemos la escuela de comentaristas o post glosadores.

Este movimiento surge en Francia, pero se desarrolló plenamente en Italia, donde aparecen los más destacados comentaristas, al *mor italicus* (modo itálico). Cino de Pistoia (1.270 – 1.336) fue quien llevó este método a Italia.

Esta escuela se caracterizó por una preocupación de llevar al Derecho Romano a la práctica; no es contrapuesto a la glosa, pero más bien se produce una evolución en el método de estudiar el Derecho Romano, y los objetivos que buscan con ese estudio. Se estudia lo mismo, pero con un método distinto. Esto comienza en Francia, en la Universidad de Orleáns; dos juristas son los precursores que dan inicio a este procedimiento,

que pertenecen a la segunda mitad del siglo XIII: Jacobus Ravanio (+ 1.296) y Petrus Bellapertica (+ 1.308).

La escuela de los comentaristas presenta una serie de características distintas de la escuela de los glosadores.

A diferencia de los glosadores, los comentaristas buscan entender el sentido del texto, para mantenerse fiel a él, teniendo una gran preocupación por llevar el Derecho Romano a la práctica, para así resolver casos concretos.

Para los comentaristas, los textos jurídicos romanos no son objeto de ídolo, a los cuales hay que rendir tributo y honor, sino una herramienta que el jurista debe utilizar para resolver casos específicos.

Otra diferencia es el logro de los comentaristas en la creación de un sistema jurídico nuevo, en el que se van a compatibilizar y complementar dos derechos: el Derecho Romano justinianeo o Derecho Común y el derecho vigente en la Italia de esa época, que consistía en un derecho propio, conformado por el derecho de cada Reino itálico, el cual se contraponía al carácter universal del Derecho Común.

Cuando los comentaristas comenzaron a desarrollar su trabajo, Italia era un conjunto de Repúblicas independientes, es decir, cada ciudad era un Estado, cada uno con su propio gobierno y su propio derecho; ese derecho era conocido como Estatuto, el derecho estatutario.

En estos Estados acontece un problema, pues los jueces no tenían muy clara la jerarquía de los derechos, pues debían resolver utilizando el Derecho Romano y el Derecho Estatutario. Este inconveniente será estudiado y resuelto por el gran comentarista italiano Bartolo de Sassoferrato (1.314 – 1.357).

Bartolo de Sassoferrato formuló un principio, para ayudar a los jueces a resolver la problemática suscitada: en cada Estado debe aplicarse preferentemente el Estatuto, y de forma supletoria el Derecho Común (mayoritariamente en el ámbito privado); donde se acabe el Estatuto, tenga lugar el Derecho Romano. Este principio se recoge en el derecho castellano, ya que existía una pugna entre el Derecho Real de Castilla y el Derecho Común. Siguiendo el principio italiano, se aplica primero el Derecho Real de Castilla y luego el Derecho Común, quedando establecido en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de Alfonso XI, el Justiciero.

Bartolo de Sassoferrato alcanzó enorme fama, al constituirse como el más destacado comentarista italiano; fue asesor de reyes y emperadores; en las universidades de Europa se llegaron a enseñar sus textos jurídicos, incluso, se llegó a decir, que quien no conoce a Bartolo, no puede ser un buen jurista y no puede ir a los tribunales.

Hubo juristas que siguieron con el pensamiento de Bartolo, siendo apodados bartolistas; entre ellos, se encuentran: Baldo de Ubaldo (+ 1.400) y Nicolás de Tudeschis (+ 1.453), obispo de Palermo, conocido como el Abad Panormitano.

Los comentaristas ocupan dos géneros literarios para escribir derecho; unos son los *Consilia*, que son consejos que un particular pedía a un jurista, para que analizara alguna determinada materia jurídica (a veces los jueces solicitaban estos informes); los otros son los *Tractatus* o Tratados, que eran una obra jurídica mayor, donde se analizaba una materia jurídica a fondo, en toda su dimensión. Este estilo nace con los comentaristas y subsiste hasta hoy, a través de informes y tratados.

El Derecho Canónico

El Derecho Canónico, desde fines del siglo XI, experimenta un proceso de resurgimiento o de renovación. Precedentemente a esta era, la mayor parte del Derecho Canónico estaba compuesto por cánones, es decir, leyes de los Concilios, pero en este siglo el poder papal aumenta, de modo que el Sumo Pontífice comienza a legislar de una manera más preferente, erigiéndose por sobre los Concilios.

El Pontífice que da inicio a este movimiento es Gregorio VII, cuyas reformas eclesiales son muy importantes para la vida de la Iglesia y el Derecho Canónico, por lo que se habla de una Reforma Gregoriana. Durante los 12 años de su pontificado, Gregorio VII realiza algunas innovaciones; una de ellas es la prohibición de que los laicos intervengan en el nombramiento de los obispos, ya que era una prerrogativa papal; también se establece una limitación a las leyes conciliares, señalando que toda ley emanada de un Concilio, para ser ley de la Iglesia, debe contar primero con la autorización papal, principio que subsiste hasta hoy. El Canon 331, por ejemplo, del actual Código de Derecho Canónico (1.983), indica lo que hemos señalado. Asimismo, se señala la forma de legislar, que son las Epístolas Decretales.

A consecuencia de lo anterior, y de la gran legislación hecha por los pontífices, se hizo necesario recopilar estas leyes. Estas recopilaciones van a formar el *Corpus Iuris Canonici*, que incluye las más importantes leyes de la Iglesia entre los siglos XII y XIV, el cual estuvo vigente hasta 1.918.

Decreto o *Decretum* de Juan Graciano de 1.140

Juan Graciano recopila y ordena por materias diferentes leyes de la Iglesia (son cuatro mil cánones), como cánones conciliares, epístolas decretales, normas de la Iglesia tomadas de la Biblia y leyes imperiales romanas que se referían a la Iglesia.

El primer texto de la etapa del Derecho Canónico clásico sólo contiene Derecho Canónico, ya separado de la teología; los textos anteriores parecían confundir leyes teológicas con normas jurídicas.

Este texto fue redactado en la época de la glosa, por ello el Decreto de Graciano fue glosado; esto quiere decir que la glosa no sólo analiza el Derecho Romano para enseñarlo, sino también el Derecho Canónico.

Es así como surgen los decretistas o canonistas (1.140 a 1.230), todos posteriores a Graciano; algunos de ellos son: Rolando Bandinelli (luego Papa Alejandro III), Juan Teutónico (Juan Zemeke), quien redacta una obra que recopila y ordena todas las glosas que se habían hecho del Decreto de Graciano, conocida con el nombre de *Glossa Ordinaria* del Decreto.

Decretales de Gregorio IX de 1.234

Este texto se redacta como consecuencia de las numerosas leyes papales dictadas hasta esa fecha. Las epístolas decretales eran respuestas que daba el Papa ante las consultas de particulares, en los casos o materias que debían ser resueltos por la Iglesia. Como estos documentos emanaban del Papa, tenían además un efecto general, es decir, podían ser usadas para otros casos análogos, lo que era de gran utilidad.

Gregorio IX (el afamado canonista Hugolino) le encargó el trabajo de recopilación al fraile catalán Raymundo de Penyafort, más tarde canonizado; san Raimundo de Penyafort preparará esta colección de decretales, dividida en cinco libros, fraccionados por materia (la obra se tituló *Liber Decretatum*); la obra fue promulgada por el Papa en 1.234; al igual que el Decreto de Graciano, los Decretales de Gregorio IX fueron glosadas. Algunos de estos decretalistas son: Enrique de Susa, quien escribió sobre materias muy importantes en el Derecho Canónico, como el poder temporal de Papa; Sinibaldi de Fieschi, quien llegó a ser Sumo Pontífice (Inocencio IV) y un gran decretalista, Bernardo de Parma, quien redactó una glosa que ordenada a los Decretales.

Las dos primeras partes del *Corpus Iuris Canonici* son los Decretales de 1.234 y el Decreto de Graciano. El *Corpus* está integrado, además, por otros textos.

Colección del Papa Bonifacio VIII de 1.298

Esta obra también es conocida como el *Liber Sextus Decretalium*, pues se agregó luego de los cinco libros de

los Decretales.

Colección del Papa Clemente V

Aquí encontramos el *Liber Septimus* de 1.320, y que también fue glosada, por Juan Andrés, conocida como Colección de los Clementinos o Glossa de las Clementinas; la obra incluía las Decretales de Clemente V y las del Concilio de Lyon de 1.245 y 1.274.

Colección del Papa Juan XXII de 1.334

Esta obra es conocida también como Colección de los Extravagantes, pues se incluían algunas leyes de la Iglesia que trataban de materias no estrictamente canónicas, pero que estaban entrelazadas con la Iglesia (leyes conexas).

El Derecho Común tiene además, dos fuentes secundarias:

* Derecho Feudal Lombardo

* Derecho Estatutario Italiano

Derecho Feudal Lombardo

En el Reino de Lombardía, al norte de Italia, el derecho se pone por escrito, regulando el sistema feudal existente. Los comentaristas, considerando que el derecho feudal era un derecho vigente, lo estudiaron y lo presentaron en la universidad, con el nombre de *Libri Feudorum*; lo presentaron relacionando el feudalismo y el Derecho Romano, intentando buscar el origen del feudalismo es este último (fue presentado a los alumnos como un beneficio, como una especie de usufructo).

Derecho Estatutario Italiano

El comentarista Bartolo de Sassoferrato incorpora los Estatutos en el Derecho Común, aplicando el principio de jerarquía que se acordó: el Derecho Estatutario está por sobre el Derecho Romano.

El Derecho Común o *Ius Commune*

Es una doctrina jurídica elaborada en las universidades europeas bajo medievales, sobre la base del estudio, glosa y comentario del Derecho Romano contenido en el *Corpus Iuris Civilis*, y del Derecho Canónico contenido en el Decreto de Graciano y las otras recopilaciones canónicas, y, en menor medida, en el Derecho Feudal lombardo y en el Derecho Estatutario italiano.

Es una doctrina, porque lo crean los juristas, que son estudiosos del derecho; es un trabajo académico científico que se realizó en las universidades de manera espontánea, por lo cual no puede ser considerado como un derecho oficial, es decir, como un derecho creado por la autoridad, aunque ella lo utilizó.

La denominación *Ius Commune* se utiliza para no confundir a éste con el derecho propio, es decir, el derecho de cada Reino o Estado, aunque, en opinión de Bartolo de Sassoferrato, eran complementarios.

Quienes lo crearon le dieron vida pensando en que fuera un derecho que se pudiese aplicar en todo el mundo cristiano, sin perjuicio de la existencia del derecho propio. Como la base del Derecho Común estaba presente en todos los Reinos cristianos, permitía aplicarlo más allá de las fronteras.

Este derecho es común, porque se basaba en dos derechos comunes: el Romano, común al orbe del Imperio, y

el Canónico, común al orbe del Cristianismo.

Lo que se busca con la creación de este derecho es un proyecto político, que los glosadores lo defendieron, el cual era unir a la cristiandad, en lo temporal y en lo espiritual, surgiendo como elemento de unidad para hacer frente a sus enemigos, como el Islam.

Los glosadores veían que hubo una época donde la cristiandad entera estuvo unida, en efecto, había existido una unidad entre el Papa y el Emperador; los glosadores anhelan entonces, reconstruir el Imperio, que era la única forma de lograr la unidad de todos los cristianos de Europa. Que uno sea el derecho como uno es el Imperio, manifestaban los glosadores.

Recepción orgánica e inorgánica del Derecho Común en Castilla

Es el proceso por el cual los principios y las normas del Derecho Común se incorporan al derecho vigente de cada Reino, lo que demuestra que el Derecho Común ha sido considerado un derecho valioso e importante, por eso es que es incorporado al derecho vigente en cada uno de los Estados.

Hubo dos tipos de recepción: orgánica e inorgánica; orgánica significa que se incorpora a los textos legales de cada época; inorgánica quiere decir que se produce a través de la doctrina y la jurisprudencia. Desde un punto de vista cronológico, la primera en realizarse fue la recepción inorgánica. El Derecho Común se conoce y posteriormente es supervisado en la doctrina y en la jurisprudencia.

Las universidades más antiguas son del siglo XI; otras fueron creadas en el siglo XII y XIII.

* Primeras universidades de Italia: Univ. de Bolonia, Univ. de Ravena, Univ. de Perugia y Univ. de Pisa.

* Primeras universidades de Francia: Univ. de La Sorbonne y Univ. de Montpellier.

* Primeras universidades de Inglaterra: Univ. de Oxford (luego Cambridges).

* Primeras universidades en Castilla: Univ. de Palencia (1.212), Univ. de Salamanca (1.220) y Univ. de Valladolid (1.304).

En estas universidades se enseña y estudia el Derecho Romano y el Derecho Canónico, a través de los textos de los glosadores, comentaristas, decretistas y decretalistas. Los textos que se analizan son el *Corpus Iuris Civili* y las recopilaciones canónicas.

El conjunto de estas casas de estudios poseía estatutos en común; podían elegir a su rector y contaban con reglas para el alumnado y los docentes. El único idioma que se hablaba en la universidad era el latín; la enseñanza del derecho también se vio unificada, por lo que en toda Europa se enseñaba el mismo derecho, el romano canónico.

Los más destacados juristas españoles del Derecho Común

Jácome Ruiz

Fue conocido como Maestro Jacobo de las Leyes; se desempeñó como juez real de Castilla y asesor de Alfonso X; es autor de una serie de textos de derecho procesal, de los que sobresale Las Flores del Derecho, así como Doctrina de las Leyes. Sin embargo, su obra más importante, conocida a nivel mundial, es Summa de los Tiempos de los Pleitos, que constituye un tratado acerca de las distintas etapas de un juicio, desde la demanda hasta la sentencia y apelación.

Esta obra ha sido objeto de varios estudios por parte de los juristas, tanto europeos como americanos, donde se establecen las nueve etapas del proceso judicial, los que se encuentran en los actuales códigos procesales hispanoamericanos y europeos.

San Raimundo de Peñafort

Jurista español que se destaca en el Derecho Canónico; es el redactor de las Decretales de 1.234.

Fernando Martínez

Jurista español que se destaca en el Derecho Común, especialmente en el derecho procesal; su obra más conocida es La Margarita de los Pleitos. Fernando de Martínez es contemporáneo del Maestro Jacobo de las Leyes.

Maestro Roldán

Jurista de la época de Alfonso X, siglo XIII, que redactó por orden de este monarca un texto jurídico que regulaba los sitios de juegos lícitos, hoy casinos, en esa época llamados Tafurerías, que dependían de la Corona y de los Municipios. Este texto se conoce como Ordenamiento de las Tafurerías.

Vicente Arias de Balboa

Destacado jurista del siglo XVI; fue un gran estudioso de textos jurídicos castellanos que habían dictado los reyes, mientras los iba glosando. Escribió una serie de glosas al Fuero Real de Alfonso X y también redactó numerosas glosas al Ordenamiento de Alcalá de Henares, del rey Alfonso XI.

Pérez de Guzmán

Contemporáneo de Vicente Arias de Balboa, que redactó numerosas glosas al Fuero Viejo de Castilla, que era un texto jurídico que contenía muchas normas nobiliarias.

Gonzalo González de Bustamante

Hacia 1.380 redacta un diccionario jurídico, titulado La Peregrina.

Alfonso Díaz de Montalvo

Gran jurista castellano del siglo XV; es recordado por las glosas que escribió al Fuero Real, también por un diccionario jurídico llamado Segunda Compilación; su obra jurídica más importante es una edición del Código de las Siete Partidas de Alfonso X, que fue glosada entera por Alfonso Díaz en 1.491, siendo una de las ediciones más importantes de las Partidas a principios del siglo XVI y fines del XV.

Juan López de Palacios Rubio

Jurista del siglo XV. En el terreno del derecho castellano se destacó por ser redactor de las Leyes de Toro (u Ordenamiento de Toro) de 1.505; además, participó en la Junta de Burgos y redactó el Requerimiento del Derecho Indiano.

Recepción Orgánica del Derecho Común en Castilla

La recepción orgánica del Derecho Común significa que éste se incorpora a las leyes castellanas, pasa a formar parte del derecho castellano.

En esta época, en Castilla existían textos de derecho local o municipal (Fueros) y de derecho territorial, que se dictaban para todo el Reino. El Derecho Común se incorpora tanto en el derecho local como en el territorial, ayudando así a unificar el derecho castellano.

Durante el período de la Baja Edad Media, se está llevando a cabo este proceso de unificación, es decir, se busca unificar el derecho, lo que consiste en que un texto jurídico rija en la mayor cantidad de lugares de Castilla, que tenga la mayor vigencia posible en cuanto a espacio geográfico. Para llevar a cabo este propósito, se dicta un Fuero que rige en muchas ciudades, teniendo como base el Derecho Común.

La recepción del Derecho Común de carácter orgánico avanzó por dos caminos: a través del derecho local y el derecho territorial.

La unificación del derecho de Castilla y la recepción del Derecho Común en el ámbito local

Como sabemos, los Fueros se clasifican en breves y extensos.

En la Baja Edad Media, se incorporan en los Fueros extensos normas de Derecho Canónico y Derecho Romano, es decir, Derecho Común. Es así como a través de los Fueros extensos se produce la recepción del Derecho Común.

Los Fueros extensos se redactaron para Castilla, Aragón y Portugal, siendo un fenómeno peninsular. Uno de ellos es el Fuero de Cuenca de 1.190.

Además de los Fueros extensos, los reyes de Castilla redactan Fueros utilizando el Derecho Común para que rijan en muchas ciudades, como el Fuero Juzgo de 1.240 (Fernando III) y el Fuero Real de 1.255 (Alfonso X).

* **Fuero Juzgo:** nace como una traducción del *Liber Iudiciorum* al castellano romance (antiguo), adquiriendo el nombre de Fuero Juzgo. Pero este Fuero es mucho más que una traducción, ya que se le incorporan elementos institucionales del Derecho Común para completarlo, siendo un ejemplo de recepción orgánica del Derecho Común por vía local.

Una vez traducido, fue otorgado como ley local a varias ciudades de Castilla que se habían reconquistado recientemente, por ejemplo, Córdoba, Sevilla, Cartagena y Jerez de la Frontera.

* **Fuero Real:** este texto jurídico es el más importante de los textos locales unificadores. Alfonso X ordena redactar este texto, cuyo contenido es en gran parte de Derecho Común.

Entre las fuentes que se usan para redactarlo se encuentra el Libro de los Jueces, el Fuero de Soria, un Fuero romanizado también, que ya tenía Derecho Común incorporado en él.

En Fuero Real está dividido en cuatro libros, que tratan las siguientes materias.

Libro I: se refería al derecho de herencia, a los tutores y curadores, a las obligaciones y al derecho de familia.

Libro II: contiene normas relativas a la Iglesia y a la relación de ella con el monarca.

Libro III: contiene normas sobre la formación de la ley (quién legisla) y sobre la organización de los tribunales.

Libro IV: contiene normas sobre derecho penal (delitos y penas).

Una vez que este texto estuvo redactado, a partir de 1.255, Alfonso X lo va otorgando como ley local (Fuero)

a importantes ciudades de Castilla; fue un Fuero con una gran área de vigencia, para romper con la variedad jurídica, donde había una infinidad de Fueros. Las ciudades que se rigieron por el Fuero Real son Aguilar de Campo, Soria, Burgos, Bejar, Madrid y Valladolid.

Al aplicarse el Fuero Real en ellas, su aplicación encontró dificultades, pues éste era un derecho desconocido para la mayoría de los habitantes de esas ciudades, especialmente para los jueces de esas localidades, por lo que fue necesario aclarar e interpretar algunas normas para concretar su aplicación.

El Derecho Común es un derecho de universidad, es un derecho nuevo, novedoso.

Se redactaron dos textos aclaratorios del Fuero Real, para hacer más fácil a los jueces su aplicación: Leyes Nuevas de Alfonso X y Leyes de Estilo (siglo XIV).

Unificación y recepción del Derecho Común en Castilla por vía territorial (orgánica)

A continuación, analizaremos las obras jurídicas territoriales de tres reyes de Castilla que se destacaron en este aspecto como legisladores. En sus leyes se incorpora el Derecho Común.

* Fernando III

* Alfonso X, el Sabio

* Alfonso XI, el Justiciero

Fernando III (1.217 – 1.252)

Este monarca es conocido como el Santo, ya que en el siglo XVII el Papa Clemente X lo canonizó por sus virtudes personales y por su labor en favor de la religión cristiana (1.691). En el ámbito territorial se conocen dos textos jurídicos: El Septenario y Libro de la Nobleza y la Lealtad.

* **El Septenario:** es un texto donde se incorporan todas las disciplinas o ramos de las Escuelas de Artes Liberales; el Septenario es una síntesis de dichas disciplinas.

Se habla de las tres ramas humanistas y las cuatro científicas. Es una obra más doctrinaria que práctica. Se utilizó en toda Castilla. Se cree que el Septenario habría sido un trabajo preparatorio que sirvió de base posteriormente para el Código de las Siete Partidas, de su hijo Alfonso X, la obra de Derecho Común más importante de toda Europa.

* **Libro de la Nobleza y la Lealtad:** texto de derecho político donde se desarrollan las obligaciones y deberes del gobernante (rey) para con el pueblo, pero desde un punto de vista teológico y filosófico. Los deberes son explicados desde su origen, en la moral y filosofía católicas.

Es el fundamento de las limitaciones al poder temporal.

En este libro, además, se explican las virtudes, las características que debe tener un buen gobernante para cumplir sus deberes, para hacer un buen gobierno.

Este texto es valorado, ya que no hay otro texto parecido sino hasta el siglo XVI, es decir, hasta Nicolás Maquiavelo, quien desde esta perspectiva crea la frase el fin justifica los medios.

Obra legislativa territorial de Alfonso X, el Sabio (1.252 – 1.284)

En sus obras está incorporado el Derecho Común, de hecho, es la base de su normativa legal territorial. La labor legislativa de Alfonso X recae sobre toda Europa.

Nació en Toledo, 1.221, y murió en Sevilla, 1.284. Fue hijo de Fernando III, el Santo; fue rey de Castilla y León desde 1.252 hasta su muerte. Además, fue candidato a la Corona Imperial de Alemania, a la que tenía derecho por ser hijo de la princesa Beatriz de Suavia, en el año 1.256, cuando Alemania era un conjunto de Principados, que reconocían como autoridad suprema a un Emperador. El hecho del Imperio va desde 1.256 hasta 1.273, año en que Alfonso X renuncia a su candidatura.

Alfonso X es considerado un gran monarca e intelectual; escribió obras sobre la historia, como Crónica General (sobre España) y Gran y General Historia (acerca del mundo antiguo).

En materia religiosa, Alfonso X fue muy tolerante; su afán de conocimiento, tal vez, alimentó esta tolerancia. Como ejemplo de ello, hizo traducir al castellano la Sagrada Biblia, el Talmud y el Corán; además, escribió sobre el ajedrez, la astronomía y redactó una obra titulada El Lapidario, que versaba sobre las propiedades de los distintos minerales, traducida del árabe al castellano. También escribió composiciones musicales, como Las Cántigas de Santa María, que son 470 piezas musicales, con música árabe y letra gallega; estas composiciones son piezas de suma importancia de la música medieval.

En lo jurídico, es el redactor del Fuero Real.

En el ámbito territorial, existen tres textos de su gobierno:

1. El Espejo del Derecho
2. El Código de las Siete Partidas
3. Opúsculos Legales
 - a. Leyes sobre Adelantados Mayores
 - b. Leyes de la Mesta
 - c. Ordenamiento de las Tafurerías
 - d. Leyes Nuevas

1. El Espejo del Derecho

Es un texto jurídico denominado, inicialmente, Libro del Fuero o Libro de las Leyes, pero como otros textos jurídicos de la época tenían esta misma denominación, hacia el siglo XIV adquirió su actual nombre, el que se debe a que en la primera parte de la obra se decía que ésta debía ser un espejo para los jueces, es decir, en ella los jueces deben mirar y mirarse para solucionar los problemas jurídicos.

En opinión de A. García Gallo, esta obra es un texto jurídico base de las Siete Partidas, pero esta cuestión no ha sido definida con total claridad.

El Espejo del Derecho estaba compuesto por nueve libros, de los cuales conocemos sólo los cinco primeros:

Libro I: la ley como fuente del derecho; se incluye a la ley canónica como fuente del derecho.

Libro II: normas legales aplicables al Rey y a la Corte.

Libro III: deberes y obligaciones de los súbditos para con el monarca; se tratan, en especial, los deberes militares.

Libro IV: tribunales; de los jueces; de las personas que pueden intervenir en un juicio (abogados, procuradores, testigos, las partes).

Libro V: materias procesales; emplazamiento (trámite procesal que consiste en la notificación de la demanda, y el plazo que se da al demandado para contestarla); cosa juzgada (efecto que producen las sentencias judiciales cuando están firmes, es decir, cuando no procede recurso o cuando habido el tribunal lo rechazó, y lo que queda es sólo cumplirlo); apelación (quién, cómo, cuándo, qué personas; trámite).

Este texto fue promulgado para que lo aplicaran los jueces reales.

Cuando se promulgó se produjo una rebelión en muchos municipios, ya que creyeron que este texto jurídico atribuía competencias de los alcaldes a los jueces reales, surgiendo el temor que se terminara con ello la justicia local. Hacia 1.270, muchos municipios castellanos rechazaron el Espejo del Derecho, pues consideraban que invadía las competencias alcaldicias.

Para resolver este problema, Alfonso X cita a las Cortes, para darle una solución al conflicto, en 1.274, en la ciudad de Zamora; en estas Cortes, reunidos los estamentos y las ciudades, una serie de disposiciones se acordaron:

- * Alfonso X declaró la vigencia de los Fueros.

- * El monarca afirmó que en materias importantes y casos graves, sólo podrían actuar los jueces reales y no los alcaldes.

- * Los casos reales fueron conocidos como casos de Corte; fueron casos graves donde no importaba dónde se cometía el delito, siempre los conocerían los jueces reales; fueron considerados faltas graves los siguientes delitos: delitos políticos (traición), violación, homicidio calificado, incendio, pleitos entre nobles y los casos en que el Fuero tuviera un vacío.

2. El Código de las Siete Partidas

Es la obra jurídica más representativa e importante de la recepción orgánica del Derecho Común en España. Algunos autores han sostenido que éste se redactó pensando en que Alfonso X iba a necesitar de un texto jurídico que pudiera aplicarse en todos los territorios que iban a estar integrados en su Imperio. Toma, por eso, como base al Derecho Común, que era el derecho que se aplicaba en toda Europa. Como Alfonso X no fue Emperador de Alemania, se aplicó como ley territorial en España.

Tres ediciones son las más importantes:

- * Edición de 1.491, que lleva una glosa por Alfonso Díaz de Montalvo. Esta edición fue muy difundida, pues fue la primera que se realizó utilizando la técnica de la imprenta.

- * Edición de 1.555, del jurista Gregorio López; esta edición fue la más utilizada en las tierras americanas.

- * Edición de 1.807, de la Real Academia Española de la Historia.

Con respecto a la entrada en vigencia de las Partidas, se discute si fueron promulgadas antes o después del gobierno de Alfonso X. De lo que no hay dudas es sobre la autoría de la redacción, que corresponde a este monarca. Las discusiones nacen porque no hay documentos oficiales que digan que las Partidas estuvieron

vigentes durante el reinado de Alfonso X.

Algunos autores aseveran que fueron promulgadas durante la administración de Alfonso X, pero que no hay prueba de ello debido a un problema de orden político, que se produjo a la muerte de Alfonso X, en 1.284.

Según las Partidas, le correspondía el trono al nieto varón mayor del rey, Alfonso de la Cerda, el hijo de su hijo mayor, representando los derechos de su padre fallecido. En vista de esta situación, el segundo hijo de Alfonso X, y tío de Alfonso de la Cerda, Sancho, ocultó las Partidas, pues sus disposiciones no favorecían sus aspiraciones reales. Gracias a esto, Sancho fue coronado rey de Castilla, adquiriendo el nombre de Sancho IV, el Bravo, gobernado entre 1.284 y 1.295.

Otros autores no aceptan estas explicaciones históricas, y aducen que, en realidad, las Partidas nunca fueron promulgadas durante el reinado de Alfonso X, sino a partir de 1.348, por el rey Alfonso XI, el Justiciero, a través de un texto legal, el Ordenamiento de Alcalá de Henares.

Contenido y fuentes del Código de las Siete Partidas

El Código de las Siete Partidas corresponde a un texto único en su contenido; cada una de sus leyes tiene una doble estructura, es decir, un fundamento y un mandato. Uno de los objetivos principales de las Partidas es educar a los súbditos acerca del derecho, acerca de la verdad jurídica y, también, sobre la verdad religiosa y filosófica.

Entre los juristas, y probables redactores, de las Partidas están:

- * Gaspar Ibáñez de Segovia
- * Jácome Ruiz (probable redactor de la III Partida)
- * Fernando Martínez de Zamora
- * Maestro Roldán

Estos juristas, presididos por el rey, en un tiempo cercano a diez años, redactaron las Partidas.

Se utilizaron tres tipos de fuentes:

- a. Fuentes del Derecho Común
- b. Fuentes del derecho tradicional de Castilla
- c. Fuentes no jurídicas

a. Fuentes del Derecho Común

Se utilizó el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, así como el Decreto de Graciano y los Decretales del Papa Gregorio IX. También se debe mencionar la obra de los glosadores, Azo, Acursio, san Raimundo de Peñafort (canonista) y Enrique de Susa (decretalista), apodado el Ostiense, que escribió sobre el poder temporal papal.

Hay obras de autores españoles que se utilizaron, como las de Fernando Martínez y Jácome Ruiz (el Maestro Jacobo).

b. Fuentes del derecho tradicional de Castilla

Se utilizaron los fueron más importantes que existían en el derecho castellano, especialmente los más extensos.

c. Fuentes no jurídicas

La denominación no jurídicas se refiere a la utilización de textos de filosofía, religión y teología, para redactar los fundamentos de cada ley.

Entre las fuentes filosóficas, se utilizan las obras de los más importantes textos de los autores de la filosofía griega y romana, tales como Platón, Aristóteles, Plutarco, Séneca y Cicerón.

Entre las obras religiosas, las fuentes más importantes son la Biblia, y entre las teológicas, se destacan los escritos de san Isidoro de Sevilla y de santo Tomás de Aquino.

También se pueden destacar algunas obras de la filosofía oriental, como El Josafat, que es una versión de la vida de Buda, que se empleó para fundar los deberes del príncipe y de cómo deber ser su educación preparatoria para el gobierno.

Estos tipos de fuentes son las que le dan el valor doctrinario al texto, y lo diferencia de los demás, convirtiéndolo en una obra sin par.

Como ya se ha señalado, en cada una de las leyes se establece un fundamento.

Una de ellas se refiere al lugar en que deben ser sepultados los difuntos –cristianos–. Los difuntos debían ser sepultados en los templos, en sagrado, práctica que se mantuvo hasta el siglo XIX. Esta costumbre se mantuvo, entre otras razones, porque el templo es el mejor lugar donde los deudos o parientes más se acuerdan de sus difuntos. Además, se supone que el templo es el lugar donde los demonios donde no pueden entrar, y el lugar en la tierra más cercano al Cielo (es como la puerta del Cielo).

Las Partidas fueron traducidas a varios idiomas.

Constituyen las Partidas una suma de derecho, es decir, un tratado muy complejo de Derecho Común como no existe otro en el mundo. Por esto se le ha comparado con la Summa Theológica, de santo Tomás de Aquino, en el sentido de que las Partidas constituyen la obra de derecho más importante de la época, así como la Summa lo es de la teología. Ninguna otra obra, ni en el derecho ni en la teología, ha igualado la calidad de estos escritos.

Contenido y estructura de las Partidas

Las Partidas se dividen en siete partes o partidas, cada una de ellas se divide en títulos o materias específicas, las que suman 182 y, a su vez, cada título se divide en leyes o artículos, los que suman 2.718, que contienen todo el derecho de la época. Su número responde al acróstico ALFONSO (cada Partida comienza con una letra del nombre del soberano), coincidiendo con que este número es el número de la perfección en la tradición judeocristiana, siendo esta última una interpretación de carácter personal.

Las Partidas comienzan con un prólogo, donde se indica el objetivo de la obra, que es ilustrar y educar a los reyes, para que puedan gobernar en paz y justicia, así como mostrar a los súbditos la verdad religiosa y la verdad jurídica. Al prólogo le siguen las Partidas.

Partida I: trata de la ley y su concepto; se dice que siempre debe estar fundada en la moral natural cristiana, para que así que la ley sea justa.

También se refiere al derecho público eclesiástico; los dogmas de la Iglesia, los sacramentos y la organización eclesial. Sólo reconoce como válido ante el derecho el matrimonio religioso; el clero está exento de tributos; se regula el derecho a asilo en los templos; el asilo protege el derecho de las personas, y se dispone que es el eclesiástico quien entrega a la persona asilada al tribunal judicial; el asilo, eso sí, se restringe, de este modo, no se puede otorgar cuando se trata de delitos políticos, porque, según la Biblia, Cristo enseñó que el templo es y debe ser casa de oración y no cueva de ladrones.

Partida II: trata sobre dos factores: derecho político y educación.

En materia de derecho político, se explica el origen divino del poder, y se proporciona un concepto de rey. Se dice que los reyes son vicarios de Dios, pero sólo en el ámbito temporal. Se señalan, además, los modos de adquirir legítimamente un Reino: por herencia y por elección, cuando no hay heredero; también se señalan ciertas obligaciones de los súbditos para con el rey.

En el terreno educacional, se define a las universidades como corporaciones de profesores y alumnos, autónomas, en cuanto a que el jefe o rector es electo por los académicos. Se establece el fuero universitario, principio por el cual todas las faltas o delitos ocurridos al interior del recinto universitario deberán ser conocidos y fallados por la autoridad universitaria. También se indica la ubicación física de la universidad: cerca de la ciudad, pero no en ella, en zonas rurales donde se facilita el pensamiento y el estudio; igualmente se establecen normas de higiene y salud, que debe cumplir el emplazamiento universitario.

Partida III: trata sobre derecho procesal civil (trámite de los juicios civiles) y normas de derecho de propiedad.

Se reglamenta el estatuto del abogado; se establecen las obligaciones de los testigos y de los notarios o escribanos. Como el notario es un ministro de fe, si uno de ellos llegara a redactar una escritura falsa, sería justo llegar a castigarlo hasta con la amputación de su mano, pues su desidia se debe castigar con mayor severidad. Toda vida ordenada se consigue con justicia y orden, lo que conduce a la paz social. Se regula el derecho de propiedad; se señalan las facultades del dueño y las acciones que protegen el dominio, tal como la acción reivindicatoria para el dueño no poseedor.

Partida IV: corresponde al derecho de familia y a los vínculos de dependencia entre las personas, donde tiene gran influencia el Derecho Romano. Con respecto al derecho de familia, se regula el matrimonio, regido por la ley de la Iglesia; la dote sigue siendo aportada por la mujer, continuando los principios del Derecho Romano. Se regula la patria potestad, que es el derecho del padre sobre la persona y los bienes del hijo de familia; se prohíbe el castigo paternal al hijo; también se impide su venta o empeño, salvo en caso de guerra, donde padre e hijo están sitiados sin posibilidad de triunfo, contemplándose la venta como la única opción para salvar la vida del hijo.

Se habla sobre la servidumbre y la esclavitud; se reconoce la existencia legal de la esclavitud, pero se señala que es contraria a Derecho Natural, y que es lo peor de este mundo, aparte del pecado.

Partida V: se refiere a los contratos y al derecho comercial.

Se regulan los contratos, como el mutuo, el comodato, el depósito, la donación y la promesa de compraventa; se señala como causal de la nulidad de un contrato la usura.

Partida VI: trata sobre derecho de herencia y acerca de los tutores y los curadores.

Partida VII: se refiere a derecho procesal penal (trámite de un juicio criminal) y a derecho penal (delitos y penas).

Se establecen penas duras para algunos delitos, como lo es el homicidio calificado; el trasgresor era desnudado, untado con miel, dejado a la intemperie por varios días para que sufriera la acción de los insectos, para luego ser despeñado desde un barranco al interior de un saco, amarrado junto a algunos animales (perro, mono, serpiente, gallina).

3. Opúsculos Legales

Es la tercera obra legislativa territorial de Alfonso X.

Es una monografía (obra jurídica menor); se redactan y promulgan cuatro de estos textos.

- * Leyes sobre Adelantados Mayores

- * Las Leyes de la Mesta

- * Ordenamiento de las Tafurerías

- * Las Leyes Nuevas

a. Leyes sobre Adelantados Mayores

Los adelantados mayores eran personas que, previa autorización del rey, pero por su riesgo y cuenta, emprendían la reconquista de una zona bajo autoridad islámica. En el Opúsculo Real se establecen facultades de los delegados del rey, de carácter judicial, militar y administrativo que tenían los adelantados mientras se desarrolla la reconquista. En América, actuaron también los adelantados, Diego de Almagro, por ejemplo, los cuales se regían básicamente por este texto jurídico del silgo XIII y también con otras normas.

b. Leyes de la Mesta

Regulan el funcionamiento de un organismo muy importante en Castilla, el Honorable Consejo de la Mesta, el cual era una asociación de ganaderos, personas dedicadas a la crianza de ovejas, una de las actividades más importantes junto con el comercio.

Como tenía tanto poder el Consejo, se dicta esta ley para regularlo. El Consejo representa a ganaderos ante el rey y además era un tribunal que soluciona los conflictos entre ganaderos. Este Consejo al principio sólo asoció a los ganaderos de Castilla, pero luego se sumaron los de Aragón. El presidente del Consejo de la Mesta era muy importante en Castilla. Existe este Consejo hasta 1.836, cuando comienza a decaer la ganadería.

c. Ordenamiento de las Tafurerías

Su autor fue un jurista de la época, el Maestro Roldán; se regulan los casinos, que son lugares de juegos lícitos, llamados en la época tafurerías, los cuales dependían de la Corona y de los Municipios; se regula el funcionamiento de estos lugares, los que eran importantes porque generaban recursos económicos. Se establecen sanciones para los que cometen delitos como, por ejemplo, la blasfemia y las trampas. En consecuencia hay normas de derecho penal.

d. Leyes Nuevas

Están constituidas por normas legales dictadas por Alfonso X, para aclarar las normas del Fuero Real, que era un texto local, frente a consultas realizadas por los alcaldes. Dentro de las materias reguladas por las Leyes Nuevas estaba el préstamo de dinero con intereses.

Obra legislativa Territorial de Alfonso XI el Justiciero

El rey Alfonso XI gobernó entre los años 1.312 y 1.350. Durante su reinado, uno de los puntos destacados tiene relación con el derecho y la historia de éste. Se enfrenta a la recepción inorgánica del Derecho Común en Castilla, lo que significa que el Derecho Común está siendo incorporado al derecho castellano a través de la doctrina y la jurisprudencia, los jueces y abogados utilizaban elementos de Derecho Común en los juicios, dejando de lado el derecho del rey (ordenamientos y pragmáticas); esta práctica comienza desde principios del siglo XIII. Lo anterior se daba porque los jueces y abogados habían estudiado Derecho Común. Por ello Alfonso XI reacciona frente al problema dado en Castilla y en toda Europa.

Pugna entre el Derecho Común y el Derecho Real en Castilla

El principio de la supletoriedad del Derecho Común de adopta en Europa y Castilla (es conocido también como principio bartolista). El intento de imponer este principio se refleja en el ordenamiento de Alcalá de Henares, donde se da preferencia al Derecho Real de Castilla sobre el Derecho Común, para limitar el proceso de recepción inorgánica.

El ordenamiento de Alcalá de Henares es un texto jurídico promulgado por Cortes de Castilla, que se reúnen junto a Alfonso XI en Alcalá en 1.348, donde se legisla sobre varias materias, contenidas en 125 leyes agrupadas en 31 títulos.

La mitad de ellas son normas de derecho procesal; otras son de derecho privado, que corrigen el texto del Código de las Siete Partidas. También se encuentran normas de derecho nobiliario y de derecho penal. Sin duda el aspecto más importante es que se pretende frenar la recepción inorgánica del Derecho Común. Para ello se estudiará la Ley primera del título 28 del Ordenamiento de Alcalá de Henares.

Ley primera del título 28 del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348

Esta ley primera contiene un orden de prelación obligatorio para jueces y abogados de Castilla, es decir, un orden para la aplicación del derecho en Castilla, donde se establece que el Derecho Real tiene preferencia en un pleito ante tribunales castellanos. Se mantiene vigente a través del tiempo y se aplica en Castilla y América.

Este orden fue confirmado por las Leyes de Toro de 1.505. También se confirma en 1.567, con la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla y se confirma, luego, en 1.805, a través de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que se mantiene vigente hasta la época de la Codificación, con el Código Civil de España.

Se aplica considerablemente en América, donde el derecho castellano era supletorio.

Según esta ley, el juez debe aplicar con preferencia en un juicio las leyes contenidas en el Ordenamiento de Alcalá; el orden de prelación es el siguiente:

* Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348.

Los demás Ordenamientos y Pragmáticas (Derecho Real de Castilla).

* Fueros. Fuero Real y Fuero Juzgo (derecho local de Castilla); Fueros nobiliarios (derecho personal).

Los Fueros debían estar vigentes; sus normas no debían contradecir ni a Dios (la fe católica), ni al Derecho Natural, ni a las leyes reales.

* Código de las Siete Partidas. Como recoge Derecho Común, se aplica en forma supletoria (principio bartolista). Ya que no había certeza sobre la promulgación de las Partidas, procedió a hacerlo Alfonso XI.

* El Monarca.

Queda prohibido recurrir a la costumbre, a los fallos anteriores y a las opiniones de los jurisconsultos.

La pugna entre el Derecho Común y Derecho Real de Castilla después de 1.348

Si se tiene en cuenta el contenido del Ordenamiento, se puede deducir que el Derecho Real se ha impuesto por sobre el Derecho Común, es decir, se frena la recepción inorgánica del Derecho Común. Este triunfo del Derecho Real es sólo aparente y no es verdadero, ya que en la práctica jueces y abogados dan más importancia al Derecho Común y a opiniones de juristas del Derecho Común, por lo que no se logra el objetivo de Alfonso XI.

El conflicto continúa después de 1.348. Por ello, los reyes de Castilla de los siglos XIV y XV van a dictar una serie de leyes en las que pretenden dar preferencia al Derecho Real, como las Leyes de Acta, ya que en ellas se indica qué autores de Derecho Común pueden ser citados en pleitos, llamados Leyes de Citas del Derecho de Castilla, en el siglo XIV y XV y principios del XVI.

Las Leyes de Citas

Las Leyes de Citas son:

- a. Pragmática del rey Juan I de Castilla de 1.386
- b. Pragmática de Juan II de Castilla de 1.427
- c. Pragmática de Madrid de los Reyes Católicos de 1.499
- d. Leyes de Toro de los Reyes Católicos de 1.505

a. Pragmática del rey Juan I de Castilla de 1.386

Esta ley dispone que a partir de esta fecha queda prohibido utilizar ante los tribunales de Castilla a todos los autores de Derecho Común, con la sola excepción del civilista Bartolo de Sassoferrato y del canonista Juan Andrés; como la ley no produce el resultado esperado se dicta una segunda ley.

b. Pragmática de Juan II de Castilla de 1.427

Es una norma legal más categórica, donde se establecen sanciones en caso de incumplimiento de lo dispuesto. Se dispone que a partir de ese momento queda prohibido en Castilla citar ante tribunales autores de Derecho Común posteriores a Bartolo en Derecho Romano, y posteriores a Juan Andrés en Derecho Canónico. Se establecen fechas exactas como límite, en Derecho Romano es la fecha de muerte de Bartolo de Sassoferrato (1.357) y en Derecho Canónico la fecha de muerte de Juan Andrés (1.348).

La sanción establecida en caso de incumplimiento, tratándose de que el juez no cumpla con la ley, éste perderá su oficio, y si es el abogado perderá el caso en pleito.

c. Pragmática de Madrid de los Reyes Católicos de 1.499

Se dispone que sólo a falta de ley podrán citarse en juicio las opiniones de los juristas de Derecho Romano y

dos juristas de Derecho Canónico. Los juristas son Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi, y los dos canonistas son: Juan Andrés y Nicolás de Tudeschis, conocido como el Abad Panormitano.

d. Leyes de Toro de los Reyes Católicos de 1.505

Con estas leyes termina el proceso de las Leyes de Citas.

Son las leyes dictadas en Cortes, citadas por Fernando el Católico, que se reúnen para tratar la sucesión de Isabel, aclarar si le sucedía su hija, Juana la Loca. El tribunal decide dejar el gobierno a un cardenal que también educa a Carlos, hijo de Juana, asumiendo la regencia el Cardenal Cisneros. Se abordan otros temas, como por ejemplo, la pugna entre Derecho Común y Derecho Real.

Dentro de las 84 leyes, se incluyen dos leyes que se refieren a este tema.

Ley I: deroga la Pragmática de Madrid, prohibiéndose la cita de autores de Derecho Común en los juicios.

Ley II: dispone que en el plazo de un año, contado desde la fecha de dicha ley, ningún abogado ni juez de Castilla podrá ejercer su oficio sin que previamente, de la forma establecida en la ley, haya aprobado los estudios de Derecho Real. Antes se enseñaba Derecho Real fuera de las universidades.

A partir de 1.505, comienza a imponerse el Derecho Real sobre el Derecho Común, dándose así cumplimiento a lo que disponía el Ordenamiento de Alcalá. Por esto algunos autores señalan que recién desde 1.505 se puede hablar de un Derecho Común subsidiario o supletorio en Castilla.

Cap. V: El Derecho de Castilla en la España Moderna (1.492 – 1.812)

1. Características

Esta época se puede denominar como época del Derecho Común subsidiario, o época de consolidación y expansión del derecho castellano; se habla de expansión puesto que no se aplica sólo en Europa, sino también en América, como elemento supletorio del Derecho Indiano.

2. Obra legislativa de los Reyes Católicos (1.492 – 1.516)

En esta era, Castilla se consolida como la primera potencia europea y, con ello, mundial; este sitio, que se extiende a lo largo del siglo XVI, se logró obtener gracias al poderío marítimo y naval castellanos, así como a su estratégica posición marítima, pues tenía acceso a dos mares (el del Norte y el Mediterráneo) y a un océano (el Atlántico).

La navegación comercial castellana vivió muchos progresos; su experiencia náutica comenzó a gestarse en el siglo XI. Muchos marinos llegaron a España por sus avances notables en este ámbito, uno de ellos fue el propio Cristóbal Colón, de origen genovés.

La economía castellana se afianzó, siendo el comercio marítimo una de sus grandes fortalezas. Dentro del comercio castellano se destacaron algunos rubros, como el de la lana, que servía como materia prima para los tejidos.

Castilla se convirtió, con el correr del tiempo, en un importante centro de negocios al interior de Europa; de hecho, Medina del Campo, una ciudad cercana a Madrid, se transformó en una primordial feria de actividad económica, donde acudían los comerciantes europeos.

Todo lo anterior redundaba en que la marina mercante castellana pasó a ser la primera en el orden europeo,

dejando de lado a la Liga Hanseática, que unía a los comerciantes de los países del norte de Europa (Holanda, Bélgica, Alemania).

La única nación que competía con Castilla, como potencia náutica, era Portugal, pero no estaba a su altura, ya que carecía de los recursos con que contaba Castilla.

Portugal y Castilla compitieron por encontrar una ruta hacia las Indias. Por esto, Portugal explorará la costa africana y Castilla tomará posesión de las Islas Canarias. En las Canarias habitaba una población indígena, la cual es conquistada por la autoridad castellana, quien, además, promoverá su colonización con contingente peninsular.

Portugal había obtenido del Papa, antes que Castilla, algunos privilegios privativos sobre la costa de África, por esto Castilla se verá obligada a buscar otra ruta hacia las Indias, para no vulnerar los derechos portugueses. Por ello, aceptará la propuesta de Cristóbal Colón para buscar esta nueva ruta, oferta que tanto Portugal como Inglaterra habían rechazado, el primero por su hegemonía sobre África y la segunda por su precariedad económica.

A todo esto, se añaden una serie de hechos políticos que vigorizan el poderío castellano.

Uno de ellos es la recuperación de Granada, que significó el término de la guerra de reconquista en contra del Islam, consolidándose la unidad territorial. Además, se produjo la anexión, por parte de Castilla, del Reino de Navarra.

La población de Castilla, y la de los demás Reinos que la integran, asciende a unos ocho millones de personas, es decir, casi cinco veces más que la población del Reino de Aragón, el otro Reino importante, cuya ciudad más significativa era Barcelona. Esto trae como consecuencia final que el Reino de Aragón será absorbido por Castilla, cuando asuma el poder Carlos I de España (o Carlos V de Alemania), nieto de los Reyes Católicos, en 1.515. Es en esta época cuando se comienza a hablar de España; en efecto, bajo la Corona de Castilla se encontraba toda la Península Ibérica.

También es importante conocer la política de unidad religiosa, impulsada por los Reyes Católicos, para fortalecer el poder castellano, que luego continuarán sus sucesores.

Como ya se ha señalado, la unidad religiosa fue una política pública.

En España, la gran mayoría de la población era católica (90%), no obstante, había una minoría musulmana y judía, lo que significaba la posibilidad de conflictos, de guerras religiosas o guerras civiles internas.

Por mucho tiempo se intentó la conversión de los no católicos, sin embargo, hubo algunos que se mantuvieron fieles a su fe. Ante esta realidad se ordenó a los infieles, que se negaban a la conversión, a abandonar España, por lo que debían liquidar sus bienes y negocios que tenían en la Península; se les colocó como fecha tope el tres de agosto de 1.492. Los judíos que salieron de España se refugiaron en Suiza, Austria, Alemania y Polonia; las cifras estimadas dicen que fueron alrededor de 50.000.

Por estas fechas es cuando se establece el Santo Oficio de la Inquisición (1.474), un órgano de la Iglesia, cuya misión era mantener la pureza de la fe y evitar la desvirtualización de los dogmas de ella.

En España, los Reyes Católicos solicitaron al Papa la erección del Santo Oficio en su territorio, con el objetivo de evitar que los nuevos conversos a la fe cristiana siguieran enseñando y practicando el judaísmo en secreto. El delito más grave que persigue la Inquisición en España es el judaísmo o el judaizante; luego conocerá de otros delitos.

El Santo Oficio de la Inquisición no tenía facultades para aplicar la pena capital, pues las penas de la Inquisición eran de carácter espiritual. Cuando alguien se condenaba, se le conminaba a abjurar (retractarse de lo dicho o lo escrito). Por esto, cuando el sujeto no abjuraba, la persona era entregada al poder civil, quien sí estaba autorizado para aplicar la pena de muerte.

La inquisición también tuvo mucha importancia en el protestantismo; tanto la iglesia anglicana como la luterana crearon sus propios tribunales. La más severa de todas fue la inglesa. De hecho, cuando los mitrados católicos ingleses rechazaron la desvinculación con respecto a Roma (manteniéndose así fieles a la Cátedra de Pedro, conforme al Evangelio), este tribunal mandó a decapitar a todos los prelados.

La Inquisición española también se estableció en América; tuvo sedes oficiales en México y en Lima, y delegados en los demás territorios.

Los indígenas estaban fuera de la jurisdicción inquisicional, ya que fueron declarados personas nuevas en la fe, por lo tanto, podían equivocarse en materias doctrinales. En Chile hubo algunos procesos, que se trataron de judaizantes, siendo derivados a la sede en Lima.

Otra medida que adoptaron los Reyes Católicos, fue la creación de un organismo para combatir la delincuencia, el Tribunal de la Santa Hermandad, que tuvo como misión convertir y frenar la delincuencia rural y en bandolerismo, realizando con éxito su cometido.

Obra legislativa

- a. Ordenanzas Reales de Castilla de 1.454
- b. Pragmática de Madrid de 1.499
- c. Colección de Bulas y Pragmáticas de 1.503
- d. Leyes de Toro u Ordenamiento de Toro de 1.505

a. Ordenanzas Reales de Castilla de 1.454

Este texto es la primera recopilación de leyes reales castellanas de la época moderna.

Alfonso Díaz de Montalvo, por encargo de los Reyes Católicos, redactó esta Ordenanza, que contiene ordenadas por materia las leyes reales dictadas entre 1.348 y 1.484.

Este texto se divide en ocho libros:

Libro I: trata de la religión.

Libro II: leyes de derecho político.

Libro III: leyes de derecho procesal.

Libro IV: leyes sobre derechos de los súbditos frente a la Corona.

Libro V: leyes de derecho civil (familia, herencia, contratos).

Libro VI: leyes de Real Hacienda (impuestos, ingresos, egresos).

Libro VII: leyes sobre derecho municipal.

Libro VIII: leyes de derecho penal (delitos, penas).

Esta obra también se conoce con el nombre de Ordenamiento de Montalvo (por su redactor); fue muy conocida en España y en Europa, pues en España ya se comenzaba a utilizar la imprenta y éste fue uno de los primeros textos jurídicos editados en imprenta.

b. Pragmática de Madrid de 1.499

Fue dictada con el fin de limitar la recepción inorgánica del Derecho Común en España. Esta Pragmática establecía los nombres de cuatro juristas que podían ser citados en los Tribunales; estuvo en vigencia hasta 1.505.

c. Colección de Bulas y Pragmáticas de 1.503

Corresponde a una obra redactada por Juan Ramírez, secretario real del Consejo de Castilla. Se conoce también como el Bulario de Ramírez (por el nombre de su redactor).

Contiene leyes pragmáticas relativas al gobierno, e incluye bulas pontificias referidas a la jurisdicción de los monarcas.

d. Leyes de Toro u Ordenamiento de Toro de 1.505

Son leyes dictadas en Cortes, reunidas en la ciudad de Toro en 1.505. Son muy importantes la primera y segunda ley de Toro (la primera deroga la Pragmática de Madrid y la segunda hacía obligatorio el estudio del Derecho Real de Castilla).

Las Leyes de Toro son en total 83, y fueron redactadas por Juan López de Palacios Rubios; no sólo se refieren a la pugna entre el Derecho Común y el Derecho Real, sino también tratan de otras materias, de carácter civil. Por ejemplo, se regula el matrimonio; la forma de probar el estado civil; se regula la filiación, modificando lo que decían las Partidas, siendo incorporadas a los Códigos, entre ellos el chileno; los hijos se clasifican en legítimos e ilegítimos. Los legítimos son los nacidos y concebidos dentro del matrimonio, quienes tienen plenos derechos hereditarios. Los ilegítimos eran los concebidos o nacidos fuera del matrimonio, que se subclasifican en naturales y de dañado ayuntamiento. Los naturales son los que al tiempo de la concepción o del nacimiento, sus padres podían casarse; tienen derechos hereditarios, pero reducidos frente a un hijo legítimo. Los hijos de dañado ayuntamiento son los que al momento de la concepción o del nacimiento, sus padres no podían casarse (hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos); no tienen derechos hereditarios.

También hay normas que se refieren a la formalidad del testamento, siguiendo los principios romanistas (solemnes y no solemnes).

También se regula la adquisición de los mayorazgos, institución de origen germánica, cuyo objeto era mantener el prestigio social de una familia; para esto, el mayorazgo significaba que ciertos bienes se podían sacar de las leyes generales de herencia, que al quedar amayorzgados quedaban indivisos, siendo administrados por uno de los herederos, designado por la ley (por lo general, el hijo varón mayor). Para fundar un mayorazgo existían algunos requisitos, como el poseer una fortuna importante, para no afectar a los herederos. Las Leyes de Toro establecieron que para elegir un mayorazgo se requería autorización real.

Por último, las Leyes de Toro confirmaron el orden de prelación del derecho castellano, establecido en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348; la única novedad es que este orden lo encabeza el Ordenamiento de Toro:

* Leyes de Toro de 1.505

* Leyes del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348

Las demás leyes reales entre 1.348 y 1.505

* Los Fueros

* Código de las Siete Partidas, de Alfonso X

* El Rey

3. Obra legislativa de la Casa de Austria (1.516 – 1.700)

La obra legislativa de la Casa de Austria comienza con Carlos I de España (o Carlos V de Alemania), que gobernó entre 1.516 y 1.556, ya en la época en que Castilla era la primera potencia mundial, y donde se habían incorporado los Reinos americanos.

La gran obra de España, como dice Unamuno, es ser madre de naciones. A España le debemos nuestro idioma, nuestra religión y algunas de nuestras mejores instituciones. Se llevaron todo y nos dejaron todo, enseñará más tarde Neruda.

Esta época de apogeo continúa, y se afianza en el gobierno de Felipe II, hijo de Carlos I.

Durante esta era, España se convirtió en el valuarte del catolicismo, significándole sacrificios humanos y económicos. En efecto, España protegió al Papa, defendió al catolicismo, luchó contra el protestantismo y se preocupó de la amenaza constante de las ofensivas islámicas sobre Europa, que luego se vio controlada en Lepanto, en 1.571.

La flota islámica asolaba a los puertos mediterráneos, por lo que se organizó una flota cristiana que pusiera fin a estas ofensivas. Juan de Austria, hermano de Felipe II, emprendió esta empresa, formada por franceses, italianos y, principalmente, españoles. Esta armada cristiana, finalmente, derrotó a los musulmanes en la Batalla de Lepanto, donde participó el famoso e ilustre literario de la lengua española Miguel de Cervantes.

Debido a los distintos frentes que España tenía que cuidar, la administración comenzó a entrar en crisis. Este hecho se vio agravado con la inmigración de los varones españoles a las tierras americanas, en su mayoría castellanos, extremeños y leoneses. Fue tan alto el número de inmigración, que en Castilla se produjo un descenso a la mitad de la población masculina en edad fértil. Por esto, los reyes tuvieron que adoptar una política de repoblamiento sobre el territorio castellano, trayendo población desde Austria y Alemania, preferentemente.

Otros monarcas de esta Casa son Felipe III, quien gobierna desde 1.598 hasta 1.621, siendo el último rey de la etapa de apogeo; su sucesor, Felipe IV, quien reina desde 1.621 a 1.665, ya enfrenta una fuerte y grave crisis económica y gubernamental.

Felipe IV no tuvo los recursos para someter a Portugal, por lo que se produce su independencia, siendo el primer indicio de la decadencia de España y de la Casa de Austria. Lo mismo ocurrió con los territorios españoles en Holanda y Bélgica (el llamado Flandes Español).

Esta crisis se agudiza en época de Carlos II, quien gobierna desde 1.665 a 1.700; apodado el Impotente, el Hechizado, gobierna en plena declinación, siendo el último rey de la Casa de Austria que gobernará España.

Carlos II, quien no tiene hijos, elige como sucesor a Felipe de Anjou, mitad borbón (nieto del rey de Francia, Luis XIV) y mitad austria (sobrino del propio Carlos II). De esta forma, Francia quedaba ligada a España, y juntas harían frente al poderío inglés.

Inglaterra, al saber de las pretensiones de Carlos II, apoyó a otros candidatos, incluso comenzó una guerra contra este bloque para evitar la ascensión de Felipe de Anjou. Para dar término a este conflicto, se llegó a la firma del llamado Tratado de Utrecht (1.713), por medio del cual Inglaterra reconocía a Felipe de Anjou como rey de España, pero adquiriría Gibraltar y el derecho de comerciar con los Reinos americanos. Felipe de Anjou gobernará con el nombre de Felipe V.

La principal obra legislativa de los austrias es la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1.567, obra de Felipe II, el Hermoso.

a. Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1.567 de Felipe II, el Hermoso

Este texto es la segunda recopilación de leyes reales de la época moderna.

Al culminar la administración de los Reyes Católicos, se vio necesario actualizar la recopilación de leyes reales anterior, las Ordenanzas Reales de Castilla. A principios del siglo XVI, ya trabaja en esta recopilación Lorenzo Galíndez de Carvajal, por encargo de sus majestades.

Lorenzo Galíndez de Carvajal preparó un proyecto de recopilación que no fue publicado, pero que serviría de base para los trabajos posteriores.

Cuando accede al trono Carlos I de España (Carlos V de Alemania), en 1.517, encargó continuar el trabajo de Galíndez de Carvajal a Pedro López de Alcocer.

Posteriormente, cuando asume como rey de España Felipe II, en 1.556, encomendó una tarea similar a Bartolomé de Atienza, quien será, finalmente, el que concluirá el trabajo de actualización, presentando al rey un proyecto de recopilación de las leyes castellanas, el cual será presentado al Consejo de Castilla, para que haga una revisión a este trabajo jurídico. Es así como en 1.567 esta obra se va a promulgar bajo el título de Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, luego del estudio del Consejo.

Este texto tiene como base las Ordenanzas de Montalvo, y se le añadió la legislación posterior a esta obra jurídica, entre la que destaca las Leyes de Toro.

Esta recopilación ratifica el orden de prelación establecido en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348, pero ahora el primer lugar lo ocupa la propia Nueva Recopilación. El orden es el siguiente:

- * Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1.567
- * Leyes de Toro de 1.505
- * Ordenanzas Reales de Castilla de 1.484
- * Leyes del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348
- * Los Fueros
- * Código de las Siete Partidas
- * El Rey

Es necesario hacer notar el afianzamiento del Derecho Real por sobre el derecho local y el Derecho Común, pues los primeros textos corresponden a material jurídico de Derecho Real, el cual era un objetivo de los monarcas.

La Nueva Recopilación de Leyes de Castilla se estructura en nueve libros; cada uno contiene diversas materias.

Libro I: derecho eclesiástico.

Libro II: fuentes del derecho; la ley.

Libro III: normas sobre tribunales de justicia y sobre los jueces.

Libro IV: derecho procesal (procedimientos judiciales).

Libro V: leyes sobre derecho civil (contratos, familia, sucesiones).

Libro VI: leyes sobre la nobleza, leyes sobre tributos.

Libro VII: leyes de carácter municipal.

Libro VIII: leyes sobre moros y judíos en España.

Libro IX: leyes acerca de la Real Hacienda (ingresos y egresos públicos).

Esta recopilación va a ser complementada por una obra posterior, de origen borbónico, de 1.723, titulada Auto Acordados y Resoluciones del Consejo de Castilla, que contiene los acuerdos del Consejo de Castilla, con valor de ley, especialmente a partir de 1.700. El Consejo de Castilla tiene la facultad de legislar, a través de auto acordados, surgiendo un nuevo tipo de ley real.

Este texto fue obra de Felipe V, el primer monarca borbón de España; esta obra demuestra la importancia que fue adquiriendo el Consejo de Castilla y, en general, todos los Consejos reales, que van desplazando y reemplazando a las Cortes, que dejan de ser citadas para celebrar sus reuniones, lo que da cuenta del fortalecimiento del poder real, con prescindencia de los estamentos, los que pasan a un plano secundario, constituyendo una tendencia generalizada en Europa. Esta situación está íntimamente ligada a las ideas ilustradas; todo para el pueblo, pero sin el pueblo.

4. Obra legislativa de la Casa de Borbón (1.700 – 1.812)

En esta era, gobierna en España una nueva dinastía, la Casa de Borbón, que unió las Coronas española y francesa, conformando un bloque político y económico de relevancia mundial. Felipe V inauguró esta dirección.

Nos encontramos en el período de la Ilustración.

Francia y España van a controlar la mitad de Europa occidental; su presencia se hace sentir en Italia; en la costa africana; en Asia (Filipinas) y en América, desde el Canadá hasta la Tierra del Fuego, logrando expulsar la presencia inglesa de las tierras americanas, apoyando decididamente la independencia de las colonias inglesas de Norteamérica.

Felipe V gobernó de 1.700 a 1.746; le sucedió en el trono Fernando VI, que gobernó entre 1.746 y 1.759, a quien le sucede Carlos III, que reinó entre 1.759 y 1.788, el rey borbón más destacado y el mejor ejemplo de

los reyes ilustrados. A Carlos III lo sucede Carlos IV, a quien le corresponderá hacer frente a la crisis y decadencia de la época borbónica.

Carlos III, a pesar de enfrentar un tiempo de retroceso, se rodeó de hábiles colaboradores, en el ámbito económico y político, como el Marqués de Ensenada y los Condes de Arando y Campomanes, que manejaron las relaciones internacionales, todos impregnados de las ideas ilustradas.

La época borbónica registra dos obras jurídicas de importancia:

- a. Ordenanzas de Bilbao de 1.737 de Felipe V
- b. Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1.805 de Carlos IV

a. Ordenanzas de Bilbao de 1.737 de Felipe V

Este texto es una obra de derecho comercial; se trata de un cuerpo jurídico dictado para regular la actuación del Consulado de Comercio de Bilbao, una ciudad del norte de España, donde existía un tribunal comercial, al igual que en otras ciudades, como Cádiz.

Los Consulados tenían dos funciones primordiales:

- * Son gremios de comerciantes, que se preocupan de apoyar el trabajo de sus asociados y sus intereses.
- * Es un tribunal especial, que resuelve conflictos entre comerciantes.

En estas Ordenanzas se regulan ambas tareas

El texto de Bilbao sirvió como norma aplicable de forma supletoria a todos los Consulados de España y, luego, de América, hasta la época de la Codificación. En Chile se aplicaron hasta 1.865, año en que se dictó el primer Código de Comercio de Chile, teniendo como base el texto de Bilbao.

Las Ordenanzas de Bilbao se dictan teniendo en cuenta varios elementos:

- * Antiguas Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1.560.
- * Ordenanzas de otros Consulados españoles, como el de Burgos, San Sebastián y Sevilla.
- * Textos de derecho comercial francés; Ordenanzas de 1.673 y 1.681, redactadas por Colbert, Ministro de Economía francés.

Esta obra se estructura en 29 capítulos.

Cap. I–VIII: leyes sobre organización y jurisdicción del Consulado.

Cap. IX: los comerciantes; libros contables.

Cap. X: sociedades comerciales; sus obligaciones y derechos.

Cap. XI–XII: contratos del comercio.

Cap. XIII: letra de cambio.

Cap. XIV: otros instrumentos de comercio; vales.

Cap. XV–XVII: la quiebra. La quiebra tiene por objeto proteger los intereses de los acreedores cuando el deudor comerciante está en malas condiciones, lo que hace peligrar el pago de la deuda. Los acreedores pueden pedir a un juez declarar la quiebra del deudor, para que nombre a un tercero que administre el negocio y pague a los acreedores, llamado síndico. El síndico es nombrado por el tribunal, a petición de los acreedores, quien administrará el negocio con el fin de pagar las deudas y, de ser posible, continuar el giro del negocio.

Cap. XVIII–XXIX: regulan el comercio marítimo.

Gran parte de estas normas se incorporaron al Código de Comercio chileno, obra de Gabriel Ocampo.

b. Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1.805 de Carlos IV

Debemos destacar que en esta obra ya se habla abiertamente de España y no de Castilla.

Se denomina novísima para diferenciarla de la obra de 1.567, promulgada por Felipe II, que recogía también las leyes reales de España. Se constituye, así, en la tercera recopilación de leyes reales de la época moderna.

La Novísima Recopilación fue redactada por Juan de la Reguera y Valdelomar, que actuaba como relator en el Tribunal Real de Granada, quien entregó un proyecto de recopilación en 1.802, siendo promulgado en 1.805, luego de haber sido examinado por el Consejo Real de Castilla.

Esta obra se estructura en 12 libros.

Libro I: leyes eclesiásticas y de patronato.

Libro II: leyes sobre tribunales eclesiásticos.

Libro III: leyes relativas al monarca; sus deberes, derechos, obligaciones.

Libro IV–V: leyes sobre tribunales reales (Supremo Consejo de Castilla, Reales Audiencias).

Libro VI: leyes sobre derechos y obligaciones de los súbditos.

Libro VII: leyes sobre gobierno civil y gobierno económico.

Libro VIII: leyes sobre las ciencias, artes y oficios.

Libro IX: normas sobre derecho comercial y derecho de minería.

Libro X: leyes sobre derecho civil.

Libro XI: derecho procesal civil.

Libro XII: derecho penal y procedimiento penal.

Este texto jurídico, asimismo, ratificó el anterior orden de prelación, pero quedó en primer lugar la propia Novísima Recopilación.

* Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1.805

* Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1.567

* Leyes de Toro de 1.505

Ordenanzas Reales de Castilla de 1.484 (Ordenanza de Montalvo)

* Leyes del Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1.348

* Los Fueros

Fueros nobiliarios y personales

* Código de las Siete Partidas

* El Rey

Quedó prohibido usar la costumbre o la doctrina de Derecho Común.

Este orden de prelación se va a mantener en España hasta la época de la Codificación, hasta 1.889, año en que se dicta el primer Código Civil de España.

Este orden también tuvo importancia en América, así como en Chile, rigiendo hasta la época de los Códigos, pues el derecho castellano era supletorio del derecho indiano.

Durante estos años, surgieron algunas críticas en contra de la Novísima Recopilación, por parte de algunos juristas; éstas apuntaban a la anacronía que significaba su promulgación, pues los tiempos que se vivían eran los de la Codificación.

Francisco Martínez Marina, jurista y clérigo, publicó en 1.815 una obra titulada Juicio Crítico de la Novísima Recopilación; entre sus críticas incluía las ventajas de la Codificación y las desventajas de la Novísima, la cual contaba con varios errores, como la incorporación de algunas leyes derogadas y la exclusión de algunas leyes vigentes, así como lo conflictivo de alguna de ellas.

Martínez Marina fue acusado por otros juristas de atacar al monarca, con maliciosos objetivos políticos. Por esto, se encargó al Colegio de Abogados de Madrid un estudio sobre su obra. Finalmente, en 1.819, el Colegio declaró que no había indicio alguno de ofensa en contra del rey en el texto de Martínez Marina, sino que constituía un estudio científico sobre la Novísima Recopilación, dictamen que hizo posible la edición y publicación de esta obra crítica.

En este acápite seguimos las excelentes impresiones del profesor Hugo Tagle Martínez, en Curso de Historia del Derecho Constitucional, volumen I, cuyo descubrimiento, como material extra bibliográfico del curso, nos ha resultado de gran utilidad.

H. Tagle Martínez citando a Aristóteles (Física, IV, 11, 220a).

Derecho islámico, derechos de la India, derecho oriental (chino, japonés), derechos de África, derecho judío y derechos socialistas (correspondientes al ensayo histórico marxista leninista de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –URSS–, en Rusia, Balcanes y parte de la Europa Oriental).

Es necesario señalar que no existe unanimidad en la clasificación de las familias jurídicas en el derecho contemporáneo.

Siguiendo la percepción de la profesora María Angélica Figueroa.

Siguiendo al profesor Itallo Merello.

La cátedra de Historia del Derecho nace alrededor de 1.880, en Europa; se establece en Chile en 1.902, en la Universidad de Chile, y reemplazó al Derecho Canónico. Hace unos ocho años, se ha restablecido el estudio del Derecho Canónico como un ramo optativo, recuperando y reconociendo su valor doctrinario.

El Derecho Romano era, originalmente, un derecho personal, no territorial.

Edicto de Milán, del Emperador Constantino.

Decreto del Emperador Teodosio, apodado el Grande.

Especialmente Tácito (La Germania) y Julio César (Comentario de la Guerra de las Galias).

Definidos posteriormente por Kant como el alma, el mundo y Dios.

San Agustín de Hipona del neoplatonismo y Santo Tomás de Aquino del aristotelismo, principalmente.

Quiere decir época de los Santos Padres, como fueron conocidos los grandes pensadores cristianos, en su mayoría obispos.

Algunos de los expositores de esta postura son Descartes, Hobbes, Leibniz y Grocio (en su mayoría protestantes).

El principio fundamental del positivismo está en afirmar que toda ciencia resulta de la coordinación de los fenómenos sujetos a nuestra experiencia, y que lo absoluto es inaccesible al espíritu humano.

Dentro del positivismo clásico destaca la figura de Hans Kelsen.

Estos pueblos se organizaban básicamente en unidades denominadas, por las fuentes romanas, con los términos *gens*, *gentilitas* y genitivos de plural, cuya real significación aún no es del todo clara, aunque al parecer se referían a organizaciones supra familiares de carácter parental que actuaban como unidades sociales dentro de un territorio definido.

Los íberos pertenecen a la raza sahariense–camita (Cam, hijo de Noé).

Son de raza indoeuropea, descendientes de Jafet, hijo de Noé.

Se ubicaron en los valles del Jalón y Jiloca, márgenes derechos del Ebro, altas cuencas del Duero y la llanura hasta el Tajo.

En la cornisa cantábrica entre los ríos Ansón y Sella.

La ginecocracia o gobierno matriarcal de este pueblo hoy aparece muy desacreditado por algunos autores.

En el valle medio del Duero.

Tartessos fue un Reino territorial situado en la región del Guadalquivir, cuyo centro político era la ciudad de Tartessos.

Tesis sostenida por A. Schulten.

Otros reyes conocidos son Gerón, que enfrentó a los persas; Gárgoras, a quien se le atribuye el inicio de la apicultura; Habis, hijo incestuoso de Gárgoras, inventor de la agricultura; Norax, fundador de la ciudad de Nora en Cerdeña, y Argantonio, el último rey de Tartessos.

Específicamente en el Libro de los Reyes.

Tartessos mantuvo un activo comercio; rica en plata, explotaba el hierro, conocía el estaño y trabajaba la cerámica bruñida; celebró rituales mixtos de incineración e inhumación; tenía un alto nivel cultural y contó con un alfabeto propio.

Los pactos de hospitalidad son conocidos en latín como *Hospitium*, y cada una de las partes como *hospes*.

Los *tesseras* eran documentos portátiles de bronce o plata, que tenían formas figuradas de animales como caballos, jabalíes, delfines, formas geométricas, o manos entrelazadas, de las que cada parte comprometida conservaba la mitad.

La llamaron *Devotio Iberica*.

La *Devotio* es atestiguada por numerosas fuentes: Diodoro de Sicilia, Polibio, Julio César, Tito Livio, Apiano, Plutarco, Floro, etc.; la devotio se fundamentaba sobre el *fides*, donde existía un *patronus* y un *devotus* o *soldurius*.

En la estrecha franja que se extendía desde el Monte Carmelo hasta las pendientes Meridionales del norte del Monte Bargilio. Los fenicios pertenecen a la raza semita (Sem, hijo de Noé).

Gadir significa fortaleza.

También está Utica, en el golfo de Túnez (siglo XI a.C.), Morro de Mezquitilla (estuario del río Algarrobo), El Villar y Las Chorreras.

Los fenicios desarrollaron la industria del hierro, la explotación de la plata, la cerámica torneada; confeccionaron figuras de bronce torneada, con un arte sumamente realista; fueron un pueblo con una variedad de cultos religiosos, con una proliferación de objetos de culto.

El impuesto era destinado al culto del dios Melkart, divinidad protectora de la navegación y factorías.

Rodas estaba enclavada en el mediterráneo oriental, y era una de las muchas islas de la Hélade.

Los romanos la conocieron como *Cartago Nova* (Cartagena); al igual que fenicios, los cartagineses son de raza semítica.

En la I Guerra Púnica (241 a.C.), los cartagineses fueron obligados por los romanos a retirarse de sus posesiones en Cerdeña, Córcega y Sicilia.

Son 21, como la compra venta, el mutuo, el comodato, la permuta, el arrendamiento, entre otros.

Cada una de las Provincias, desde el siglo I d.C., fue dividida en conventos, que parecen eran circunscripciones de carácter judicial; Lusitania (el Emeritense, el Pacense y el Escalabitano); Baetica (el Gaditano, el Cordobense, el Astigitano y el Hispalense); Tarraconensis (Cartaginense, Tarraconense, Cesaraugustano, Cluniense, el de los Astures, el Lucense, el de los Brácaros)

Las Diócesis eran circunscripciones más amplias que una Provincia (*pro vincere*), confiadas a un *vicarius*, auxiliado por un *officium* dirigido por un *princeps*; éstas fueron: Oriente, Asia, Ponto, Tracia, Pannonia, Britania, Galias, África, Vienense, Italia e Hispania.

Eran nuevas divisiones que agrupaban a la Diócesis y Provincias, a cargo de un prefecto.

Italia (Italia, África, Ilírico Occidental y Roma); Galias (Galias, Britania, Vienense e Hispania); Oriente (Oriente, Egipto, Asia, Ponto, Tracia) e Ilírico (Dacia, Acaya, Macedonia).

Emérita Augusta fue una de ellas.

El *ius lati minus*.

El origen de la latinidad menor está en la historia de Roma.

Cuando los romanos comenzaron a conquistar los territorios cercanos a Roma, se encontraron con la población latina (la del Lacio), a la que sometieron. Como le otorgaban el Derecho Romano parcialmente, se decía que otorgaban el derecho de latinidad.

Eran una especie de juez de policía local

Aquellos libertos que durante su esclavitud cometieron un delito por el cual fueron castigados con pena infamante.

Otros autores opinan que este grupo también estaba integrado por los habitantes de las antiguas ciudades vencidas.

El terrateniente que habitaba en su *villa* se reservaba las tierras que la rodeaban para explotarlas directamente (*terra dominicata*), y las restantes propiedades de su latifundio (*saltus*) las cedía a colonos o arrendatarios (*terra indominicata*), a cambio del pago de una renta (*censum*) y de la obligación de trabajar personalmente (*opera et iugera*) ciertos días en las labores agrarias de la *terra dominicata*.

Tesis del romanista alemán Heinrich Brunner (1.880); habla del Derecho Romano vulgar con los términos *vulgar recht*.

En síntesis, su pensamiento plantea que, tal como el latín salió de Roma y comenzó a hablarse en otros lugares, dando vida a nuevas lenguas, de la misma forma el Derecho Romano sufrió transformaciones en su aplicación en las Provincias.

En la zona oriental del Imperio no hubo vulgarización, pues fue frenado por Justiniano (siglo VI d.C.), producto de una política oriental que tuvo como objeto rescatar el Derecho Romano clásico y post clásico, llegando a la elaboración del *Corpus Iuris Civilis* (Cuerpo del Derecho Civil Romano –535 d.C.–).

Esta es la parte que, principalmente, nos interesa.

Los visigodos habían sido convertidos al arrianismo por Wulfilas (c. 311 d.C. – 383 d.C.), obispo homeísta de origen gótico.

También conocemos de la creación jurídica de otros pueblos germanos; *Edictum Theodorici* (500 d.C.), de Teodorico el Grande, entre los ostrogodos; *Lex Burgundionum* (500 d.C.), de Gundobrado, rey de los borgoñones; *Lex Salica* (508/511), de los francos sálicos; *Lex Ripuaria*; *Lex Alamannorum* (712/725); *Lex Baiuvariorum* (743/744).

Fue encontrado por los monjes Maurinos del monasterio de *Saint Germain des Prés*.

El contenido de la Hispania es de 5 Concilios generales, de los particulares de Ancira, Neocesárea, Gangres, Antioquía, Laodicea y Sárdica; de 9 Concilios africanos; de 17 de Francia; y de 36 hispanos (Elvira, Tarragona y Gerona, 3 de Zaragoza, Lérida y Valencia, 17 de Toledo, 3 de Braga, 2 de Barcelona, Huesca, Egara y Mérida). Además recogía 103 Decretales de los Pontífices entre San Dámaso y San Gregorio Magno.

Tarik ben Zijad.

Provincia islámica de África, dependiente del califato de Damasco.

Su nombre real era Muhadmad Ibn Abdallah Al Koraichi (Muhadmad hijo de Abdallah de la tribu koraichita).

El valí al-Hurr (716 – 719) llamó a la Península Ibérica *bilad al-Andalus* (país de al-Andalus).

Abd al-Rahman I se proclamó emir del Al-Andalus; era nieto de Hisham, califa de Damasco.

Abd al-Rahman III se proclamó en el 929 califa y príncipe de los creyentes.

Nombre que le otorgará Santo Tomás de Aquino a Aristóteles.

Cristianos y judíos son protegidos del Islam (*ahl al-dhimma* o *dhimmies*).

La tarea fue asignada a Zaid ben Tabit.

De las 114 *suratas*, 70 Fueros dictadas en La Meca y las restantes en Medina; tienen las *suratas* 621 divisiones, llamadas *aschar*, que en total suman 6.236 versículos (milagros o aleyas).

Castilla de castillo, y éste de *castrum*, que significa fortaleza.

Las Instituciones o *Institutas* de Justiniano corresponden a las *Institutas* de Gayo; fue una obra dedicada al estudio para escolares o estudiantes de derecho, pues recibieron el carácter de ley. El *Digesto* de Justiniano o *Pandectas* (lo que está arreglado metódicamente –latín– y que lo comprende todo –griego–) contiene las obras de los juristas romanos, ordenados por materia, reuniendo en 50 libros las opiniones de los jurisconsultos y de la jurisprudencia de Roma. El *Codex* o Código de Justiniano es una recopilación de constituciones imperiales romanas hasta el 438 d. C., reuniendo en 12 libros el contenido de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, sin prefacios. Las *Novelas* de Justiniano es una colección de edictos imperiales publicados después del Código Teodosiano, agrupando las constituciones imperiales del 438 d. C., al 535 d. C..

Fue editado en cinco volúmenes, que contenían los siguientes textos.

Primer volumen: *Digestum Vetus*.

Segundo volumen: *Digestum Novus*.

Tercer volumen: *Infortiatum*.

Cuarto volumen: *Codex*.

Quinto volumen: *Institutiones*, *Tres Libri*, *Authenticum* (Novelas), *Libri Feudorum*, Constituciones Extravagantes, Paces de Constanza.

La glosa es una exposición de la sentencia y de la misma letra, que no sólo atiende a la sentencia, sino también a las palabras (Huguccio de Pisa). Es una explicación gramatical, filológica, o de significado de alguna palabra del texto, para facilitar su comprensión.

Constituye un nuevo trabajo teológico y filosófico, con amplio desarrollo de la dialéctica escolástica.

Monje camaldulense y profesor de teología en la Universidad de Bolonia; su obra también recibe el nombre de *Concordantia discordantium canonum*.

Enrique de Susa, cardenal de Hostia, manifestó que Cristo, al asumir la naturaleza humana, había sido constituido rey del universo. Consecuentemente, los príncipes entonces existentes habrían perdido sus derechos los que se transfirieron al Salvador. Éste, a su vez, constituyendo jefe de la Iglesia a Pedro, le transmitió sus derechos, que pasaron de éstos a sus sucesores los papas.

Conocida también como *Liber Extravagantium* o *Breviarium* o *Libellus*.

La obra también recibe la denominación *Usus Feudorum* o *Consuetudines* Feudales. Fue redactado por Oberto de Orto.

En síntesis, el Derecho Común tiene dos tipos de fuentes:

a. Canónicas

El Antiguo y Nuevo Testamento; las obras de los Padres de la Iglesia; las Epístolas o Decretales de los Papas; los acuerdos de los Concilios Ecuménicos, especialmente el I, II y III de Letrán, celebrados en el siglo XII; los libros penitenciales del siglo XI, que contienen catálogos de los pecados más frecuentes de los fieles y su sanción. De España se reconocen tres: el Albedense, el de Córdoba y el Silence.

b. Romanas

El *Corpus Iuris Civilis*; el Epítome de Juliano (compendio de las 125 Novelas de Justiniano, que hizo Juliano en el año 529 d.C., también conocido como *Liber Novellarum*); el *Liber Iudiciorum*.

También se cuenta como fuentes el Derecho Feudal Lombardo y el Derecho Estatutario Italiano.

El planteamiento político que está de fondo es el ideal unitario del Imperio, reconstruido en Occidente en plena Alta Edad Media con Carlo Magno, el Sacro Imperio Romano de Occidente, que ahora comprendía el orbe romano cristiano. Esto dos dominios, el del Imperio y el de la Iglesia, coincidían y se integraban, ninguno habría podido pensarse con prescindencia del otro. Como uno es el Imperio, uno debe ser el derecho.

En la época existían dos tipos de tribunales y jueces; los jueces reales eran nombrados por el rey, y aplicaban las leyes reales; los jueces locales dependían del municipio, eran llamados alcaldes, y aplicaban las leyes locales, es decir, los Fueros.

En latín, *Haec Domus Dei et Porta Celi*; Casa de Dios y Puerta del Cielo, en castellano. La frase corresponde a la Biblia, se encuentra en el libro del Génesis, capítulo 28, versículo 17.

Es preciso y necesario hacer resaltar que ambos textos corresponden al siglo XIII, lo que nos lleva a reflexionar sobre la sesgada afirmación de la pobreza de la Edad Media y del oscurantismo de la época.

Mateo 21,13.

Paradójicamente es el mismo día en que Colón zarpó desde el Puerto de Palos, lo que alimenta la tesis de algunas personas que señalan el origen judío del navegante genovés.

51

Digesto
