

REF
D340.03
P226d

10-25-x-78

C
K3
D3
V.1

ES PROPIEDAD DE LOS AUTORES.



FSRM

3234

INTRODUCCION.

Le droit est le souverain du monde.

MIRABEAU.



A invencion del microscopio que descubrió un mundo nuevo al estudio de las ciencias naturales, reveló con la existencia de los infinitamente pequeños, la de una suprema ley de la naturaleza, cuya extension é importancia no son aún bastante conocidas. A los infusorios está encargada la más rápida, la más activa de las procreaciones, que llega á tanto, cuanto á comprender no alcanza la humana inteligencia, y bajo su poderoso influjo, de las osamentas intangibles de esos séres que á pesar de tener una organizacion complicada y perfecta, no se hacen perceptibles al más delicado de nuestros sentidos, se han formado los materiales con que se fabricaron esos monumentos colosales, que se llaman las Pirámides de Egipto, que son las infinitamente grandes de las construcciones de piedra levantadas por la mano del hombre sobre la tierra.

Obedecen, pues, á esa ley de actividad, que parece estar en razon inversa de la importancia gerárquica de los séres, los que emprenden la formacion del "Diccionario de Derecho y Administracion;" pero no pretenden con ello ni erigir un monumento á la ciencia, ni ménos inscribir sus nombres en su portada, como título de veneracion y respeto legado á las generaciones que les sucedan: quieren solo, cediendo á las inspiraciones de su juventud, agrupar materiales que más tarde los infinitamente grandes, los hombres de verdadero génio científico, vengán á aprovechar, buscando y encontrando la fórmula sencilla del derecho y de la justicia, del pensamiento claro de la unidad jurídica, que los redactores de este Diccionario no pueden alcanzar, estando, como están colocados, no en la cima, sino al pié de la montaña, y siendo su humilde mision la de clasificar en el órden, nada ideológico por cierto, de las letras del alfabeto, el inmenso material de la ciencia del derecho.

Pero si, convencidos como lo están de su pequeñez, hacen el sacrificio de su personalidad, del todo absorbida por la idea dominante de la obra que emprenden, ántes de dar principio á sus trabajos, como el minero que al ir á hundirse en el seno de la tierra, levanta la cabeza para mira al sol y respirar el aire de los campos, pretenden en la portada de su libro dirigir una ojeada rápida

y retrospectiva al conjunto de la ciencia, y diseñar en ella un cuadro á vuelo de pájaro, en que quede al ménos indicado el origen tradicional, la índole actual y la marcha progresiva del derecho mexicano en sus diversas formas, revelando en la más sencilla posible, la base de esos conocimientos, que hasta hoy han constituido una ciencia oscura y misteriosa, reservada á un pequeño número de seres privilegiados, y que en lo de adelante estará desde luego al alcance de muchos, y más tarde será como lo deseamos y pretendemos, la santa ciencia del hogar y de la familia.

I.

Si para buscar datos que sirvan á la solución de alguno de los problemas sociales, que afectan á la manera de ser de la más numerosa de las razas que pueblan nuestro suelo, útil sería, en investigaciones arqueológicas, remover los escombros de la conquista española en América, para nuestro objeto sería tan ímprobo trabajo, estéril en resultados, porque nada existe hoy ni en nuestras leyes, ni en nuestras costumbres sociales, de las que regían los imperios y repúblicas sobre cuyas ruinas se asentó la colonia que se llamó la Nueva-España.

Y en verdad que no contradice tal aserto el buen deseo expresado en la Real Cédula en que el emperador Carlos V, en el año de 1555 mandó "que las leyes y buenas costumbres que *anti-guamente tenían los indios, se quedasen y ejecutasen* en cuanto no se opusieran á la religion católica "y á las nuevas leyes;" (1) porque si mucho en efecto tuvo de odiosamente especial el régimen administrativo, tributario y municipal de los indígenas, ante la cruz del misionero, y bajo la espada del soldado ó el látigo del encomendero, nada quedó de la legislación del pueblo vencido, y las tradiciones de nuestro derecho es necesario ir á buscarlas en las fuentes y orígenes del derecho español, unificado en el Código de las Partidas, que implantó en España el elemento filosófico del Derecho Romano, y el teocrático del Derecho Canónico, en lucha con los fueros de las Provincias, con las tradiciones góticas de los Concilios de Toledo y con los restos del feudalismo, combatido por el poder absoluto de los reyes de derecho divino. Poder personificado en esa figura sombría, que al través de tres siglos proyecta aún su silueta amenazadora sobre España, y que se llamó el Católico Rey Don Felipe II.

Así, pues, habremos en este estudio preliminar de ocurrir á esos orígenes del derecho español, pero para ello no es de nuestro propósito detenernos á referir la historia interna ni externa, ni á desentrañar el espíritu de ese gran libro formado entre el rumor de las armas de Belisario, que conocemos con el nombre de *Corpus Juris Civilis*, ni ménos apreciar la influencia civilizadora del Decreto de Graciano, ni de la Gran compilación del santo monje de Peñafort, que elevó á la categoría de ciencia, en las escuelas de Bolonia y de París, la legislación especial de la Iglesia Romana. Los derechos Romano y Canónico, cuyo estudio histórico y sintético es en nuestro concepto de todo punto indispensable al jurista, no son de necesidad absoluta para el jurisperito. Baste conocer cómo esas legislaciones se infiltraron y aclimataron en la mayor parte de las legislaciones modernas, para no tener que divagarnos en altas cuestiones históricas y científicas que nos apartarían de nuestro principal objeto.

Sabido es que, por un fenómeno no reproducido en los tiempos modernos, al caer el imperio romano destrozado por el rudo empuje de los bárbaros, dejó á los conquistadores en una gran parte de la Europa meridional, si no la íntegra herencia de su civilización, sí las raíces de su idioma y el gran monumento de sus leyes. Y la Roma vencedora, la Roma de los Papas, la Roma sucesora de la corte de los Césares, levantando el Vaticano frente al Capitolio, la Basílica frente al Forum, y el Decreto, las Decretales y las Extravagantes ante la Instituta, las Pandectas, el

(1) Ley 4, tít. 1, lib. 2, Recop. de Indias.

Código y las Novelas, conservó en el fondo las tradiciones de la Roma pagana, que se transparentan hasta en las formas de la nueva religion, remedo de sus antiguas fiestas, de sus ritos y de sus primeros dioses. Esos dioses fueron derrocados ántes que por las armas de los bárbaros y las predicaciones apostólicas, por el ateísmo racionalista de una sociedad, que tuvo por intérprete á Lucrecio, quien levantó esa bandera que flamea en las horas de agonía de las civilizaciones, que en nuestros tiempos se enarbola por manos audaces, y que pretende derrocar al Dios que ha presidido á nuestra civilización:

RELIGIONUM ANIMOS NODIS EXSOLVERE PERGO. (1)

En España, Roma implantó más profundamente tal vez que en otra parte sus costumbres, sus usos y sus leyes, que sobrevivieron á su dominación, bajo la de los suevos, de los alanos y de los vándalos, y solo más tarde bajo la de los godos Eurico pretendió, según el testimonio de San Isidoro, introducir las leyes de su raza en una compilación, que no ha llegado hasta nosotros. Pero poco después, bajo el infeliz reinado de Alarico II, por orden de éste se formó una compilación de leyes romanas que había de regir á los vencidos, Código que tomó los diversos nombres de Breviario Alariciano, Breviarium Aniani, Lex Romana y Autoritas Alarici. Formábase este Código de 16 libros del Teodosiano, de las Novelas de los emperadores Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo, y del *Jus* ó doctrina de los jurisconsultos, cuyas fuentes fueron las Instituciones de Gayo, cinco libros de las sentencias de Paulo, dos títulos del Código Hermogeniano y trece del Gregoriano.

Este cuerpo de leyes, formado de tales elementos, no dejó sin embargo huella alguna especial, que pudiera aprovecharse en los tiempos posteriores, y fué necesario un cambio radical en la manera de ser de la monarquía gótica, para que en la legislación y en las costumbres se marcaran caracteres distintivos, que la una y las otras han conservado hasta hoy, y que ejercieron, como veremos más adelante, una influencia poderosa en España y aun al ser trasplantadas á las colonias de América.

La monarquía gótica hasta Leovigildo, había tenido por base la elección de los grandes, elección que siempre, con pocas excepciones, estuvo contrarrestada por el puñal de los asesinos. Leovigildo hizo el más poderoso ensayo de la monarquía hereditaria. Entre vencedores y vencidos, hasta Recaredo, existió un elemento de división, que en los primeros tiempos no produjo efectos trascendentales. Arrianos los primeros, Romanos los segundos, conservóse sin embargo entre ellos el equilibrio, hasta el punto de crear algo que se parecía á la tolerancia religiosa. Recaredo, siguiendo las huellas de su hermano Hermenegildo, aunque no como éste, revelándose contra su padre, abjuró el arrianismo, y dió origen á la prepotencia eclesiástica en los negocios del Estado, á la influencia clerical en los destinos de la monarquía, que si dió como producto legislativo el célebre Código llamado LIBER GOTHORUM, CODIX LEGUM, FORUM JUDICUM ó FUERO JUZGO, concluido en el 16º Concilio Toledano; si en él se estableció el gran principio de la supremacía del derecho y de la ley sobre el poder de los reyes, preparó y consumó la ruina de la Monarquía Gótica, que años más tarde se hundió en las márgenes del Guadalete, bajo la doble traición de un noble y de un obispo de la Iglesia Romana.

El Fuero Juzgo, monumento el más notable de su época, que si ha sido calificado de manera desfavorable por el autor del "Espíritu de las Leyes," ha merecido las alabanzas de Cujas, Gibbon, Ferrand y Guizot, fué redactado originariamente en latín, como lo fueron las actas de los Concilios Toledanos; y si en él se encuentran algunos elementos de las costumbres germánicas, en mayor número se hallan las leyes romanas y los Cánones conciliares. Divídese en 12 libros y un título preliminar, en los que se desarrolla un sistema completo de legislación civil y penal,

(1) Lucrec., lib. 1. De rerum natura, ver. 931.

basado en el gran principio de la supremacía de la ley sobre todas las gerarquías sociales. Los orígenes germánicos de ese Código, hoy más que antes es fácil distinguirlos de los romanos y canónicos. Allí está el elemento germánico al organizar la familia, al establecer la base legal de los orígenes, y al castigar al adúltero y al sodomita; allí está el elemento romano al fijar la extensión y objeto de la ley, la misión judicial, los grados del parentesco, la regla de las sucesiones y el respeto á la cosa juzgada; y allí está el elemento canónico al establecer la protección de la ley penal á los extranjeros, al recomendar como origen de atenuación de la pena el perdón del ofendido, y también al reglamentar el tormento como medio de prueba, y al dictar leyes de crueldad sin nombre contra los herejes y judíos.

Quiérese probar por algunos que este Código estuvo en activa aplicación, en los siglos posteriores al principio de la dominación árabe. En efecto, el conquistador musulmán no trajo al pueblo vencido otra ley que el Korán; en el siglo IX se hace mención del Forum Visigothorum en el Concilio de León, y algunas otras menciones de él, se encuentran en documentos de los dos siglos siguientes, aunque un respetable historiador pretende que fué derogado en tiempo de Don Sancho el Mayor; pero tales datos no son en nuestro concepto, bastantes para considerar el Forum Judicum, como una legislación usual y única. Es indudable que á la caída de la Monarquía Gótica, la fusión entre vencidos y vencedores no estaba muy adelantada; que esa ley de fusión y de unidad encontró resistencias sordas en la raza dominada y que ésta no guardó, ni pudo guardar entre sus tradiciones las de un Código que precedió muy poco á la conquista sarracena, y que era muy poco á propósito para regir á un pueblo que emprendía una doble lucha de emancipación contra la influencia gótica y contra la dominación musulmana. Es lo cierto que si el Fuero Juzgo fué la ley única en los principios de la restauración, no hubo ni oportunidad, ni deseo de aplicarla y que los fueros, muy poco después, cuando la nobleza, las behetrías y las villas de realengo vindicaron para sí derechos opresivos, pero que las daban fuerza y vigor, pusieron en completo desuso ese Código, que tan poco rigió en el centro de unidad que procuró crear. Al iniciarse la lucha del poder real con la nobleza, como principio de ella, fué cuando se pretendió poner en vigor el Fuero Juzgo. El rey Don Fernando III el Santo, en la confirmación de los Fueros de Toledo y Córdoba, lo declaró por ley, y mandó que con tal objeto se tradujese en la forma en que ha llegado hasta nosotros. Era la antigua ley opuesta á la nueva.

Y esa nueva ley, que nacida de esa sociedad turbulenta, nos puede en su estudio histórico, dar la medida en extensión de tiempo y territorio, de la vigencia del Fuero Juzgo, es sin duda el FUERO VIEJO DE CASTILLA, formado de disposiciones que tuvieron origen, medios y fines exclusivamente indígenas. Sus leyes son las *costumbres* de esa raza vigorosa que crecía en lucha incesante con los conquistadores sarracenos, raza que en su nueva manera de ser, sobre las ruinas de la Monarquía Gótica, guerrera antes que política y legisladora, produjo ese linaje de nobleza española, tan arrogante como atrevida, tan audaz como insolente, que fundó en cada provincia conquistada una entidad soberana, que se llamó el reino de Castilla, ó el de Aragón, ó el de León, ó el de Navarra. A vuelta de ellos estaban los Municipios con sus fueros y privilegios, y sobre ellos una sombra de poder, que no fué como por algún escritor de nuestros días se pretende, el centro de una federación, sino el de un feudalismo, ménos prepotente sin duda que en el resto de Europa por la influencia que sobre él ejerció esa guerra de reconquista que duró siete siglos, pero no por ello ménos caracterizado.

La leyenda fantástica que ha prevalecido sobre el criterio filosófico, más que en otra en la historia de España, que á la batalla del Guadalete dá las proporciones de una guerra de independencia, que de Don Pelayo hace un rey homérico, y del conde de Castilla, Fernando González, el tipo más acabado del noble batallador, atribuye la formación del Fuero Viejo al Conde Don Sancho García ó Garcés, contra el monumento histórico más auténtico que pudiera desearse y que se halla al frente de ese Código. Dícese en él que el año de 1250 (ó sea 1212); el rey

Don Alfonso VIII, fué solicitado por los Concejos (Municipios) y por los *fijosdalgo y ricos homes* de Castilla para que les confirmase sus cartas y privilegios, lo que así se hizo respecto de los primeros, aplazándose respecto de los últimos, con pretexto de reservarse el rey revisar la colección formada y que lo fué de las *historias é de los buenos fueros, é de las buenas costumbres é las buenas fazañas*. Esa colección, con sobrado motivo, no alcanzó la confirmación real; pero ello no obstante, estuvo en vigor hasta que Don Alfonso, llamado el Sábio, dió el Fuero Real á los Concejos de Castilla, pretendiendo con él uniformar la legislación, y fundiendo en ésta la especial y de privilegio de la nobleza y la no ménos excepcional de los Obispos y Abades de Monasterios. Pero los ricos homes y fijosdalgo no contentáronse con tal reforma y clamaron y alborotaron la tierra en defensa de sus antiguos fueros, y el rey hubo de ceder, derogando respecto de ellos el Fuero Real y siguiendo en uso el VIEJO, que alcanzó de esta manera una confirmación ménos explícita, pero más en mengua del poder real, que la solicitada de Don Alfonso el VIII. Más tarde (1356) Don Pedro, apellidado el Cruel ó el Justiciero, revisó la colección y concertó el Código, dividiéndolo en cinco libros para que *mas aina se fallase lo que en ese libro es escrito*.

Si el Fuero Juzgo fué, en nuestra opinión, más bien el programa legal de la raza goda aliada con el poder clerical para dar unidad y vigor á su conquista, que la legislación usual del pueblo español; el Fuero Viejo es el trasunto legal de la manera de ser social de ese pueblo, que indiferente contempló la ruina de la monarquía gótica, que fraternizó al principio con los nuevos conquistadores, y que en la guerra después con éstos sostenida, creó los elementos de existencia que esos códigos nos revelan y en la que ante la personificación mítica del poder real, se proyecta la del hijodalgo, la del Obispo y del Abad, la del Concejo, y en último término la del vasallo, villano y solariego.

Eran derechos inalienables del rey, la *justicia* suprema ó entre los nobles; la *moneda forera* que le pagaba el reino; la *fonsanera* ó tributo que debían pagar los que, estando obligados á ir á hueste, no podían concurrir personalmente á ella, y *sus yantares*, es decir, el mantenimiento del rey y de su comitiva, cuando iba de camino visitando ó haciendo justicia por su reino. Los derechos de la nobleza extendíanse á tanto, cuanto no se opusiesen á los del rey; pero aun respecto de éste, les era reconocido el derecho exorbitante de *desnaturarse*, (1) esto es, de renunciar á la naturaleza del reino, irse con sus vasallos de la tierra, de tomar otro señor que más les agradase y hacer la guerra á su mismo rey y á su mismo país. Y aun por lo que mira á ese derecho de justicia suprema, muy menguado debía ser cuando el derecho de *guerra* de los fijosdalgo entre sí, era tan inherente á su calidad de tales, que fué preciso reglamentarlo, dando forma legal al *desafiamiento*, derecho de vengarse de las injurias recibidas y de hacerse justicia por su propia mano, que hacía desaparecer ese fantasma de justicia suprema, y que quedó consignado no solo en el Fuero Viejo, (2) sino reproducido en el Fuero Real, en el Ordenamiento de Alcalá, en las leyes de Partida, en las Ordenanzas Reales y en la nueva Recopilación de Castilla. Ese derecho de la turbulenta nobleza española de la Edad Média, es el que se invoca en nuestros días, por los que creen pertenecer á una sociedad democrática y tienen por escudo de armas la enseña republicana.

Los fueros municipales, en mucho debilitaban ese poder de la nobleza, y los derechos de Abadengo en cierta manera neutralizaban también su vigor, especialmente en el centro de las ciudades, que una vez reconquistadas, no podían guardarse por las huestes, que no eran bastante numerosas para dejar guarniciones regulares en cada una de ellas. Pero no era tan cómoda la situación del solariego: "Esto es fuero de Castilla, dice una ley del Fuero Viejo, que á todo solariego puede el Señor tomarle el cuerpo é todo cuanto en el mundo oviese; é él non puede

(1) Ley 3, tít. 8, lib. 1º

(2) Leyes del tít. 5º