

VIGENCIA DE LAS PARTIDAS EN CHILE

BERNARDINO BRAVO LIRA
Academia Chilena de la Historia
Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN

En 1984 se cumplen siete siglos de la muerte de Alfonso x, uno de los más grandes reyes de Castilla. Con este motivo se recordará, sin duda dentro y fuera de España, la obra de este monarca que mereció el dictado de El Sabio. Dentro de ella sobresalen las *Siete Partidas*, que tienen particular significación para Hispanoamérica.

Las *Partidas* son el cuerpo jurídico que ha tenido más larga y más amplia vigencia en América hispana. Se introdujeron junto con el derecho castellano en América española y junto con el derecho portugués en Brasil, desde los inicios mismos de la expansión de España y Portugal en el Nuevo Mundo. Y rigieron hasta la época de la codificación, que se inicia en 1822 con el primer código penal español y puede estimarse terminada en 1916 con el código civil brasileño. Así, pues, las *Siete Partidas* se han aplicado en América por espacio de más de cuatro siglos, desde fines del siglo xv hasta comienzos del siglo xx.

En las páginas que siguen nos ocuparemos de la vigencia de las *Partidas* en Chile, pero lo que aquí observamos vale también *mutata mutandis* para el resto de Hispanoamérica, incluido Brasil.

I. EDICIONES OFICIALES

Cuando las *Siete Partidas* se introducen en América su texto estaba ya fijado. Incluso había aparecido por primera vez impreso, en la edición con glosa de Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499) que

se hizo en Sevilla en 1491, es decir del año anterior al descubrimiento del Nuevo Mundo.

Esto nos dispensa de tratar de la elaboración de las *Siete Partidas* y de las sucesivas versiones de la obra¹. En todo caso, está fuera de duda que el autor de la versión original fue Alfonso X, cualquiera que hubiere sido su participación directa en la redacción de ella. Así sucede, por lo demás, con grandes obras de este género. Las leyes y los códigos se atribuyen al monarca o al gobernante que los dictó, aunque se sepa que no intervino personalmente en su redacción. Tal es, sin ir más lejos, el caso del *Corpus iuris civilis* que se atribuye a Justiniano, aunque en gran parte recoja material anterior y su elaboración se haya realizado bajo la dirección de Triboniano.

Pero las *Partidas* tienen, además, el sello de Alfonso X. Son una obra análoga al *Libro del Saber de Astronomía* y a la *Grande e General Estoria*, que se propuso elaborar el rey sabio.

La edición de las *Partidas* más usada en Hispanoamérica no es la de Montalvo, de que hemos hecho mención y de la que se lanzaron hasta 1528 ocho reimpresiones. Ella fue desplazada por la de Gregorio López (1496-1560) también con glosa que recibió sanción oficial por real cédula de 7 de septiembre de 1555 y se publicó en Salamanca ese mismo año. De ésta se hicieron, hasta 1855, no menos de quince ediciones².

¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El 'Libro de las Leyes' de Alfonso el Sabio. Del espéculo a las Partidas*, en: *Anuario de Historia del Derecho español*, en adelante AHDE, 21-22, Madrid 1951-52. El mismo, *Los enigmas de las Partidas* en: Instituto de España VII Centenario de las Partidas del Rey Sabio, Madrid 1963. El mismo, *Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X* en: AHDE 46, Madrid 1976. El mismo, *Obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis* en: AHDE 54, Madrid 1984. GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Los manuscritos jurídicos medievales de la Hispanic Society of America*, en: *Revista española de Derecho canónico* 18, Madrid 1963. El mismo, *Un nuevo Códice de la Primera Partida de Alfonso el Sabio. El ms. HC 397/573 de la Hispanic Society of America* en: AHDE 33, Madrid 1963. ARIAS BONET, Juan Antonio, *Manuscrito de las Partidas en la Real Colegiata de San Isidoro de León*, en: AHDE 35, Madrid 1965. El mismo, *Un epitome de las Partidas: el ms. 140 de la Biblioteca universitaria de Valladolid*, en: AHDE 38, Madrid 1968. El mismo, *El códice solense de la primera Partida*, en: AHDE 40, Madrid 1970. El mismo, *Nota sobre el códice neoyorkino de la primera Partida*, en: AHDE 42, Madrid 1972. El mismo (editor) *Alfonso X el Sabio, Primera Partida según el manuscrito Add. 20.787 del British Museum*, Valladolid 1975, con un estudio sobre *La primera Partida y el problema de sus diferentes versiones a la luz del manuscrito del British Museum*, p. XLVII a CIII. IGLESIAS FEIRREROS, Aguilino, *Alfonso X el Sabio y su obra legislativa* en: AHDE 50, Madrid 1980.

² Hay una edición facsimilar de la primera de López, Madrid, 1974, 3 vols.

Como es sabido, a comienzos del siglo XIX la Real Academia de la Historia publicó una nueva edición de las *Partidas* a la que se declaró también auténtica por real orden de 8 de marzo de 1818. En consecuencia, a partir de entonces se pudieron invocar ante los Tribunales indistintamente las dos ediciones. No obstante, de hecho se prefirió la de López, como lo demuestran sus múltiples reediciones y en particular la de *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, hecha por la imprenta La Publicidad, en Madrid de 1847 a 1851 y reimpressa en 1872-73³. Esta colección circuló en España y en toda América española. Aún hoy no es raro encontrarla en bibliotecas de abogados, jurisconsultos, jueces, academias de práctica forense y facultades de derecho hispanoamericanas.

II. APLICACIÓN Y VIGENCIA DE LAS PARTIDAS EN AMÉRICA

El fundamento de la aplicación de las *Partidas* en América española es la vigencia en estos países del derecho castellano, del cual la obra alfonsina forma parte. Como se sabe, el derecho castellano se introdujo en América desde la época de su descubrimiento y conquista. Según se consigna en las *Ordenanzas* de la primera Audiencia erigida en el Nuevo Mundo, la de Santo Domingo, el derecho castellano rige en Indias como derecho común, es decir, en todas las materias no contempladas por el derecho específico de Indias⁴. El campo de aplicación del derecho castellano es, en consecuencia, amplísimo, ya que el del derecho específico de Indias es comparativamente reducido, aunque de gran significación. En la práctica este derecho recae sobre las situaciones propias de América española, que no se dan o que son diferentes a las de Castilla. Tales son, por ejemplo, las relaciones entre europeos e indígenas, dentro de la sociedad mestiza que nace de la conquista, las instituciones de gobierno establecidas para estos pueblos, el tráfico de personas y de mercaderías entre España y América

³ Imprenta La Publicidad, *Los códigos españoles concordados y anotados*, vols. 2 a 4, Madrid 1848.

⁴ *Ordenanzas de la Audiencia de Santo Domingo*, 5 octubre 1511 en: PACHECO, Juan Francisco y otros, *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacadas de los archivos del reino y muy especialmente del de Indias*, 42 vols., Madrid 1864-1884, en adelante CDIAO II, 546. La disposición se reproduce en las ordenanzas de las demás Audiencias de América y de Filipinas.

española, etc. En lo demás, rige el derecho castellano, que por consiguiente se aplica a la generalidad de la vida jurídica, desde el derecho procesal y penal hasta el derecho de familia, sucesiones y negocios jurídicos.

Aquí es donde, sobre todo, tienen importancia las *Partidas*. De acuerdo al derecho castellano ellas se aplican en la forma establecida por la Ley 1ª del Título 28 del Ordenamiento de Alcalá en 1348, reiterada por la Ley primera de Toro en 1505. Ambas disposiciones establecen un orden de prelación de las Leyes de Castilla. Dentro de él colocan a las *Partidas* en el tercer lugar, después de la legislación real y de los fueros municipales. Pero tanto las leyes reales como los fueros tienen un campo de aplicación restringido, porque su contenido es la más de las veces sumamente particular, a menudo casuista. En consecuencia, en Castilla desde antes del descubrimiento de América las *Partidas* se habían impuesto como el cuerpo legal de más frecuente aplicación.

Lo mismo sucede en América en las materias regidas por el derecho castellano que, como vimos, son la mayoría. En otras palabras, el campo de aplicación de las *Partidas* en América española coincide con el del derecho castellano, del cual son ellas indiscutiblemente el principal cuerpo legal. De esta manera las *Partidas* ocupan un lugar único en el derecho de América española al que se designa con el nombre de derecho indiano. Son el cuerpo legal de más amplia y frecuente aplicación desde el siglo xvi hasta el xx, conforme al cual se plasmaron no sólo el derecho procesal o penal indiano, sino también todo lo que llamamos derecho privado: familia, sucesión y negocios jurídicos.

III. CONCEPCIÓN Y FUNDAMENTO

1. Una suma del derecho

No es posible exponer y explicar la vigencia de las *Partidas* en cualquier país de América española sin referirse, siquiera sea someramente, a su plan y contenido. Antes de ocuparnos de la aplicación de cada partida por separado es menester echar una breve mirada de conjunto a toda la obra.

Las *Partidas* se cuentan, junto con la *Suma teológica* de Tomás de Aquino y la *Comedia* de Dante que la posteridad llamó divina, entre las obras cumbres de la Edad Media. Son una suma de derecho,

Esto es lo que simboliza el número siete, que indica plenitud. Como se recuerda en el prólogo, hay en esto un reflejo de un orden cósmico, natural y sobrenatural. Siete son los días de la semana y siete se creía entonces que eran los planetas, pues aún no habían sido descubiertos Urano, Neptuno ni Plutón. Siete son también, según la Sagrada Escritura, los dones del Espíritu Santo que tuvo en sí el Salvador del mundo, que es Dios y hombre; siete los sacramentos de la Iglesia, siete las peticiones del Padrenuestro, etc.

Las siete partes de la obra comienzan con cada una de las siete letras del nombre del rey, de modo que componen un acróstico:

Al servicio de Dios ...
La fe católica ...
Fizo Nuestro Señor ...
Onras señaladas dio Dios Nuestro Señor ...
Nascen entre los hombres ...
Sesudamente dixeron los sabios ...
Olvidanza y atrevimiento ...

Cada partida está dividida en títulos y éstos, a su vez, en leyes.

Como suma del saber jurídico, las *Partidas* se diferencian de una enciclopedia, de una recopilación o de un tratado. La enciclopedia atomiza la materia jurídica en artículos aislados. La recopilación es una colección de leyes anteriores sobre diversos asuntos y de diversas épocas que se ordenan, o, mejor, se yuxtaponen por materias. En fin, el tratado se refiere siempre a una materia en particular, por ejemplo: de derecho penal, de derecho marítimo y demás.

Las *Siete Partidas*, en cambio, abarcan todo el saber jurídico dentro de una visión unitaria. Es decir, son un cuerpo universal de derecho vertebrado por una visión del mundo.

2. *Fundamento teológico*

En este sentido se puede comparar a otra de las grandes manifestaciones de su época: las catedrales góticas. Esto no es una figura literaria ni una consideración piadosa. Lo mismo que las catedrales góticas, las *Partidas* están inspiradas en una visión del mundo con fundamento teológico.

La catedral no es un simple edificio. En ella todo tiene su significado. El espacio exterior representa a los infieles. El atrio, por el que se accede al interior, simboliza el Antiguo Testamento,

el pueblo judío, la preparación para la plenitud de los tiempos. La nave del templo es figura de la Iglesia, con sus tres planos: el subsuelo que representa al purgatorio, a la Iglesia purgante; el suelo que recibe y sustenta a los fieles, a la Iglesia militante; y la parte superior, decorada con imágenes de santos y de ángeles, que representa el cielo, la Iglesia triunfante. La catedral es, pues, una especie de suma teológica esculpida en piedra.

Del mismo modo, las *Partidas* son una imponente construcción, tanto a causa de la riqueza de su contenido como a causa del tratamiento unitario de él, bajo una luz teologal.

Esto aparece de manifiesto ya desde las primeras palabras del prólogo:

“Dios es comienzo e medio e acabamiento de todas las cosas y sin él ninguna cosa puede ser, ca por su poder son fechas, e por su saber son gobernadas e por su bondad son mantenidas”

De la misma manera, las cuatro primeras *Partidas* comienzan con una referencia a Dios.

En la primera se enuncia el objeto de toda la obra:

“Al servicio de Dios e pro comunal de las gentes facemos este libro, según que mostramos en el comienzo de él”.

La segunda se abre con las palabras siguientes:

“La Fe católica de nuestro Señor Jesucristo habemos mostrado en la Primera partida de este libro, como se debe creer, honrar y guardar. Esto fecimos por derecha razón, porque Dios es primero, y comienzo y medio y acabamiento de todas las cosas”.

Al comenzar la tercera se lee:

“Fizo nuestro Señor Dios todas las cosas cumplidamente por su gran saber y después que las hubo hecho, mantuvo a cada una en su estado. Y en esto mostró cual es su gran bondad y justicia y en cual manera la deben mantener aquellos que la han de fazer en la tierra”.

La cuarta *Partida* se introduce con una referencia a las honras que dio Dios al hombre:

“Onras señaladas dio nuestro Señor al hombre sobre todas las criaturas que el hizo”.

Estamos, pues, ante una concepción teocéntrica del hombre, que se encuadra dentro de una visión teológica del mundo, de los grandes temas del pensamiento humano: Dios, el hombre y la naturaleza.

3. *Visión teológica del mundo*

Dios es el principio y el fin, el fundamento y la cúspide de esta verdadera catedral del derecho.

Pero Dios no es considerado como un ser difuso, problemático, inaccesible; un Dios desconocido, lejano, que no se cuida de los hombres. Antes bien, es entrevisto en forma clara, iluminadora y directiva, a la vez que próxima. Es un Dios que se ha revelado y las palabras de la revelación se invocan con frecuencia a lo largo de todo el texto; un Dios que se ha encarnado, que se ha hecho hombre, nacido de mujer, con una Madre como la nuestra, pero perfectísima; un Dios, en fin, que se ha sacrificado voluntariamente para salvar a cada hombre, a todos los hombres. Un Dios que llama a los hombres, los atrae y los salva a través de la Iglesia.

En consecuencia, el hombre está en segundo lugar; después de Dios, pero por encima de todas las cosas visibles. El hombre no es, pues, el centro. No estamos aquí ante una visión antropocéntrica sino claramente teocéntrica. La misma dignidad del hombre le viene de Dios, de su proximidad a Dios, que le ha colocado por encima de la naturaleza.

Tres son las honras que hizo Dios al hombre, conforme al prólogo de la cuarta *Partida*

“Primeramente en facerlo a su imagen y semejanza según El mismo dijo antes que lo ficiese, en darle entendimiento de conocer a El e a todas las cosas”.

En primer lugar el hombre ha sido creado no sólo a imagen, sino también a semejanza de Dios y tiene entendimiento por el cual puede conocer a Dios y a las cosas.

En segundo lugar, Dios puso al hombre por encima de todas las demás creaturas:

“Otro sí honro mucho al hombre en que todas las criaturas que El había fecho, le dio para su servicio”.

Aquí está el fundamento —teológico— de la superioridad del hombre sobre el resto del universo visible.

Por último, Dios dio al hombre la mujer por compañera, para que de ella tuviera descendencia

“Y además de todo esto, le hizo muy gran honra en que hizo mujer que le diese por compañera en que hiciese linaje”.

En estas palabras parece respirarse un aire caballeresco del Medioevo con su exaltación de la mujer. La mujer fue dada al hombre por compañera de su misma naturaleza, no como esclava o servidora. Por encima de eso, Dios los asoció a ambos a su poder creador, al confiarles la propagación del género humano. Dios no crea directamente otros hombres, de suerte que este mundo y después el cielo se poblarán sólo con lo que los hombres, ejerciendo este poder de transmitir la vida, traigan a la existencia.

No estamos, pues, ante una visión ingenua, idealizada del hombre, sino, por el contrario, muy realista. Se trata de un hombre conocido, falible, y sujeto de las aspiraciones más sublimes a la vez que de las mayores flaquezas. Un hombre al que, en rigor, nada puede contentar sino Dios mismo, según la desgarradora frase de San Agustín: “Nos hiciste Señor para Ti e inquieto está nuestro corazón mientras no descansa en Ti”⁵.

La vileza de que el hombre es capaz resalta de los delitos en que puede caer. Ninguno tan ruín como el de traición, según 7,2,1,

“la más vil cosa e la peor en que puede caer el corazón del hombre. Y nacen de ella tres cosas que son contrarias a la lealtad y son estas: tuerto, mentira y vileza. Y estas tres cosas facen el corazón del hombre tan flaco que yerra contra Dios, y contra todos los hombres faciendo lo que no debe facer”.

⁵ San Agustín, *Confesiones* 1, 1.

Por último, en tercer lugar, por debajo del hombre, está la naturaleza, a la que pertenecen en general las cosas que, junto con los actos humanos, son objeto de derecho: que hay que distribuir entre los hombres, de modo que cada cual obtenga lo suyo.

4. *Fe y razón*

A lo largo de todo su texto se invoca en las *Partidas* la autoridad de la Revelación cristiana y de los sabios antiguos. Se combinan así los dos fundamentos sobre los que descansa el saber medieval: la Fe y la razón. No hay oposición ni conflicto entre ambas, porque lo que Dios ha revelado a los hombres no puede contradecir a lo que los mismos hombres pueden descubrir con su razón en la naturaleza, que es también obra de Dios. Más aún, fe y razón se apoyan y complementan cada una en su propio plano, según la feliz expresión de San Anselmo: *fides quaerens intellectum*, y a la inversa, *intellectus quaerens fidem*. La Fe, lejos de excluir a la razón, la supone. Presupone el conocimiento racional, del mismo modo que lo sobrenatural presupone lo natural. La Fe no puede darse en un hombre privado de razón, ya que allí donde no cabe conocimiento natural no puede darse un conocimiento sobrenatural. Pero la Fe no sólo presupone y utiliza a la razón, sino que la perfecciona dentro de su propio campo de conocimiento natural. Evita que caiga en múltiples errores y explica muchas cosas que la razón no alcanza a comprender por sí sola. De ahí que la razón busque a la Fe para cumplir mejor su propio papel humano. Por eso, cuando la razón, privada del auxilio de la Fe, queda abandonada a sí misma, el mundo se llena de errores no sólo especulativos sino también morales. Así se explica, sin ir más lejos, la legalización del aborto o de las uniones de homosexuales en pleno siglo xx. En el siglo xiii, en cambio, hay una profunda compenetración de la Fe y de la razón, que permite abordar problemas como el de la barraganía con una clara distinción entre el aspecto moral, el pecado, y el aspecto jurídico, sus efectos de derecho.

IV. PLAN Y CONTENIDO

El plan de las *Partidas* responde a la visión teologal del mundo que anima a la obra.

Comprende, como sabemos, siete partes o partidas.

La primera *Partida* comienza por tratar de las fuentes del de-

recho, lo que es como la portada de la obra. Luego está enteramente dedicada al Derecho de creencia. Por tal se entiende según 1,1,7 el derecho eclesiástico, aplicable sólo a los cristianos en razón de su fe:

“A la creencia de nuestro señor Jesu-Cristo pertenecen las leyes que fablan de la Fe. Ca estas ayuntan al hombre con Dios por amor: ca en creyendo bien en el, por derecho conviene que le ame, y que le honre y que le tema”.

Estas leyes conducen, pues, al hombre a su último fin, porque el que así ama, honra y teme a Dios no puede dejar de alcanzar el cumplido amor a El:

“non puede errar que no haya el amor de Dios cumplidamente”.

Después de tratar en la primera *Partida* de la Iglesia, esto es, del poder eclesiástico, se ocupa en la segunda de los reyes, emperadores y otros grandes señores, es decir, del poder temporal. El plan se ajusta así a la distinción entre los dos poderes.

El objeto de ellos es, según las *Partidas*, la justicia, espiritual o temporal, a la que se considera como suma y compendio del gobierno.

La tercera *Partida* está dedicada a otra forma de justicia: la justicia entre partes, que se administra ordenadamente, es decir, con las formas procesales, por seso y sabiduría; esto es, ante un juez que debe reunir la prudencia y la ciencia del derecho:

“En esta tercera Partida queremos decir de la justicia que se debe facer ordenadamente por seso y por sabiduría en demandado y defendiendo cada uno en juicio, lo que cree que sea su derecho ante los grandes señores sobredichos o los oficiales que han de juzgar por ellos” (3, prólogo).

La cuarta *Partida*, que ocupa un lugar central por estar precedida de las tres primeras e ir seguida de las tres últimas, está dedicada al matrimonio y, por ende, a la familia —que también lo tienen en la sociedad—, ya que sin el matrimonio y el linaje que de él proviene no se podrán cumplir las otras seis:

“E por eso lo pusimos en medio de las siete partidas de este libro: así como el corazón es puesto en medio del cuerpo, donde es el espíritu del hombre, donde va la vida a los miembros. El otrosí como el sol que alumbra todas las cosas y es puesto en medio de los siete cielos, do son las siete estrellas que llaman planetas. E segun aqueste pusimos la Partida que habla del casamiento, en medio de las seis partidas de este libro” (4, prólogo).

Y en el prólogo de la *Partida* cuarta explica este significado de la colocación del casamiento. Primero se refiere a las tres partidas anteriores:

“Porque así la primera que habla todas las cosas que pertenecen a la Fe católica, que face al hombre conocer a Dios por creencia y también la ley de nuestro señor Jesucristo que es la espada espiritual que taja los pecados encubiertos. Como la segunda que fabla de los grandes señores que es la (espada) temporal que taja poderosamente los males manifiestos y devedados. Como la tercera, que muestra la justicia que es dada por juicio a los hombres, para meter amor y paz entre ellos”.

Luego alude a las tres partidas posteriores:

“E aun la quinta que fabla de todas las cosas que los hombres ponen entre sí a placer de ambas partes, de que nace después nexo que se ha de librar por derecho. E otrosí como la sesta que fabla de las herencias que los hombres heredan por linaje o por manda de testamento e aun la setena que muestra como se deben encarmantar todos los males que los hombres facen por voluntad de una parte y a pesar de la otra”.

Y concluye:

“Ninguna de estas no se podría cumplir derechamente sino por el linaje que sale del casamiento,

que se cumple por ayuntanza de hombre y mujer. Y por eso pusimos en la cuarta partida, que es en medio de las siete así como puso Nuestro Señor el sol en el cuarto cielo, que alumbra todas las estrellas, según cuenta la su ley” (4, prólogo).

En esta explicación está contenida ya la materia de las tres últimas partidas.

La quinta trata de los negocios jurídicos, es decir, de los actos y contratos que puede el hombre realizar o celebrar en el curso de su vida.

La sexta se ocupa, en cambio, de lo que ocurre después de su muerte, o sea, de la sucesión y de las guardas:

“Donde después que en la cuarta partida de este libro fablamos de todas las posturas y pleitos y conveniencias, que los hombres facen entre sí en su vida, queremos aquí decir de los testamentos que facen a su fin, porque esto es encerramiento de su fecho” (6, prólogo).

Finalmente, la séptima tiene por objeto el derecho penal, que viene a ser como el cierre de todo el campo jurídico, según dice el Rey sabio en su prólogo a ella:

“Queremos aquí demostrar en esta setena partida de aquella justicia que destruyendo tuelle (remueve) por crudos escarmientos las contiendas y los bullicios que se levantan de los malos fechos, que se facen a placer de una parte y a deshonra de otra”.

Este concepto de delito o acto ilícito se contrapone al de acto lícito de que trata la quinta partida. Como se recordará, por tales se entienden los que:

“los hombres ponen entre sí a placer de ambas partes” (4, prólogo).

V. PRIMERA PARTIDA

1. *Derecho eclesiástico*

El cuerpo de la *Partida* primera está dedicado al derecho eclesiástico. Se basa ampliamente en las *Decretales*⁶. En términos generales puede decirse que tuvo poca aplicación en América española, porque el derecho canónico experimenta una considerable alteración ya en el siglo xvi a raíz del Concilio de Trento (1545-63), a cuyos decretos se dio fuerza de ley en Castilla y en América española por real cédula de 12 de junio de 1564. Así, pues, desde el último cuarto del siglo xvi rigió la legislación canónica post-tridentina.

En cambio, tuvieron extraordinaria importancia los dos títulos primeros de esta *Partida*, dedicados a las fuentes del derecho. En uno se trata de la ley y en el otro de la costumbre.

En esta materia las *Partidas* rigieron en Hispanoamérica por lo general hasta la codificación. En Chile su vigencia se extiende hasta 1857, en que entró a regir el *código civil*. Allí se trata de la ley y de la costumbre en el título preliminar y, como veremos, se altera tanto el concepto de ley como el valor de la costumbre.

2. *La ley*

Por ley se entiende en 1,1,1:

“establecimientos porque los hombres sepan vivir bien y ordenadamente, según el placer de Dios y otrosí según conviene a la buena vida de este mundo...”.

Así, pues, el objeto de las leyes es doble. Por una parte, miran la vida del hombre cara a Dios y por otra al buen vivir humano, en este mundo.

La definición de ley se encuentra en 1,1,4 y apunta a su contenido:

⁶ GIMÉNEZ, J. y DE CARVAJAL M., *El Decreto y las Decretales fuentes de la primera Partida de Alfonso el Sabio* en *Anthologica Annu* 2, 1954. Los mismos, *San Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annu* 3, 1955. CAMACHO EVANGELISTA, FEJMIN, *De las fuentes romanas de las Partidas I: Primera Partida* en *Revista de Derecho Notarial* 52, Madrid 1966.

“Ley tanto quiere decir como leyenda, en que yace enseñamiento y trabajo escrito que liga y apremia la vida del hombre, que no faga mal e muestra y enseña el bien que el hombre debe facer y usar”.

Aquí se hace derivar el término ley, en latín *lex*, de *lego*, en latín *leer*. Por eso se exige que se trate de un texto escrito. Pero se precisa que tiene una fuerza vinculante sobre los hombres, encaminada a retraerles del mal y mostrarles la conducta que deben tener.

Esta descripción del contenido de la ley se completa en seguida con estas palabras:

“Otrosi es dicha ley porque todos los mandamientos de ella deben ser leales, y derechos y cumplidos según Dios y según justicia”.

Este texto exige que la ley para ser tal tenga un determinado contenido. No basta con que haya sido debidamente promulgada para que adquiera fuerza obligatoria. Además de eso es preciso que sus mandamientos sean justos, esto es, conformes a Dios y al derecho.

Esta exigencia es de la mayor importancia práctica. En atención a su contenido hay leyes justas y leyes injustas. Las unas respetables y obligatorias por el derecho que contienen y las otras repudiables, en cuanto atentan contra el mismo.

Según esto, la obediencia a las leyes no debe ser ciega, sino razonable, con discernimiento y deliberación. Así, por ejemplo, las leyes que atentan contra Dios, contra la patria o el honor, contra el matrimonio y la familia, contra la vida física o moral, no son tales. No corresponde llamarlas ni tenerlas por leyes.

Este concepto de ley persistió en América española hasta la codificación. En Chile el *código civil* introdujo una nueva definición de ley de corte ilustrado. En ella se atiende sólo a la forma de su elaboración, sin considerar para nada su contenido.

“Art. 1º Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite”.

En consecuencia, desde la entrada en vigor del *código civil* en 1857, desaparece en Chile la distinción entre leyes justas e injustas.

Todas se consideran igualmente obligatorias desde el momento que han sido elaboradas del modo prescrito en la Constitución.

Se llega así a una situación en que las propias leyes pueden ser una amenaza para el derecho. Esta *legalidad por la legalidad*, sin contenido fijo, puede muy bien ser utilizada para aniquilar el derecho. Puede muy bien ser el camino para el peor sin derecho: el abuso legalizado. Así sucedió, por ejemplo, en Alemania en el período entreguerras, en que el nacionalsocialismo se impuso por las vías legales, y así sucede, desde la segunda guerra mundial, en los Estados totalitarios de Europa oriental, donde también se impuso por vías más o menos legales el socialismo internacional.

Por eso es tan importante considerar el contenido de la ley. Sólo de este modo puede distinguirse entre leyes justas e injustas. Y, en consecuencia, rechazar la fuerza obligatoria de las leyes sin razón y sin derecho, que por ser abusivas envilecen a quienes las dictan y a quienes abogan por su respeto.

3. *Potestad y autoridad en la elaboración de las leyes*

En función del contenido de las leyes, está también la forma en que deben ser elaboradas. Conforme a 1,1,9:

“debe ser mucho escogido el derecho que en ellas fuere puesto, antes que sean mostradas a las gentes. Y cuando de esta guisa fueren fechas serán sin yerro y a servicio de Dios y a loor y honra de los señores que las mandaron facer y a pro y a bien de los que por ellas se hubieren de juzgar”.

El cuidado en la formación de las leyes redunda, pues, en una triple ventaja. Con ellas se hace servicio a Dios, se honra a los gobernantes y se beneficia a los gobernados.

Para conseguir esto es necesario que se hagan con reposo y con consejo de hombres con ciencia y experiencia. Así, se dice en 1,1,9:

“deben guardar que, cuando las ficieren no haya ruido ni otra cosa que los estorbe o los embargue y que las fagan con consejo de hombres sabedores, y leales y sin codicia. Ca estos tales sabrán conocer lo que conviene al derecho y a la justicia y al pro comunal de todos”.

En otras palabras, para hacer leyes no basta el poder, al menos si se quiere hacer buenas leyes. Se precisa, además, el saber, es decir, el consejo de hombres entendidos, leales e íntegros. Para elaborar buenas leyes es menester, pues, la conjunción de potestad del que gobierna con la autoridad de los que saben.

Según las leyes, los bienes se reparten de tres maneras: los que corresponden a los mayores, a los iguales y a los menores.

“La primera que cae en los mayores, así como es en los señores o en los padres, que cada uno de estos han derecho de facer bien de lo suyo: los padres a los hijos o a los otros parientes por naturaleza de linaje; los señores a sus vasallos o a los otros que son en su señorío por el servicio que de ellos reciben” (1,1,3).

En seguida viene la distribución de los bienes entre iguales:

“así como en los desposorios o en los casamientos: ca el bien facer de esta manera tornase a pro de quel que lo face en dos maneras. La una, que le está bien de lo facer. La otra que se torna todo a honra y pro de sí mismo” (id.).

Por último, se trata de los menores:

“así como en los hijos o en los criados o en los vasallos o en los siervos: ca este bien facer es otrosí con gran bondad, del que lo bien face y nácele ende dos bienes que son muy nobles: el uno es grandeza, el otro es poderío...” (ibíd.).

Pero esta distribución ha de ser moderada por la prudencia para:

“facer bien do conviene, y como y quando y otrosí en saber refrenar el mal y tollerlo (removerlo) y escarmentarlo en los tiempos y en las razones que es menester, catando los fechos como son, y quien lo face y de que manera y en cuales lugares” (ibíd.).

De este modo se endereza el mundo, porque se premia a los que hacen bien y se castiga a los que hacen mal:

“Y con estas dos cosas se endereza el mundo faciendo bien a los que bien facen y dando pena y escarmiento a los que lo merecen” (ibíd.).

4. *Leyes canónicas y seculares*

En 1,1,3 se clasifican las leyes de derecho, según su objeto, en eclesiásticas y seculares. Las primeras persiguen el bien común espiritual o salud de las almas, que incluye elementos materiales, y, la segunda, el bien común temporal, o buena vida de los cuerpos, que incluye elementos espirituales.

“Como quiera que las leyes sean unas cuanto al derecho, en dos maneras se reparten cuanto en razón. La una es a pro de las almas y la otra a pro de los cuerpos. La de las almas, es cuanto en creencia. La de los cuerpos es cuanto en buena vida... Y por estas dos se gobierna todo el mundo: ca en estas yace galardón de los bienes a cada uno según debe haber y escarmiento de los males”.

Y agrega en 1,1,7:

“A la creencia de Nuestro Señor Jesucristo pertenecen las leyes que fablan de la Fe. Ca estas ayuntan al home con Dios por amor”.

En seguida explica:

“Ca en creyendo bien en El por derecho conviene que le ame y que le honre y que le tema, amándolo por la bondad que en El ha y otrosí por el bien que nos El face. Y hanlo de honrar por la su gran nobleza y por la su gran virtud. Y temerle por su gran poder y por la su gran justicia y el que esto ficiere no puede errar que non haya amor de Dios cumplidamente”.

En cuanto a las leyes seculares o temporales dice:

“Y al gobierno de las gentes pertenecen las leyes que ayuntan los corazones de los hombres por amor: y esto es derecho y razón: ca de estas

dos sale la justicia cumplida, que face a los hombres vivir cada uno como conviene. Y los que así viven, no han porqué se desamar, más porqué se querer bien”.

Sobre el legislador se afirma en I,1,11:

“El facedor de las leyes debe amar a Dios e tenerle ante sus ojos, cuando las ficiere porque sean derechas y cumplidas. Y otrosí debe amar la justicia y pro comunal de todos. Y debe ser entendido para saber departir el derecho del tuerto y no de haber vergüenza y mudar y enmendar las leyes cuando entendiere o la mostraren razón por que lo deba hacer: que gran derecho es que el que a los otros ha de enderezar y enmendar que lo sepa hacer a sí mismo cuando errare”.

Cuatro son, pues, las condiciones del legislador: tener a Dios presente, amar la justicia y el bien común, tener conocimiento del derecho y estar dispuesto a mudar las leyes cuando aparezca o le muestren que hay razón para ello.

5. *Costumbre*

También la costumbre se rigió en América española por las *Partidas*. Conforme a ellas se determinan los requisitos de validez que debe reunir. La ley 1,2,5 es un pequeño tratado sobre la materia:

“E tal pueblo como este o la mayor partida de el, si usaren diez o veinte años a facer alguna cosa como en manera de costumbre, sabiendolo el señor de la tierra y non lo contradiciendo y teniendo por bien, puedenla facer e debe ser tenida y guardada por costumbre... Y otrosí decimos que la costumbre que el pueblo quiere poner y usar de ella, debe ser con derecha razón y no contra la Ley de Dios, ni contra Señorío ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar do se face e debenla poner con gran consejo e non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva sino derecho y razón y pro; ca si de otra guisa la pusieren non sera

buena costumbre, sino daño de ellos y de toda justicia”.

6. *Validez de la costumbre*

Se señalan seis requisitos de validez.

En primer lugar, la costumbre ha de tener una antigüedad de al menos diez o veinte años. Gregorio López aclara que basta con diez años, porque el pueblo está siempre presente y, por lo tanto, no se le aplica el plazo de veinte años, que es para ausentes. En cambio un jurista indiano del siglo xvii, Juan de Hevia Bolaños, admite ambos plazos, según se trata de presentes o ausentes y añade que la costumbre contra la ley canónica requiere a lo menos cuarenta años para prevalecer⁷.

En segundo lugar, la costumbre ha de introducirse con conocimiento del príncipe y sin que éste la contradiga. Según López, este conocimiento no es necesario si se trata de una costumbre inmemorial.

En tercer término, la costumbre debe ser racional. López explica que el uso que mueva al mal, a pecados o a cosas absurdas, no causa una costumbre que deba ser observada. En cuanto al juicio sobre su racionalidad, señala en 1,2,3 que según opinión entre los autores del Derecho común, como Enrique de Susa, Cardinal Hostiense y Juan Andrés, está entregado al arbitrio del juez:

“Que costumbre se califica de racional o irracional, queda entregado al arbitrio del juez”.

Por su parte, precisa el mismo López que el juez en el ejercicio de ese arbitrio debe ponderar si es bueno o malo el fin de la costumbre, si acaso es contra o según ley y si fue introducida por alguna otra razón justa, de modo que el derecho apruebe semejante costumbre y, consideradas las diversas razones, pueda ser racional aún contra una ley racional.

Este requisito de la racionalidad de la costumbre y el arbitrio judicial para pronunciarse sobre él tuvo enorme significación en América española⁸. Por diversas causas, la costumbre alcanzó en Indias mucho mayor relieve que en Castilla. Si allí se veía, en cier-

⁷ HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, Lima 1603, 1, 8, 18.

⁸ Sobre esto últimamente AVILA MARTEL, Alamiro de y BRAVO LIRA, Bernardino, *Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano* en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10, Santiago 1984.

to sentido, limitada por la legislación; en América, en cambio, pudo expandirse sin obstáculos.

Por otra parte, el arbitrio judicial hizo del juez un verdadero moderador de la costumbre.

En cuarto lugar, la costumbre no debe ser contraria al derecho natural. Esta exigencia también se aplica a la ley. Es consecuencia de la prioridad reconocida al derecho natural, obra de Dios, frente a cualquier derecho humano, eclesiástico o secular, introducido sea por la ley, sea por la costumbre.

En esta apreciación de la compatibilidad de la costumbre con el derecho natural, juega también un papel decisivo el juez⁹.

En quinto lugar, la costumbre no ha de contrariar el bien común. Según hace ver López, la costumbre y la ley tienen la misma causa final: el bien común. Por eso, si la ley se hace para el bien público, también la costumbre debe hacerse con ese objeto.

Por último, la costumbre ha de introducirse sin error, a ciencia cierta. A este propósito aduce López la opinión común de los doctores que distinguen entre errar al introducir la costumbre e introducirla por error.

7. Valor de la costumbre

La ley siguiente 1,2,6 se ocupa del valor de la costumbre. Al respecto distingue tres situaciones de ella frente a la ley: costumbre fuera de la ley, según la ley y contra la ley:

“Fuerza muy grande ha la costumbre, cuando es puesta con razón, así como diximos, ca las contiendas que los hombres han entre sí, de que no fablan las leyes escritas, puedense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la contienda y aún ha fuerza de ley”.

En seguida pasa a la costumbre *secundum legem*:

“Otrosi decimos que la costumbre puede interpretar la ley cuando acaeciese duda sobre ella, que asi como acostumbraron los otros de la entender, asi debe ser entendida y guardada”.

⁹ AVILA MARTEL, Alamiro de, *Discurso de recepción de D. Manuel Salvat Monguillot en la Academia Chilena de la Historia en Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 87, Santiago 1973, p. 41.

Finalmente se refiere a la costumbre *contra legem*:

“Y aun a otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas antes de ella, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobredicho es o mayor. Esto se debe entender cuando la costumbre fuere usada generalmente en todo el reino; más si la costumbre fuese especial, entonces no desataría la ley sino en aquel lugar tan solamente donde fuese usada”.

López resume este triple valor de la costumbre como supletoria, intérprete y corrección de la ley, en los siguientes términos:

“Donde la ley no dispone se admite la costumbre, además la costumbre no es sólo intérprete de la ley, sino también corrección del derecho anterior, siempre que sea general. Si es especial lo corrige sólo en el lugar donde rige, siempre que el Príncipe la conozca y no la contradiga dentro de 10 o 20 años”.

Agrega López que:

“la costumbre se suprime por costumbre contraria posterior o por la ley”.

La costumbre fue una fuente principal del derecho indiano durante los siglos xvi, xvii, xviii y parte del xix. Con la codificación su valor cambió diametralmente. Al menos en Chile, el *código civil* vigente desde 1857 le desconoció toda significación propia:

“Art. 2 La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

Posteriormente, conforme a esta disposición, se le atribuyó en el código de comercio cierto valor. Pero nunca volvió a tener el que de acuerdo con las *Partidas* tuvo en el derecho indiano.

VI. SEGUNDA PARTIDA

1. *Dualidad de poderes*

La segunda Partida trata del poder temporal. Comienza por sentar en el prólogo los principios básicos. Estos son dos: la distinción entre el poder espiritual y el poder temporal y la relación de armonía que debe reinar entre ambos.

La dualidad de poderes se fundamenta en el prólogo, en la doctrina medieval de las dos espadas:

“Y estas son las dos espadas por que se mantiene el mundo. La primera espiritual y la otra, temporal. La espiritual taja los males escondidos, y la temporal, los manifiestos...”.

Expresamente se remite al pasaje evangélico —Lucas, 22— en que Cristo habla de dos espadas, y que la doctrina medieval interpreta alegóricamente como una referencia a los dos poderes:

“Y de estas dos espadas habló nuestro Señor Jesucristo el jueves de la Cena, cuando preguntó a sus discípulos, probándolos, si habían armas, con que lo amparasen de aquellos que lo habían de traer y ellos dijeron que habían dos cuchillos; el cual respondió y dijo, como aquel que sabía todas las cosas, que asaz había...”.

De ahí pasa a afirmar la colaboración que debe existir entre los dos poderes:

“Y por ende estos dos poderes se ayuntan a la Fe de nuestro Señor Jesucristo, por dar justicia cumplidamente al alma y al cuerpo. De donde conviene por razón derecha que estos dos poderes sean siempre acordados, así que cada uno de ellos ayude con su poder al otro; ca el que desacordase vendría contra el mandamiento de Dios y habría por fuerza de menguar la Fe y la justicia y no podría luengamente durar la tierra en buen estado ni en paz, si esto se ficiese”.

La distinción entre los dos poderes subsiste bajo distintos regímenes jurídicos en los países de Hispanoamérica. Así ocurre también en Chile.

En cuanto a la relación de ambos, durante toda la época indiana fue de colaboración mutua bajo el régimen de patronato¹⁰. Después de la independencia, la Santa Sede se negó a reconocer, o mejor dicho a otorgar, el patronato a los Estados sucesores de la monarquía española. No obstante, subsistió el régimen de unión del Estado y la Iglesia¹¹. En Chile fue reemplazado por el de separación de ambos en 1925. Desde entonces se mantiene una colaboración entre el Estado y la Iglesia, como entidades de derecho público, pero dentro de un plano de mutua independencia.

2. *El rey*

La ley 2,1,5 es un pequeño tratado de derecho político. En ella se define al rey en los siguientes términos:

“Vicarios de Dios son los reyes, cada uno en su reino, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia y en verdad cuanto a lo temporal, bien así como el emperador en su imperio”.

Se enuncian aquí cinco elementos.

En primer lugar, se dice que el rey es vicario de Dios. Esta expresión evocaba en la mente del jurista medieval la figura del Papa, que es por antonomasia el Vicario de Dios. Se afirma, pues, que el rey, como el Papa, tiene su poder de Dios y, por tanto, que no lo recibe del Papa, ni depende de él.

En seguida se dice que los reyes están puestos “cada uno en su reino”. Con ello se señala el límite espacial de su poder, que abarca sólo el territorio del reino. Con esto se establece una primera diferencia entre el Papa y el rey. Mientras el Papa es uno, el único vicario de Dios para los asuntos espirituales, los reyes son múltiples, distintos vicarios de Dios, cada uno dentro de su propio reino.

¹⁰ La bibliografía es extensa. Ver LETURIA, Pedro de, *Relaciones entre la Santa Sede e Hispanoamérica*, vol. 1. *Epoca del Real Patronato 1493-1810*, Roma 1959.

¹¹ GONZÁLEZ ESPEJO, Fernando, *Cuatro decenios de historia eclesiástica de Chile. Crónica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado 1831-1971*, Santiago 1948.

En tercer lugar se precisa que los reyes están “puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia y en verdad, cuanto en lo temporal”. Aquí se delimita la esfera de competencia del rey. Comprende sólo los asuntos temporales. Esta es la segunda limitación de su poder y también una segunda diferencia con el Papa, vicario de Dios, pero para los asuntos espirituales.

Al mismo tiempo se señala en este pasaje el fin del gobierno. Dentro de una visión teológica, como la que preside a las *Partidas*, encontramos la vieja concepción cristiana de que el gobierno está establecido por Dios en beneficio de los gobernados y no del gobernante. Los deberes del rey para con sus vasallos se condensan en la fórmula mantenerlos “en justicia y en verdad, cuanto a lo temporal”. La justicia temporal es, pues, la razón de ser del gobernante. Su principal preocupación ha de consistir, precisamente, en asegurar a cada uno lo suyo, lo que en justicia le corresponde.

Por último, en cuarto lugar, se dice que el rey está puesto sobre su reino, “bien así como el emperador en su imperio”. Si en este texto se principió por llamar al rey vicario de Dios y equipararlo en cierta forma con el Papa, cabeza de la humanidad en lo temporal, se termina por equipararlo al emperador, cabeza de la humanidad en lo temporal. Pero hay también aquí dos diferencias. Por una parte, los reyes son múltiples, en tanto que el emperador es único. Por otra, el rey tiene el mismo poder que el emperador, pero no en todo el orbe, sino tan sólo en su reino: *rex est imperator in regno suo*.

Esta equiparación con el emperador tiene un sentido muy concreto. Es una manera de expresar que no hay otro poder por encima del del rey. El rey no reconoce superior en lo temporal. Lo que ya desde el siglo *xiv* se manifestará en Castilla con el adjetivo soberano.

En suma, el rey como vicario de Dios para gobernar en lo temporal a las gentes de su reino es independiente tanto del Papa como del emperador.

3. Revelación y razón

Este breve tratado de derecho político tiene una doble fundamentación, contenida en la misma ley. Se basa en la Fe y en la razón, esa dualidad tan característica de las *Partidas* que combina lo teológico y lo filosófico. En apoyo del texto se aducen tanto los dichos de los profetas y santos “a quienes dió nuestro Señor gracia de saber las cosas ciertamente”, como los dichos de los “hombres sabios, que fueron conocedores de las cosas naturalmente”.

Empieza por la enseñanza de los santos sobre el origen y el fin del poder:

“Y los santos dijeron, que el rey es puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia y dar a cada uno su derecho”.

Luego pasa a la relación de mando y obediencia:

“Y naturalmente dijeron los sabios que el rey es cabeza del reino, ca así como de la cabeza nacen los sentidos por que se mandan los miembros del cuerpo, bien así por el mandamiento que nace del rey, que es señor y cabeza de todos los del reino, se deben mandar y guiar y haber un acuerdo con él, para obedecerle y amparar y guardar y acrecentar el reino, donde él es alma y cabeza y ellos miembros”.

4. *El rey y el pueblo*

Muy notable es la concepción del orden político en las *Partidas*. Hasta ahora no ha recibido todavía la atención que merece. No se funda, como bajo el influjo del racionalismo estamos acostumbrados a pensar en los derechos, sean del rey, sean del pueblo, sino en deberes del uno y del otro. Además no se plantea tampoco bajo la forma, para nosotros casi inamovible, de una relación vertical entre gobernantes y gobernados, en la que unos están arriba y los otros abajo.

La visión del orden político en las *Partidas* es mucho más rica y matizada.

Parte de la concepción del rey y del pueblo como sujetos de deberes. Estos son de tres clases. En primer lugar para con Dios, que está por encima del rey y del pueblo en una relación de superioridad. Luego entre el rey y el pueblo, que están, por así decirlo, frente a frente en una relación de paridad. Por último, deberes para con la tierra, que está, por así decirlo, entregada al cuidado tanto del rey como del pueblo, en un nivel de cierta superioridad. Para entenderlo, vale la pena apuntar que la tierra de que aquí se habla no es un puro territorio sino la patria. Al menos así lo entiende Gregorio López, que en 2, 11, 1 traduce el castellano tierra por el vocablo latino *patria*.

Las relaciones entre el rey y el pueblo no se reducen, pues, a sus deberes recíprocos. Ambos están unidos ante todo por su común dependencia de Dios y su común responsabilidad por la tierra.

No corresponde entrar aquí a un examen pormenorizado de esta grandiosa concepción política que ocupa el cuerpo de la *Partida* segunda, desde el título II hasta el XX.

Nos limitaremos a unos rasgos más salientes, que tuvieron acusada vigencia en América española.

5. *Deberes del rey para con Dios*

La exposición de los deberes del rey es más que un espejo de príncipes.

El primer deber del rey se refiere a Dios. Ya en el prólogo se dice que ha de conocerle, amarle y temerle:

“Conocimiento verdadero de Dios es la primera cosa que por derecho debe haber toda creatura que ha entendimiento. Y comoquiera que esto pertenece mucho a los hombres, porque han razón y entendimiento, entre todos ellos mayormente lo deben haber los emperadores y los reyes y los otros grandes señores que han de mantener las tierras y gobernar las gentes con entendimiento de razón y con derecho de justicia y porque estas cosas no podrían ellos haber sin Dios, conviene que le conozcan y que conociéndole que le amen y amándole que le teman y lo sepan servir y loar”.

Sin Dios el rey no podría tener el entendimiento de razón y el derecho de justicia que necesita para mantener las tierras y gobernar las gentes. Por eso debe trabajar para conocerle y para tomarle amor, de suerte que tema disgustarle.

6. *Deberes del rey para con el pueblo*

De los deberes del rey para con el pueblo trata el título X. Se comienza por definir al pueblo. Al respecto se rechaza expresamente la imagen residual del pueblo, como la gente insignificante entre la que se cuentan artesanos y labradores:

“Cuidan algunos que el pueblo es llamado la gente menuda, así como menestrales y labradores. Y esto no es así... Pueblo llaman el ayuntamiento de todos los hombres comunalmente, de los mayores, y de los medianos y de los menores. Ca todos son menester y no se pueden excusar, porque se han de ayudar unos a otros porque puedan bien vivir y ser guardados y mantenidos”.

El rey debe según el prólogo de 2, 10:

“amar y honrar y guardar a cada uno de ellos (de los de su señorío) según cual es o el servicio que recibe”.

Estos deberes del rey para con el pueblo son diferenciados, pertenecen a la justicia distributiva, que exige mirar de quién se trata para saber qué le corresponde.

El amor del rey por el pueblo tiene, según 2, 10, tres grandes manifestaciones:

“faciéndoles merced cuando entendiere que lo han menester... La segunda habiéndoles piedad, doliéndose de ellos, cuando les hubiere dar alguna pena... La tercera, habiéndoles misericordia, para perdonarles a las vegadas (a veces) la pena que merecieren por algunos yerros que hubieran hecho”.

En segundo lugar debe honrarlos. Lo que hará de tres maneras: Primero, de hecho, poniéndole y manteniéndole, mientras no desmerezca, en el lugar que le corresponde:

“La primera poniendo a cada uno en su lugar, cual le conviene por su linaje o por su bondad o por su servicio. E otrosí mantenerle en él non haciendo porque lo debiese perder...”.

Segundo, de palabra:

“La segunda, honrándole de su palabra, loando los buenos fechos que le hicieron en manera que ganen por ende fama y buena prez”.

En tercer lugar: en lo que mira a los demás:

“La tercera, queriendo que los otros lo razonen así y honrándolos será él honrado por las honras de ellos”.

Muy realistas son las maneras en que debe el rey guardar a su pueblo conforme a esta misma ley. Ellas consideran tres especies de abusos, contra los cuales el rey debe proteger a su pueblo: el abuso del propio gobernante, el abuso de los poderosos y el del enemigo exterior.

“Otro sí los debe guardar en tres maneras. La primera de sí mismo, no les haciendo cosa desaguisada, lo que no quería que otros le ficiesen (a él); ni tomando de ellos tanto el tiempo que lo pudiese excusar, que después no se pudiese ayudar de ellos, cuando los hubiese menester...”.

Respecto de la protección de los débiles:

“La segunda manera, en que los debe guardar es del daño de ellos mismos, cuando ficiesen los unos a los otros fuerza o tuerto. Y para esto es menester que los tenga en justicia y en derecho y no consientan a los mayores que sean soberbios ni tomen, ni roben, ni fuercen ni hagan daño en lo suyo a los menores”.

Respecto de los enemigos de fuera:

“La tercera guarda es del daño que les podría venir de los de fuera que se entiende por los enemigos”.

El rey recibirá premio o castigo de Dios, ante quien es responsable del cumplimiento de sus deberes:

“Donde el rey que así amare y honrare y guardare a su pueblo será amado, temido y servido de ellos y tendrá verdaderamente el lugar en que Dios lo puso y tenerlo han por bueno en este mundo y ganará, por ende, el bien del otro siglo para

siempre. Y el que de otra guisa ficiere, darle a Dios todo lo contrario de esto”.

7. *Deberes del rey para con la tierra*

El título siguiente —11— trata de los deberes del rey para con la tierra, que son amarla, guardarla y honrarla.

Su contenido cobra especial actualidad en América. Así sucede cuando se explica en 2, 11, 2 que un modo de amar la tierra es

“facerla poblar de buena gente y antes de los suyos que de los ajenos, si los pudiera haber, así como de caballeros (nobles) y de labradores y de menestrales”.

Esta fue una preocupación primordial de la monarquía en América, tanto que se mandó que las empresas mismas no se llamaran de descubrimiento y conquista, sino de descubrimiento y pacificación¹².

Otro tanto ocurre con los modos de honrarla de que se habla en 2, 11, 2.

“Honra debe el rey hacer a su tierra y señaladamente en mandar cercar las ciudades y las villas y los castillos de buenos muros y de buenas torres”.

Al releer esto uno no puede menos de pensar en las grandes fortificaciones que se construyeron en América desde Valdivia en el reino de Chile hasta las imponentes de Puerto Rico, Cuba y Cartagena de Indias.

Finalmente, conforme a 2, 11, 3, debe el rey guardar su tierra:

“Acucioso debe ser el rey en guardar su tierra de manera que no se yermen las villas, ni se derriben

¹² *Ordenanzas de descubrimientos* de 1573; capítulo 29: “Los descubrimientos no se den con título y nombre de *conquistas* pues habiéndose de hacer con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre dé ocasión ni color para que se pueda hacer agravio a los indios”. Texto en ENCINAS, Diego de, *Cedulario Indiano*, 4 vol. Madrid 1956, hay edición facsimilar de GARCÍA-GALLO, Alfonso, 4 vols. Madrid 1945, 4, p. 234. Ya en 1544 en la *capitulación de Orellana* no se habla de conquista sino de pacificación, en CDIAO 23, p. 107-108. Ver GÓNGORA (del Campo), Mario, *El Estado en el derecho indiano. Epoca de su fundación, 1492-1570*, Santiago 1951, p. 91 ss.

los muros, ni las torres, ni las casas por mala guarda... Otrosí la debe guardar de los enemigos, de manera que no puedan en ella hacer daño...".

8. *Deberes del pueblo para con Dios*

Después de los deberes del rey se trata a partir de 2, 12 de los del pueblo.

En el prólogo del título 12 se explican estos deberes mediante una comparación con las tres especies de alma que distingue Aristóteles: razonable o racional, sentidora o sensible y criadera o vegetativa.

"De donde dijeron los sabios que así como ayunto Dios en el hombre estas tres maneras de almas, que según esto debe amar tres cosas de que le viene todo bien que espera haber en este mundo y en el otro. La primera es a Dios. La segunda a su señor natural (el rey) y la tercera a su tierra. E por ende... queremos aquí decir... cual debe el pueblo ser a Dios y a su rey y a su tierra. Y comoquiera que los sabios hablaron primeramente del alma criadera, de que hicieron semejanza, de cómo debe el pueblo amar a su tierra; y de si hablaron de la sentidora, de que hicieron semejanza al amor que el pueblo debe haber al rey, que es como sentido de él; e a postre mas hablaron de la razonable, a que hicieron semejanza del amor que el pueblo de haber a Dios...".

Las *Partidas* invierten este orden para adoptar uno teologal. Así comienzan por los deberes del pueblo para con Dios, siguen con los referentes al rey y terminan con los que miran a la patria.

Los deberes del pueblo hacia Dios son semejantes a los del rey: conocerle (tener fe y esperanza en El), amarle y temerle.

9. *Deberes del pueblo para con el rey*

Los deberes del pueblo para con el rey se comparan a los cinco sentidos externos y a los cinco internos que tiene el alma sensitiva. Así se dice, por ejemplo, en 2, 13, 7 que a semejanza del sensorio común

“debe el pueblo facer al rey en aconsejarle y en servirle en las cosas que hubiere menester, cada uno según el seso que hubiere y el lugar que tuviere y él lo debe conocer y galardonar, según lo valieren.

De donde los que a sabiendas le aconsejasen mal, haciéndole entender una cosa por otra, así como lo que fuese ligero de acabar, encareciéndoselo, por que hubiese de meter allí gran costa y gran minción; y lo que fuere grave poniéndoselo por ligero, harían gran yerro y deben haber muy gran pena...”.

Está aquí señalado el *consilium* o consejo, que junto con el *auxilium* o servicio, son las obligaciones primordiales del vasallo para con su señor.

Esta primera parte en que se comparan los deberes del pueblo con los sentidos del alma sensitiva, siguiendo la enseñanza de los sabios, es decir la razón natural, se completa en 2, 13, 12 con una segunda parte, basada en la enseñanza de los santos, es decir en la Revelación sobrenatural.

“Razones mostraron los sabios, según dijimos en estas otras leyes en que dieron semejanza a las cosas que un pueblo es tenuto (obligado) de facer al rey. Mas agora queremos decir, en qué manera los santos de la Fe de Nuestro Señor Jesucristo, se acordaron con ellos en esta razón. Y mostraron por derecho, que el pueblo debe facer al rey señaladamente cinco cosas. La primera, conocerle. La segunda, amarle. La tercera, temerle. La cuarta, honrarle. La quinta, guardarle. Ca pues que lo conociesen, amarle han; amándole, temerlo han; y temiéndole, honrarlo han; y honrándole, guardarlo han”.

En 2, 13, 25 se distinguen tres maneras de guardar al rey

“E esta guarda que le han de facer es de tres maneras: la primera, de él mismo. La segunda, de sí mismos. La tercera, de los extraños”.

La primera consiste en que

“Non le dejen facer cosa a sabiendas porque pierda el anima, nin que sea a mal estança o deshonra de su cuerpo o de su linaje o a gran daño de su reino”.

“Y esta guarda ha de ser fecha de dos maneras. Primeramente por consejo, mostrándole e diciéndole razones porque non lo deba facer. Y la otra por obra buscándole carreras, porque se lo fagan aborrecer y dejar de guisa, que no venga a acabamiento y aun embargando a aquellos que se lo aconsejasen facer”.

Al respecto, glosa Gregorio López:

“Advierte pues que los consejeros del rey no sólo están obligados a aconsejar bien sino también a resistir por obra para que el rey no haga o no mande algo injusto: así, pues, no deben suscribir las cédulas reales, si contienen una injusticia o son en daño o gravamen de los hombres del reino; ni se han de forzar a tales subscripciones a los consejeros del rey contra su conciencia”.

10. *Deberes del pueblo para con la tierra*

Los deberes del pueblo para con la tierra se comparan a las tres funciones que Aristóteles distingue en el alma vegetativa: nutrir, crecer y reproducir.

Pero se invierte el orden y se señala en 2, 20, 1 en primer lugar poblarla

“Acrecentar, amuchiguar (multiplicarse) y henchir la tierra fue el primer mandamiento que Dios mandó al primer hombre y mujer después que los hubo hecho”.

Pero, como se dice en 2, 20, 3, no basta con tener hijos, hay que criarlos para que lleguen a ser hombres cabales:

“Amuchiguar (multiplicar) no se puede el pueblo en la tierra solamente por facer hijos, si los que hubiere fecho no los supiese criar y guardar que vengan a acabamiento de ser hombres...”.

Y explica que deben llegar:

“a ser hombres acabados non solamente en los cuerpos y en sus miembros, más aún en las costumbres y en maneras”.

Pero, además, los padres han de saber servirse de los hijos

“Ca así como es razón y natura y derecho que los hijos sepan obedecer a los padres y servirlos, otro sí es que los padres sepan servirse y ayudarse de ellos porque de otra guisa, no se mostraría que les habían amor verdadero ni se les tornarían en pro la crianza ni la guarda que en llos hubiesen hecho”.

En segundo lugar, debe el pueblo labrar la tierra y, en tercer lugar, apoderarse de ella y saber ser señores de ella, conforme a 2, 20, 6 de dos maneras: por arte y por fuerza:

“Este apoderamiento viene en dos guisas. La una por arte, la otra por fuerza. Ca por seso deben los hombres conocer la tierra y saber para qué será más provechosa y labrarla y deriscarla por maestría...”.

Y en 2, 20, 7 añade

“Apoderarse debe el pueblo por fuerza de la tierra cuando non la pudiesen facer por maestría e por arte. Ca entonces se deben aventurar a vencer las cosas por fuerza y por fortaleza, así como quebrantando las grandes peñas y horadando los grandes montes y allanando los lugares altos y alzando los bajos o matando las animalias bravas y fuertes...”.

Por último, según 2, 20, 8, debe el pueblo estar preparado para defender la tierra contra los enemigos

“Donde el pueblo que de esta guisa estuviere apercebido y guisado cumplirá la palabra que nuestro Señor Jesucristo dijo en el Evangelio: cuando el hombre fuerte y bien armado guarda la casa, en paz está todo lo que tiene”.

11. *Las Partidas y las juntas de gobierno en 1810*

Algunas disposiciones de esta Partida cobraron extraordinaria actualidad en la época de la independencia de América española. Ante el cautiverio de Fernando VII a manos de los franceses, tanto en España como en América se constituyen juntas gubernativas para salvaguardar sus derechos. La formación de ellas se fundamenta en las *Partidas*. Así, por ejemplo, José Miguel Infante, Procurador de la ciudad de Santiago, capital del Reino de Chile, acude a *Partidas* 2, 15, 3 que cita textualmente para justificar la instalación de una junta gubernativa de ese reino el 18 de septiembre de 1810:

“En un caso como el presente de estar cautivo el soberano y no habiendo nombrado antes regente del reino, previene la ley 3ª, título 15, Partida 2ª que se establezca una junta de gobierno, nombrándose los vocales que hayan de componerla ‘por los mayores del reino, así como los prelados y ricos hombres y los otros hombres buenos y honrados de las villas’”¹³.

12. *Vigencia de la Partida segunda*

En términos generales puede decirse que la segunda Partida rigió en América hasta la independencia, es decir hasta que se separaron de la monarquía los Estados sucesores de ella.

Desde la conquista hasta la independencia, la imagen del rey en América española es fundamentalmente la que ofrecen las *Partidas*. Pero a ella se le agregan dos elementos. El primero es de carácter religioso y propio de América. Deriva de las bulas de donación pontificia de mayo de 1493 en las que, junto con concederse a los reyes de Castilla las tierras descubiertas y por descubrir en ultramar, les impusieron la obligación de propender a la evangelización de los naturales de ellas.

De esta suerte, a la protección de la Iglesia en su reino y a la justicia, como suma y compendio de los deberes del rey, según las *Partidas*, se antepone en América el fin misional, la obligación de procurar la cristianización de sus vasallos infieles¹⁴.

¹³ INFANTE, José Miguel, *Discurso en el cabildo abierto de 18 de Septiembre de 1810*, en *Colección de historiadores y de documentos relativos a la independencia de Chile*, 18, Santiago 1910, p. 220.

¹⁴ LETURIA, nota 10.

El segundo elemento es de carácter temporal y de raíz europea. Pero se difunde en Hispanoamérica. Deriva de la Ilustración que, en el curso del siglo XVIII, ensancha y transforma el carácter de los antiguos deberes del rey. Los amplía con toda una nueva dimensión: la de crear y promover la felicidad pública. Gobernar ya no es simplemente regir con justicia, sino también desplegar una acción realizadora en busca del bien y de la prosperidad pública. Paralelamente se convierte a los antiguos deberes del rey en fines permanentes del Estado, concebido como una entidad abstracta. De este modo la imagen del rey-juez, cabeza de la comunidad, de las *Partidas* cede paso a la del rey-gobernante, cabeza del Estado, del absolutismo ilustrado¹⁵.

Puede decirse, en síntesis, que la vigencia de la segunda Partida en América española se mantuvo hasta su independencia y en algunos aspectos aún hasta después, pero fue modificada por diversos factores posteriores, entre los que se destacan el carácter misional del Estado indiano y el nuevo papel que el absolutismo ilustrado asignó al Estado.

13. *La Universidad*

La segunda Partida se cierra con un título consagrado a una de las grandes instituciones surgidas en la Baja Edad Media: la universidad.

Este tema constituye una especie de transición entre el derecho político de que se trata en la Partida segunda y la justicia entre partes, que se administra por seso y sabiduría, de que se ocupa la tercera Partida.

La universidad es la institución donde se forman, mediante el estudio del derecho, los letrados o juristas que intervienen en la solución de los pleitos.

La relación entre la universidad y el derecho político está dada por el deber del rey y del pueblo de amar y guardar la tierra. Dentro de ello se comprende, según 2,31, prólogo, favorecer el cultivo de los saberes.

¹⁵ BRAVO LIRA, Bernardino, *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, en Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano 5, Quito 1980, ahora en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 8, Santiago 1981. El mismo, *Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco* en *Revista de Derecho Público* 31-32, Santiago 1982.

“Y porque de los hombres sabios los hombres y las tierras y los reinos se aprovechan y se guardan y se guían por el consejo de ellos; por ende queremos a la fin de esta Partida fablar de los estudios y de los maestros, y de los escolares...”.

La definición de la universidad en 2,31,1 es clásica. Como tal no ha perdido vigencia:

“Estudio es ayuntamiento de maestros y escolares que es fecho en algún lugar con voluntad y entendimiento de aprender saberes”.

La universidad es ante todo una corporación o ayuntamiento. Esto es lo que significa la palabra *universitas*. Es una *universitas personarum*, distinta de la *universitas rerum* o conjunto de cosas que se consideran jurídicamente como una unidad. Originalmente la palabra universidad no tiene nada que ver con universalidad, con cultivo de los distintos saberes. No es una *universitas scientiarum*, universidad de las ciencias, sino una *universitas personarum*, una corporación o cuerpo formado por diversos miembros.

Este carácter de corporación, es decir, de cuerpo con vida propia, de la universidad ha desaparecido en no pocos países, donde ella ha sido absorbida por la administración estatal y se halla gravemente amenazado por este mismo peligro en otros países. En verdad los siglos XIX y XX no han sido propicios para las corporaciones, que son una típica institución medieval. Todas ellas, de la naturaleza que sean: locales como las municipalidades, laborales como los gremios y colegios profesionales o de estudiosos como las universidades, fueron primero afectadas por el centralismo administrativo del Estado liberal y en la actualidad, o bien han desaparecido como tales, tragadas por el expansionismo absorbente de la administración del Estado socialista o socializante, o bien se hallan en peligro de ser transformadas en meras entidades administrativas, carentes de vida propia.

14. Maestros y estudiantes

Los miembros que componen la corporación universitaria son de dos clases, claramente distintas entre sí y recíprocamente complementarias. Por una parte están los maestros, los que enseñan, el cuerpo docente de la universidad y, por otra parte, los estudiantes, los que aprenden, el cuerpo discente.

Los maestros son el núcleo permanente de la universidad, por eso su prestigio y su renombre dependen de ellos. Una universidad vale lo que valen sus profesores. La misión de los catedráticos es mostrar los saberes, es decir introducir a los estudiantes en el cultivo del saber científico, esto es, del saber consciente de sus fundamentos.

En este sentido las *Partidas* distinguen claramente los estudios generales, nombre que en la Edad Media se daba a las universidades, de los otros estudios, estudios particulares o simples escuelas.

La distinción se basa, según 2, 31, 1, en los maestros que hay en las universidades, que se dedican al cultivo científico de los grandes saberes.

“Y son de dos maneras de él. La una es a que dicen Estudio general, en que hay maestros de Artes, así como de Gramática y de la Lógica y de la Retórica y de Aritmética y de Geometría y de Astrología. Y otrosí en que hay maestros de Decreto y señores de Leyes”.

Maestros de Decreto son los canonistas y señores de Leyes, los romanistas.

El catedrático universitario se diferencia, pues, de los demás docentes, como son modernamente los profesores de enseñanza media o los maestros primarios. Estos se limitan a transmitir un saber elaborado por otros. Son pedagogos, no especialistas en las materias que enseñan. No por eso es menos apreciable su tarea, entre otras cosas, porque sin ella no serían posible los grados superiores del saber.

Pero la labor del catedrático es distinta. Consiste en iniciar al estudiante en una ciencia, en el trabajo científico de una materia, lo que equivale a encaminarle hacia los fundamentos de la ciencia e, incluso, si es posible, hasta la frontera misma de los conocimientos.

Para esto el catedrático no puede contentarse con estar al día de la producción científica ajena. Tiene que producir, en alguna medida, esos conocimientos en los que inicia a los estudiantes. Tiene que ser él mismo un estudioso, un investigador, que contribuya en mayor o menor medida a la elaboración del saber que profesa. Si no es imposible que enseñe a los estudiantes a cultivar por sí mismos el saber.

El otro elemento de la universidad son los estudiantes, tan imprescindibles como los catedráticos, pero con una tarea distinta.

Por eso, a diferencia de ellos, no pertenecen permanentemente a la universidad. Están en ella transitoriamente, de paso, sólo por el tiempo necesario para formarse en sus aulas. Luego, sólo una minoría permanecerá en la universidad, pero para incorporarse establemente a ella estos estudiantes tendrán que dejar de ser tales y pasar a integrar el cuerpo docente.

La unidad entre maestros y estudiantes en la universidad está dada por el fin común que les reúne en ella, lo que las *Partidas* expresan inmejorablemente en 2, 31, 1: la "voluntad y entendimiento de aprender los saberes". Ese es el fin de la universidad. No hay que perderlo de vista, pues en los últimos siglos a menudo se ha recargado a las universidades con tantas otras tareas —útiles, pero ajenas a su razón de ser—, que ésta queda como oscurecida y, a veces, incluso, como postergada, descuidada, olvidada¹⁶. Todas estas funciones añadidas a las universidades pueden ser cumplidas en igual o menor forma por otras instituciones científicas, artísticas, culturales, benéficas, deportivas, etc. La única que sólo la universidad puede realizar es ésta, que constituye su razón de ser: el cultivo del saber en sus más altos grados.

La erección de la universidad, según esta ley de las *Partidas*, compete sólo al Papa, al emperador o al rey.

Bajo este régimen se fundaron las Universidades de América y Filipinas desde el siglo xvi hasta el xix¹⁷. La primera del Nuevo Mundo fue la de Santo Domingo, erigida en 1538 por el Papa Paulo III. La siguieron las universidades reales de San Marcos en Lima, en 1551, y de México en Nueva España, en 1553 y muchas otras. Al tiempo de la independencia había en América española y Filipinas 21 universidades, de las cuales varias eran reales y las demás pontificias. En Chile, la más antigua universidad se erigió como pontificia en 1622 en Santiago¹⁸. En 1738 fue sucedida por la Real Universidad de San Felipe, que a su vez se transformó en 1842 en la actual Universidad de Chile.

¹⁶ MARTÍNEZ BONATI, Félix, *La misión humanística y social de nuestra Universidad en Anales de la Universidad de Chile* 119, Santiago 1960, p. 114 ss.

¹⁷ Un panorama de estas universidades, RODRÍGUEZ CRUZ, Agueda María, *Historia de las Universidades Hispanoamericanas*, 2 vols., Bogotá 1973.

¹⁸ Para esto y lo que sigue MEDINA, José Toribio, *Historia de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile*, 2 vols., Santiago 1928, últimamente AVILA MARTEL, Alamiro de, *Reseña histórica de la Universidad de Chile (1622-1979)*, Santiago 1979.

VII. PARTIDA TERCERA

La tercera Partida está consagrada a la justicia entre partes que, como se dice en el prólogo:

“se debe facer ordenadamente, por seso y sabiduría en demandando y defendiendo cada uno en juicio lo que cree que es su derecho”.

Allí se presenta como arquetipo la justicia de Dios que “tuvo saber y querer y poder para facerla”. De igual manera, los jueces humanos:

“que la justicia han de facer por El, han menester que hayan en sí tres cosas. La primera que hayan voluntad de quererla y de amarla de corazón parando mientes en los bienes y proes que en ella yacen.

La segunda, que la sepan facer, como conviene y los fechos la demandaren: los unos con piedad y los otros con reciedumbre.

La tercera que hayan esfuerzo y poder para cumplirla, contra los que la quieren toller o embargar”.

1. *El proceso*

El tema central de la tercera Partida es el juicio: las personas que en él intervienen —las partes y el juez— y el procedimiento con arreglo al cual se tramita y resuelve la cuestión debatida.

Se ocupa así sucesivamente del demandante y del demandado, de los jueces y de los abogados, para pasar luego al emplazamiento, la prueba y los diferentes medios de ella —entre los que se incluye la escritura pública, y por lo tanto, se trata de los escribanos— hasta llegar, por último, a las sentencias y las alzadas o recursos contra ellas.

El esquema del procedimiento es similar al expuesto en el siglo XIII por el maestro Jacobo de las Leyes en su obra *Suma de los nueve tiempos de los pleitos*¹⁹. Allí se expone el desarrollo del

¹⁹ Jacobo DE LAS LEYES, *Summa de los nueve tiempos de los pleitos*, ed. UREÑA, Rafael de y BONILLA, Adolfo en *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes (jurisconsulto del siglo XIII)*, Madrid 1924. Hay una edición posterior de SALVAT MONGUILLOT, Manuel: *Un procesalista del siglo XIII. El maestro Jacobo de las Leyes* en *Revista de derecho Procesal* 9 y 10, Santiago 1975.

proceso según el Derecho Común. Estas nueve etapas pasaron de las *Partidas* a los códigos de procedimiento hasta ahora vigentes.

El primer tiempo es la citación y corresponde al actual emplazamiento del demandado para concurrir ante el juez. El segundo es esta concurrencia, llamada hoy comparecencia o, en su defecto, la rebeldía. El tercer tiempo es el que tiene el demandado para deducir excepciones o defensas, que corresponde hoy a la presentación de excepciones dilatorias. Por lo que toca al cuarto tiempo, es el de contestación de la demanda, que fija la controversia.

El quinto tiempo tiene por objeto el juramento de las partes de calumnia, si se trata de pleitos que no son espirituales o de verdad si lo son. Este trámite fue eliminado. El sexto es el de la prueba que subsiste como tal hasta hoy. El séptimo es el de discusión sobre la prueba que equivale a los alegatos de bien probado del derecho procesal castellano e indiano²⁰ y que actualmente está suprimido. No obstante subsiste la práctica de que las partes presenten escritos de observaciones a la prueba rendida.

El octavo tiempo es la citación para oír sentencia, que pone fin a la discusión entre las partes. Este trámite subsiste hasta hoy en Chile aunque aparentemente sin ninguna razón de ser, como un simple vestigio de otras épocas. Una huella de su antigua significación es el hecho de que en el actual derecho su omisión sea causal de nulidad de la sentencia, recurso que desde la codificación se conoce con el nombre de casación en la forma.

El noveno tiempo es el de sentencia por la que se concluye el juicio, a la que dedica todo el título 22 de la tercera Partida.

A continuación se trata de las alzadas o recursos en contra de las sentencias y resoluciones judiciales.

El texto de las *Partidas* se mantuvo vigente en España y en América española en materia procesal hasta la codificación. Ella comenzó tempranamente, como lo muestra el *Código de proceder* de Bolivia, de 1830, y otras leyes procesales españolas o iberoamericanas²¹.

En Chile la codificación del derecho procesal sólo se terminó a comienzos del siglo xx, con los códigos de procedimiento civil que entró a regir en 1903 y de procedimiento penal en vigor desde

²⁰ CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge y CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente, *Derecho procesal indiano*, Santiago 1951.

²¹ Para esto y lo que sigue BRAVO LIRA, Bernardino, *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 8, Valparaíso 1984.

1907. Hasta entonces rigieron las *Partidas*. Como hemos visto, su huella persiste hasta hoy en el esquema del procedimiento civil que es el mismo de la Partida tercera con algunos retoques.

2. Juez y abogados

En cuanto a las personas que intervienen en los juicios, esta Partida presta especial atención a los jueces y abogados.

En 3, 4, 3 se señalan las condiciones que debe tener el juez. Ante todo se le exige que sea temeroso de Dios y del señor que lo puso como juez.

“Acuciosamente y con gran femencia (ahínco) debe ser catado que aquellos que fueren escogidos para ser jueces o adelantados que sean cuales dijimos en la segunda Partida de este libro. Pero si tales en todo non los pudiese hallar, que hayan en sí, al menos, estas cosas: que sean leales. Y de buena fama. Y sin mala codicia. Y que hayan sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su saber o por uso de luengo tiempo. Y que sean mansos. Y de buena palabra, a los que vinieran ante ellos a juicio. Y sobre todo que teman a Dios y a quien los pone allí. Porque si a Dios temieren guardarse han de facer pecado y habrán en sí piedad y justicia. Y si al señor tuviesen miedo, recelarse han de facer cosa, por do les venga mal de él, viniéndoles a miente, como tienen su lugar cuanto para juzgar derecho”.

Luego, en 4, 6 prólogo se refiere a los abogados, cuyo papel es auxiliar a las partes para hacer valer en juicio su derecho:

“el oficio de los abogados es muy provechoso para ser mejor librados los pleitos y más en cierto, cuando ellos son buenos y andan por allí lealmente porque ellos aperciben a los juzgadores y les dan carrera para librar más aina (pronto) los pleitos. Por ende tuvieron por bien los sabios antiguos que ficieron las leyes que ellos pudiesen razonar por otro y mostrar también en demandado como en defendiendo los pleitos en juicio; de

guisa que los dueños de ellos por mengua de saber razonar o por miedo, por vergüenza o por no ser usado de los pleitos, no perdiesen su derecho”.

En 3,6,3 se prohíbe a las mujeres abogar por otro. Pero no se trata de una inferioridad derivada de su sexo, puesto que pueden muy bien alegar por sí mismas. Es una muestra más del respeto caballeresco por la mujer, que no quiere verla mezclada en disputas y griteríos:

“Ninguna mujer, cuanto quiera que sea sabidora no puede ser abogado por otro. Y esto por dos razones. La primera que non es guisada ni honesta cosa que la mujer tome oficio de varón, estando públicamente envuelta con los hombres para razonar por otro”.

La segunda razón es pintoresca:

“porque antiguamente lo defendieron (prohibieron) los sabios, por una mujer que decían Calfurnia, que era sabidora, porque era tan desvergonzada que enojaba a los jueces con sus voces, que no podían con ella. De donde ellos, catando la primera razón que diximos en esta ley y otrosí viendo que cuando las mujeres pierden la vergüenza es fuerte cosa de oirlas y de contender con ellas; y tomando escarmiento del mal que sufrieron con las voces de Calfurnia, defendieron (prohibieron) que ninguna mujer non pudiese razonar por otro”.

3. *Escrituras y escribanos*

Pero, tal vez, lo que más largamente rigió en Chile de las *Partidas* es su regulación del oficio de escribano y señaladamente de la escritura pública.

La escritura se define en 3,18,1:

“Escritura de que nace averiguamiento de prueba es toda carta que sea fecha por mano de escribano público de concejo o sellada con sello del rey o de otra persona auténtica, que sea de creer; nace de ella gran pro”.

En su glosa a esta ley, Gregorio López distingue tres especies de instrumentos: auténtico, público y privado. Los primeros son aquellos que hacen fe por sí mismos, de suerte que no requieren ninguna otra cosa para su validez. Entre ellos señala los sellados con sello auténtico del rey o de otros; las escrituras confeccionadas por un oficial en las cosas pertenecientes a su oficio, para el que fue nombrado por la autoridad pública; las que son incorporadas por la citada autoridad a archivos públicos y son tenidas comúnmente por públicas por los jueces; los libros de censos, de estatutos u otros, pero estas escrituras hacen fe entre los hombres de ese territorio, no frente a extraños. Finalmente, se llama también auténtica una escritura por su cumplimiento durante largo tiempo, como los libros antiguos, el Nuevo Testamento, las epístolas de Pablo, los libros de Aristóteles y otros similares.

Documentos públicos son, en cambio, los extendidos de mano de los escribanos.

Finalmente, hay documentos privados que no son ni auténticos ni públicos, extendidos por una persona privada que no tiene un oficio público.

El código civil chileno reduce esta trilogía a un binomio: instrumentos públicos y privados.

“Art. 1699. Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”.

Pero distingue entre los instrumentos públicos la escritura pública:

“Art. 1699, inciso 2º Otorgado ante escribano e incorporado a un protocolo o registro público, se llama escritura pública”.

Como veremos, la exigencia de que la escritura pública se extienda en un registro o protocolo es posterior a las *Partidas*. Data de la época de los Reyes Católicos.

Del escribano dice en 3,19,1:

“Escribano tanto quiere decir como hombre que es sabidor de escribir y son dos maneras de ellos. Los unos que escriben los privilegios y las cartas y los actos de la casa del rey y los otros que son los escribanos públicos que escriben cartas de ven-

didias y de compras y de los pleitos y posturas (contratos) que los hombres ponen entre sí en las ciudades y en las villas”.

Gregorio López apunta que la palabra sabidor debe añadirse: y que tiene autoridad pública, que ha sido constituido (como escribano) por quien tiene potestad (de hacerlo).

Entre los requisitos que debe reunir el escribano según 3,19,2 están la lealtad, bondad y entendimiento, el conocimiento del arte de la escribanía, la discreción para guardar el secreto de los actos que se pasen ante ellos, la vecindad para que conozca a los otorgantes y el carácter de lego, porque actúa como ministro de fe en pleitos en los que pueden pronunciarse sentencia de muerte o de lesión, lo que no corresponde a un clérigo.

López comenta que se exige conocer el arte de la escribanía, no estudios de derecho. Sobre ese arte cita la célebre *Summa de Rolandino*²², y explica que el escribano debe conocer las notas y fórmulas de los instrumentos y las cosas sobre las cuales está prohibido por las leyes confeccionar instrumentos.

Después de definirse los escribanos, en 3,19,1 se hace su elogio:

“Y el pro que nace de ellos es muy grande cuando facen su oficio bien y lealmente: ca se desembargan y acaban las cosas que son menester en el reino por ellos y finca (quedan) remembranza de las cosas pasadas, en sus registros en las notas que guardan y en las cartas que facen...”.

Las *Partidas* dieron carácter legal a la exigencia de que las notas que toma el escribano para extender la escritura se asentaren en un libro especial, el registro.

En 3,19,9 se lee:

“Tenudos (obligados) son los escribanos públicos de las ciudades y de las villas de guardar y de facer todas estas cosas que aquí mostramos. Primeramente que deben haber un libro por registro en que escriban las notas de todas las cartas en aquella manera que el juez le mandare o que las

²² PASSAGERI, Rolandino, *Aurora, con las adiciones de Pedro de Unzola*, Vicenza 1485, trad. castellana, Madrid 1950.

partes que les mandan allí hacer la carta se acordaren ante ellos. E después de esto deben hacer las cartas”.

Este registro adquirió su forma actual en tiempos de los Reyes Católicos. Por pragmática de 7 de junio de 1503, Isabel la Católica mandó que el libro registro fuera de pliego de papel entero y encuadernado, que en él se pusiera por extenso la escritura que hubiere de otorgarse y que las partes firmasen allí, luego de la lectura de su texto ante testigos. Desde entonces el original de la escritura quedó incorporado al registro o protocolo del notario y las partes recibieron, en lugar de él, copias autorizadas²³.

Con estas importantes transformaciones el régimen de las escrituras públicas y, en general, del escribanato de las *Partidas* se mantuvo en vigor en Chile hasta 1925, en que se dictó el llamado código del notariado²⁴. A partir de entonces recibió una nueva regulación legal, que reemplazó a la de las *Partidas* y, en general, del derecho castellano, con muy pocas modificaciones.

4. *Dominio y posesión*

Finalmente la Partida segunda trata de algunas materias que no son procesales, como el dominio, la posesión, la prescripción extintiva del dominio y la adquisitiva del mismo, las servidumbres y las labores nuevas.

El dominio es descrito como una forma de señorío y definido en 3,28,1

“poder que (el) hombre ha en las cosas muebles o raíz de este mundo en su vida y después de su muerte pasa a sus herederos o a aquellos a quien la enajenase mientras viviese”.

La posesión se define gráficamente en 3,30,1:

“Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies. Y según dijeron los sabios antiguos, posesión es tenencia derecha que el hombre ha en las cosas

²³ AVILA MARTEL, Alamiro DE y BRAVO LIRA, Bernardino, *Matrices impresas en un protocolo notarial del siglo XVI*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 5, Santiago 1969.

²⁴ *Decreto-Ley 407* de 10 de marzo de 1925. DÍAZ MIERES, Luis, *Código del Notariado*, Santiago 1948.

corporales, con ayuda del cuerpo y del entendimiento”.

Toda esta materia es más antigua que las *Partidas*, que la toman del Derecho Común. Asimismo, sobrevive a las *Partidas*, pues pasa con ligeras variantes a los códigos civiles. El de Chile entró en vigencia en 1857 y desde entonces este trozo de las *Partidas* dejó de regir, si bien su contenido se mantuvo en el nuevo cuerpo legal y dentro de él persiste hasta hoy.

VIII. CUARTA PARTIDA

La cuarta Partida está destinada al matrimonio y, en general, al derecho de familia. Trata además de otros vínculos permanentes entre los hombres, distintos del matrimonio y del parentesco. Tales son la esclavitud y el vasallaje.

1. *Matrimonio y filiación legítima*

Este texto se basa también en el Derecho Común. Así, en 4,1,2 y 3 se distingue entre los desposorios o esponsales, que se hacen “por palabras que muestran el tiempo que es porvenir” y el matrimonio o “casamiento que se hace por palabra de presente”. En otros términos, mientras el uno es una promesa de matrimonio mutuamente aceptada, el otro es el matrimonio propiamente dicho, por el cual los contrayentes se dan y se reciben respectivamente como marido y mujer.

El matrimonio se define en 4,2,1 en los siguientes términos:

“ayuntamiento de marido y de mujer fecho con intención de vivir siempre en uno y de no se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro y no se ayuntando el varón a otra mujer ni ella a otro varón, viviendo ambos a dos”.

Ya en la primera Partida, 1,4,72, se reconoce el matrimonio entre cristianos como uno de los siete sacramentos de la Iglesia. En consecuencia, todo lo que toca a la capacidad para contraerlo, forma y solemnidades de su celebración y validez, pertenece al derecho canónico.

En 4,2,3 se recoge la doctrina sobre los llamados tres bienes del matrimonio:

“Pero muy grande y muchos bienes nacen del casamiento, según es dicho en el prólogo de esta cuarta Partida. Y aún sin aquellos, señaladamente se levantan ende tres cosas: fe y linaje y sacramento.

Y esta fe es lealtad que deben guardar el uno al otro, la mujer no habiendo que ver con otro, ni el marido con otra.

Y el otro bien del linaje, es de facer hijos para crecer derechamente el linaje de los hombres y con tal intención deben todos casar, también los que no puede haber hijos, como los que los han.

Y el otro bien del sacramento, es que nunca se deben partir (separar) en su vida y pues Dios los ayuntó no es derecho que el hombre los departa. Y además crece el amor entre el marido y la mujer, pues que saben que no se han de departir y son más ciertos de sus hijos y amánlos por ende”.

Admite el divorcio, pero como separación de lecho y de techo, no como disolución del vínculo matrimonial:

“Pero con todo esto, bien se podrían departir si alguno de ellos ficiese pecado de adulterio o entrase en orden con otorgamiento del otro, después de que se hubiesen ayuntado carnalmente. Y como quiera que se departen para no vivir en uno, por alguna de estas maneras, no se departe por eso el matrimonio”.

Esto permanece vigente en Chile, pues no fue alterado por la ley del matrimonio civil. Pero hay una diferencia, conforme a las *Partidas* y al código civil que las sigue en esta materia, el juez se limitaba a reconocer el divorcio, en tanto que según la mencionada ley ahora lo decreta.

Del matrimonio proceden los hijos legítimos.

“Legítimo hijo, tanto quier decir, como el que es fecho segund ley y aquellos deben ser llamados legítimos los que nacen de padre y de madre que son casados verdaderamente, según manda (la) Santa Iglesia”.

2. *Filiación ilegítima*

Además del matrimonio, trata esta Partida 4,14 “de las otras mujeres que tienen los hombres que no son de bendiciones”. Es interesante detenerse en ellos, porque distinguen claramente lo que es moral de lo que es derecho. Así dice en el prólogo de 4,14:

“Barraganas defiende Santa Iglesia que no tenga ningún cristiano porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que hicieron las leyes consintieronles que algunos las pudiesen haber sin pena temporal, porque tuvieron que era menos mal de haber una que muchas”.

El origen de la barraganía es árabe, según se recuerda en 4,14,1:

“Y tomó este nombre de dos palabras, *barra* que es de arábigo, que quiere decir como fuera y *gana* que es de latino, que es por ganancia, y estas dos palabras ayuntadas quieren decir tanto como ganancia que es fecha fuera de mandamiento de Iglesia. Y por ende los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia”.

Sólo se permite tener barragana a los hombres que pueden contraer matrimonio, por no ser casados ni haber profesado en alguna orden religiosa. Igualmente, sólo se puede tomar por barragana a una mujer que puede contraer matrimonio.

De las barraganas y otras “mujeres que no son de bendiciones” provienen los hijos no legítimos de que se trata en el título 15:

“Hijos han a las vegadas (a veces) los hombres que no son legítimos, porque no nacen de casamiento según ley”.

Se distinguen varias clases de hijos no legítimos. Ante todo existen los naturales:

“Naturales y non legítimos llamaron los sabios antiguos a los hijos que no nacen de casamiento según ley, así como los que facen en barraganas”.

Distintos son los otros hijos ilegítimos, provenientes de padres que al tiempo de la concepción o nacimiento no podían contraer matrimonio, como los casados, los parientes próximos o los clérigos y profesos en orden religiosa. Según su origen, se denominan adúlteros, incestuosos o sacrílegos.

Todavía se habla de otros hijos, como los de mujeres de mala vida, llamados manceres, espurios o notos.

3. *Estado de las personas*

A continuación se trata del poder que los padres tienen sobre la persona y bienes de sus hijos o patria potestad. Sobre la aplicación de este derecho de familia en el Chile indiano hay sugerentes estudios²⁵.

Por último, se cierra el capítulo relativo a la familia con los miembros de la sociedad heril, criados y esclavos. De la esclavitud o servidumbre se dice que

“es la más vil cosa de este mundo que pecado non sea”.

Trata en seguida de los diversos estados de los hombres: libre o esclavo, hidalgos o personas comunes, clérigos o laicos, hijos legítimos o hijos de ganancia, cristianos o moros o judíos, varón o mujer.

Termina con sendos títulos dedicados al señorío, al vasallaje, a los feudos y al vínculo de amistad.

4. *Vigencia de la Partida cuarta*

Esta Partida fue modificada en algunos aspectos por las *Leyes de Toro*, a comienzos del siglo xvi. Allí se precisó el concepto de hijo natural

“Y porque no se pueda dudar cuales son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se diga ser los hijos naturales cuando al tiempo en que nacieron o fueron concebidos sus padres po-

²⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Estatuto jurídico del hijo ilegítimo en el derecho indiano* en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3, Valparaíso 1978, p. 113 ss. El mismo, *Normas procesales tutelares de menores en Chile indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago 1983.

dían casar con sus madres justamente sin dispensación; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola...”²⁶.

Con estas alteraciones la Partida cuarta rigió hasta la codificación del derecho matrimonial y de familia. En Chile esto se verificó en 1857, cuando comenzó a regir el *código civil*. Este no introdujo grandes innovaciones. Dio una nueva definición del matrimonio, que mejora la de las *Partidas*, pues se refiere expresamente a los hijos.

“Art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Esta definición es superior a la de las *Partidas*, porque se refiere expresamente a la procreación como fin del matrimonio. En las *Partidas*, en cambio, la intención de tener hijos como requisito del matrimonio no se enuncia en la definición de éste, sino, como vimos, al tratar de los bienes del matrimonio.

En cuanto a la capacidad para contraerlo, forma y solemnidades de su celebración y a la validez del mismo, no se hizo innovación. Según el *código civil*, continuó regido por el derecho canónico:

“Art. 3. Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído.

La ley civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos”.

Este régimen subsistió hasta 1884. Ese año se dictó la *ley del matrimonio civil*, que desconoció los efectos civiles del matrimonio sacramental: los contrayentes dejaron de considerarse como cónyuges y los hijos como legítimos, con las consecuencias patrimonia-

²⁶ Ley 11 de Toro, ahora *Novísima Recopilación* 10,5,1.

les y sucesorias que de ello derivan. En adelante se impuso a todos los habitantes, fueran cristianos o no, como único matrimonio legalmente reconocido el matrimonio civil, instituido por esta ley²⁷.

En resumen, buena parte de esta Partida continúa vigente, si no en su texto primitivo, a través del *código civil*.

IX. PARTIDA QUINTA

La Partida quinta se refiere a los vínculos que surgen entre los hombres por contratos, esto es, "de todas las cosas que los hombres ponen entre sí, a placer de ambas partes", a lo largo de su vida.

Recoge ampliamente el Derecho Común y es el capítulo de las *Partidas* que menos ha variado hasta ahora.

Comienza por los contratos mutuo, comodato y depósito. Luego trata de la donación, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, la compañía o sociedad, la promesa, la fianza, los peños, es decir, la hipoteca y la prenda. Finalmente se ocupa del pago y de la cesión de bienes.

Esta Partida rigió hasta la codificación del derecho de contratos y obligaciones. Ella se verificó en Chile por el *código civil*, que, como se ha dicho, empezó a regir en 1857.

Pero el código siguió en esta materia muy de cerca a las *Partidas*. Así, por ejemplo, en materia de compraventa, mantuvo la distinción entre título y modo de adquirir. Por eso la compraventa en el *código civil* de Chile, como en las *Partidas*, no transfiere dominio, a diferencia de la del *code civil* francés, que sí lo transfiere.

En resumen, puede decirse que esta Partida es la que mejor sobrevive dentro del derecho codificado actualmente vigente en Chile.

X. SEXTA PARTIDA

La Partida sexta versa sobre la sucesión por causa de muerte y las guardas.

En primer lugar, trata detalladamente de la sucesión testada en los títulos 1 a 12. Define el testamento en 6,1,1:

²⁷ *Ley de matrimonio civil* de 10 de enero de 1984, art. 1: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no produce efectos civiles".

“Testatio et mens, son dos palabras de latin, que quiere tanto decir en romance como testimonio de la voluntad del hombre. Y de estas palabras fue tomado el nombre de testamento ca en el se encierra la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero y departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo después de su muerte”.

Luego se ocupa más brevemente de la sucesión intestada en el título 13.

Toda esta materia fue considerablemente modificada en 1505 por las *Leyes de Toro*. Bajo esta forma se aplicó en América española hasta la codificación y pasó en el siglo XIX a los nuevos códigos, como sucedió con el civil en Chile.

De las guardas se trata en los títulos 16 a 18. En el 19 contempla y reglamenta la *restitutio in integrum* en favor de los menores de edad. Esta materia, incluidas las guardas, fue en parte modificada por posteriores leyes de Castilla y de esa manera se aplicó en América española hasta la codificación, que tampoco innovó mayormente en el caso de Chile y de los demás países que adoptaron su código civil, salvo en lo que se refiere a la supresión de la *restitutio in integrum*.

Sobre el estatuto jurídico del huérfano en el derecho indiano hay un penetrante estudio debido al profesor Antonio Dougnac Rodríguez²⁸.

X. PARTIDA SÉPTIMA

La séptima Partida, dedicada al derecho penal y procesal penal, viene a ser como la garantía de las otras seis.

1. *Procedimiento penal*

Comienza por el procedimiento penal acusatorio.

Sobre el juez, dice estas memorables palabras en 7,1,26:

“La persona del hombre es la más noble cosa del mundo. Y por ende decimos que todo juzgador

²⁸ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Estatuto del huérfano en el derecho indiano en Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* 6, Quito 1980, p. 441 ss. El mismo, *Normas tutelares...* nota 24.

que hubiere a conocer de tal pleito sobre que pudiese venir muerte o perdimiento de miembro, que debe poner guarda muy afincadamente que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales y verdaderas y sin ninguna sospecha y que los dichos y las palabras que dijeren firmando sean ciertas y claras como la luz, de manera que no pueda sobre ellos venir duda ninguna”.

Admite el tormento, pero sólo en caso de que las otras pruebas fuesen insuficientes, el acusado fuere hombre de mala fama y hubiese presunciones fundadas en contra suya. Distingue en 7,1,26 dos situaciones:

“Y si las pruebas que fuesen dadas contra el acusado no dijeren ni atestiguasen claramente el yerro sobre que fue hecha la acusación y el acusado fuese hombre de buena fama débelo el juzgador quitar (absolver) por sentencia”.

El otro caso es el del hombre de mala fama:

“Y si por aventura fuese hombre mal enfamado y otrosí por las pruebas hallase algunas presunciones contra él; bien lo puede entonces hacer atormentar de manera que pueda saber la verdad de él”.

Y añade que en caso de resulta falsa la acusación, debe sancionar al que la dedujo:

“Y si por su conoscencia ni por las pruebas que fueron contra él no lo hallare en culpa de aquel yerro sobre que fue acusado, débelo dar por quitto (absuelto) y dar al acusador aquella misma pena que daría al acusado”.

Esta regla se halla todavía vigente. Fue recogida por el *código penal* español de 1848 y de ahí pasó a los hispanoamericanos, como el de Chile de 1874, que la consigna en su artículo 208²⁹.

²⁹ BRAVO LIRA, nota 21, esp. p. 57 ss.

El tormento se regula en el título 30. Se lo rodea de una serie de condiciones para moderar su rigor. En 7,30,1 se lo define como un medio de prueba:

“Tormento es una manera de prueba que hallaron los que fueron amadores de la justicia para escudriñar y saber la verdad por él, de los malos fechos que se facen encubiertamente y no pueden ser sabidos ni probados por otra manera”.

Sólo puede aplicarse por mandato al juez. Así se establece en 7,30,2.

“Tormentar los presos non debe ninguno sin mandamiento de los juzgadores ordinarios que han poder de facer justicia”.

El juez sólo debe mandar poner a alguno en tormento después de contar con presunciones o sospechas ciertas de los hechos de que se les acusa:

“Y aún los juzgadores no los deben tormentar luego que sean acusados, a menos de saber ante presunciones o sospechas ciertas de los yerros sobre que fueron presos”.

El tormento no puede aplicarse, según 7,30,2, a ciertas personas por su edad, por el honor de la ciencia que profesan, por la nobleza o en razón de la criatura que lleva en su vientre la mujer embarazada.

“Otro sí decimos que non deben meter a tormento a ninguno que sea menor de catorce años, ni a caballero (noble) ni a maestro de las leyes o de otro saber, ni a hombre que fuese consejero, señaladamente del rey, ni a los hijos de estos sobredichos, siendo los hijos de buena fama, ni a mujer que fuese preñada hasta que para, maguer (pese a) que hallen señaladas sospechas contra ellos. Esto es por honra de la ciencia y por la nobleza que ha en sí y a la mujer, por razón de la criatura que tiene en el vientre que non merece mal”.

Pero el tormento debe aplicarse bajo ciertas condiciones, según se puntualiza en 7,30,3. Ha de ser en presencia del juez y ante un escribano que consigne los dichos del acusado.

“Pero debe él (juez) estar delante cuando lo atormentaren, otrosí el que ha de cumplir la justicia por su mandato, y el escribano que ha de escribir los dichos del que han a atormentar y non otro”.

2. *Delitos*

El grueso de la Partida está dedicado a los delitos a los que se llama yerros. Aborda en primer lugar lo que para la mentalidad medieval es más grave: la falta de fidelidad o traición. Luego se ocupa de la falsedad y de los homicidios. A continuación trata de los delitos contra la honra, de los cometidos por medio de la fuerza, de la ruptura de la tregua, los robos, hurtos, daños y engaños o estafas. En seguida se ocupa de los adulterios, el incesto, la violación, la sodomía, la alcahuetería y la hechicería. Finalmente trata de la herejía, el suicidio y la blasfemia.

De la traición contra el rey, dice en 7,2,1

“Lesae maiestatis crimen, tanto quiere decir en romance como yerro de traición que hace (el) hombre contra la persona de su rey. Y traición es la más vil cosa y la peor que puede caer en el corazón del hombre”.

Y pondera la ruindad y maldad de este crimen:

“Y nacen de ella tres cosas que son contrarias a la lealtad y son estas: tuerto, mentira y vileza. Y estas tres cosas facen al corazón del hombre tan falso que yerra contra Dios y contra su señor natural y contra todos los hombres, haciendo lo que non debe facer: ca tan grande es la vileza y la maldad de los hombres de mala ventura, que tal yerro facen, que no se atreven a tomar venganza de otra guisa, de los que mal quieren, sino encubiertamente y con engaño”.

En 7,8,1 se define el homicidio y se distinguen varias formas de él

“Homicidium en latin tanto quiere decir en romance como matamiento de hombre”.

Y añade:

“Y son tres maneras de él. La primera es cuando mata un hombre a otro torticieramente. La segunda cuando lo face con derecho tornando sobre sí. La tercera es cuando acaece por ocasión”.

Sólo el primero es delito, pues los otros dos corresponden a la muerte en defensa propia o por accidente.

Se distingue claramente el robo del hurto. Mientras el primero consiste según 7,13,1 en quitar a otro una cosa mueble suya o ajena,

“Furto es malfetría que facen los hombres que toman alguna cosa mueble ajena encubiertamente, sin placer de su señor, con intención de ganar el señorío o la posesión o el uso de ella”.

3. *Penas*

De las penas se trata en el título 31. En 7,31,1 se las define siguiendo a Azo de Bolonia y se señalan sus objetos.

“Pena es enmienda de pecho (multa) o escarmiento que es dado según ley a algunos por los yerros que ficieron”.

En seguida agrega:

“Y dan pena los juzgadores a los hombres por dos razones. La una es porque reciban escarmiento de los yerros que ficieron. La otra es, porque todos los que oyeren y vieren tomen ejemplo y apercibimiento para guardarse que no yerren, por miedo a las penas”.

Contempla siete especies de penas, según se dice en 7,31,4:

“Siete maneras son las penas, porque pueden los juzgadores escarmantar a los facedores de yerros.

Y las cuatro son de las mayores y las tres de las menores.

La primera es dar a los hombres pena de muerte o de perdimiento de miembro.

La segunda es condenarlo a que esté en fierros para siempre, cavando en los metales del rey o labrando en las otras sus labores o sirviendo a los que la ficieren.

La tercera es cuando destierran a alguno para siempre en alguna isla o en algún lugar cierto, tomándole todos sus bienes.

La cuarta es cuando mandan echar algún hombre en fierros, que yazga siempre preso en ellos o en cárcel o en otra prisión y tal prisión como esta non la deben dar a hombre libre sino a siervo. Ca la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados”.

Las penas de los yerros menores son:

“La quinta cuando destierran alguno para siempre en isla, non tomándole sus bienes.

La sexta, es cuando dañan la fama de alguno, juzgándolo por infamado (infame) o cuando le tuellen (remueven) por yerro que ha hecho de algún oficio . . .

La séptima es cuando condenan a uno que sea azotado o herido paladinamente por yerro que hizo o lo ponen, en deshonor de él, en la picota o lo desnudan faciéndolo estar al sol untado en miel porque lo coman las moscas alguna hora del día”.

Hay, pues, en las *Partidas* un régimen de pena legal, que con naturales alteraciones subsiste hasta hoy.

4. *Tentativa y delito consumado*

En cuanto a la aplicación de la pena, distingue entre tentativa y delito consumado, y considera las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes.

En 7,31,2 se distinguen claramente tres situaciones: el mero pensamiento de cometer un delito; la tentativa, esto es, el principio de ejecución del delito que no se lleva a término, y la comisión del delito

“Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los hombres, de manera que se afirman en aquello que piensan, para lo cumplir de fecho. Y después asman (reflexionan) que si lo cumpliesen que farían mal y arrepíentense. Y por ende decimos que cualquier hombre que se arrepiente del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por él, que no merece pena por ende, porque los primeros movimientos de las voluntades no son en poder de los hombres”.

Luego pasa a tratar de la tentativa:

“Más si después que lo hubiese pensado, se trabajase de lo facer y de lo cumplir, comenzándolo de meter en la obra, maguer no lo cumpliese del todo, entonces sería en culpa y merecería escarmiento según el yerro que fizo, porque erró en aquello que era su poder, de se guardar de lo facer, si lo quisiere”.

Y pone diversos ejemplos:

“Y esto sería como si alguno hubiese pensado cometer alguna traición contra la persona del rey y después comenzase en alguna manera a meterlo en obra, así como hablando con otros, para meterlos en aquella traición que había pensado él, o haciendo jura (mento) o escrito con ellos, o comenzándolo a meter por obra en alguna otra manera semejante de estas, maguer (aunque) no lo hubiese hecho acabadamente...”.

Pero no toda tentativa es punible. Sólo lo son la de traición y de homicidio. En cuanto a la de forzar una mujer virgen o casada, la tentativa se castiga como delito consumado. En los demás casos, la tentativa no es punible.

“Mas en todos los otros yerros que son menores de estos, maguer (aunque) los pensaren los hombres de facer y comienzan a obrar, si se arrepintieren antes que el pensamiento malo se cumpla por fecho, no merecen pena alguna”.

5. *Eximentes, atenuantes y agravantes*

De un modo general se consideran en 7,31,8 las eximentes, atenuantes y agravantes.

Ante todo se considera la persona del hechor, porque es materia de justicia distributiva:

“Catár deben los juzgadores, cuando quieren dar juicio de escarmiento contra alguno qué persona es aquella contra quien lo dan: si es siervo o libre, o hidalgo u hombre de villa o de aldea, o si es mozo o mancebo o viejo: ca más crudamente deben escarmantar al siervo que al libre, al hombre vil que al hidalgo y al mancebo que al viejo ni al mozo”.

Luego precisa el modo de aplicar la pena:

“Maguer (aunque) el hidalgo u otro hombre que fuese honrado por su ciencia o por otra bondad que hubiese en él, hiciese cosa por la que debiese morir, no lo deben matar tan vilmente como a los otros, así como arrastrándolo o enforzándolo o quemándolo o echándolo a las bestias bravas; mas debenlo matar en otra manera, así como haciendolo sangrar o ahogándolo o haciendolo echar de la tierra, si le quisiesen perdonar la vida”.

De ahí pasa a considerar la edad, que es eximente o atenuante, según los casos:

“Y si por aventura el que hubiese errado fuese menor de diez años y medio, non le deben dar ninguna pena. Y si fuese mayor de esta edad y menor de diecisiete años, degenle menguar (disminuir) la pena que darían a los otros mayores por tal yerro”.

También debe considerarse la dignidad del ofendido:

“Otrosí deben catar los juzgadores, las personas de aquellos contra quien fue fecho el yerro; ca mayor pena merece aquel que erró contra su señor o contra su padre o contra su mayoral o contra su amigo, que si lo ficiese contra otro que non hubiese ninguno de estos debdos (lazos)”.

Luego están las circunstancias:

“Y aún debe catar el tiempo y el lugar en que fueron fechos los yerros. Ca si el yerro que han de escarmentar es mucho usado de facer en la tierra a aquella sazón, deben entonces poner crudo escarmiento porque los hombres se recelen de lo facer.

Y aún decimos que debe catar el tiempo en otra manera. Ca mayor pena debe haber aquel que face el yerro de noche que non el que lo face de día, porque de noche pueden nacer muchos peligros ende y muchos males”.

Después de detallar otras circunstancias, señala, siempre en 7,31,7:

“Y aún deben catar cuando dan pena de pecho (multa) si aquel a quien la dan o la mandan dar es pobre o rico. Ca menor pena deben dar al pobre que al rico, esto porque manden cosa que pueda ser cumplida”.

Para terminar, confirma el arbitrio de los jueces en materia penal:

“Y después que los juzgadores hubieren catado acuciosamente todas estas cosas sobredichas, pueden crecer, menguar o toller (quitar) la pena, según entendieren que es guisado y lo deben facer”.

6. *Prisión*

Por lo que toca a los presos, se ordena en 7,29,8 al alcaide dar razón periódica al juez de los que tiene a su cargo. Es una verdadera garantía para el afectado.

“El carcelero mayor de cada lugar debe venir una vez cada mes delante del juzgador mayoral que puede juzgar los presos y débele dar cuenta de tantos presos que tiene y como han nombre (cómo se llaman) y cuanto tiempo ha que yacen presos”.

Con este objeto, el alcaide debe llevar una nómina de ingreso de los presos a su cargo

“Y para poder esto facer el carcelero ciertamente cada (vez) que le adujeren (traigan) presos, débelos recibir por escrito, escribiendo el nombre de cada uno de ellos y el lugar do fue y la razón porque fue preso y el día y el mes y la ora en que lo recibe y por cuyo mandato”.

Todo lo cual debe hacer el juez, bajo pena de veinte maravedís de oro para la cámara del rey

“Y el juzgador de cada lugar debe ser acucioso para lo hacer cumplir porque los pueda quitar (absolver) y condenar, así como dicho es en esta ley y el juez que contra esto ficiere debe ser tollido (removido) del oficio por infamado y pechar (pagar) por ende diez maravedís de oro al rey”.

7. Vigencia de la Partida séptima

Hay abundantes testimonios de la aplicación de esta Partida en América española. Por eso se sabe que los jueces indianos hicieron largo uso del arbitrio judicial para adecuar esta legislación a la época y a la situación en que ellos debían actuar.

“El sistema penal indiano, dice Alamiro de Avila, como también el castellano, se basaba en el principio que el derecho natural predomina sobre el positivo, y ello tenía como consecuencia que la autoridad encargada de aplicarlo, el que juzga, estaba investido de arbitrio para considerar la justicia o injusticia de una norma. Por esto importaba poco que la formulación de las normas en materia penal estuviera en códigos de muchos siglos, pues, si las circunstancias habían variado, el juez debía apar-

tarse de las allí contenidas y aplicar otra —la del derecho natural entendido como realidad práctica— que no acarree injusticia”³⁰.

Así, la jurisprudencia práctica rejuveneció el derecho de las *Partidas* en América española a lo largo de los siglos XVI, XVII, XVIII y parte del XIX³¹. Luego vino la codificación, dentro de la cual tuvieron singular importancia por su difusión en América española los códigos penales españoles de 1822 y de 1848³². En Chile la vigencia de esta Partida en materia penal se prolongó hasta 1875 y en materia procesal penal hasta 1907. Sólo en esas fechas entraron en vigencia los códigos respectivos que, por lo demás, recogieron sin grandes alteraciones el derecho anterior.

XI. LAS REGLAS DEL DERECHO

Las *Partidas* se cierran con un título sobre las reglas de derecho. Sigue así el precedente del Digesto y de las Decretales.

A las reglas aquí recogidas hay que añadir las que están dispersas en el resto del texto.

Estas reglas tienen mayor significación de la que pueda suponer un hombre de derecho formado en el positivismo jurídico. Son punto de partida para el razonamiento jurídico. Como tales tuvieron un gran papel dentro del derecho indiano.

Sobre esta materia publicó en 1665 y 1666 dos volúmenes Fernando Pedrosa y Meneses, catedrático de Salamanca y luego racionero de la catedral de Santa Fe de Bogotá. *Repetita praelectio sive facilis et brevis expositio ad titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui . . .*³³ y *Academica expositio ad titulum de regulis iuris Ex libro sexto Decretalium*³⁴.

La última regla es un digno colofón a esta suma de derecho. Se refiere a las innovaciones en materia jurídica.

³⁰ AVILA MARTEL, Alamiro de, nota 9, p. 41.

³¹ AVILA MARTEL, Alamiro de, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago 1941.

³² BRAVO LIRA, nota 21.

³³ PEDROSA Y MENESES, Fernando, *Repetita praelectio sive facilis et brevis expositio ad titulum Pandectarum de diversis regulas iuris antiqui . . .* Salamanca 1665.

³⁴ El mismo, *Academica expositio ad titulum de regulis iuris Ex libro sexto Decretalium*, Salamanca 1666.

“Regla xxxvii. Otrosi dijeron que las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto el pro de ellas, antes que se parta de las otras que fueron antiguamente tenidas por buenas y derechas”.

XII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, cabe decir que las *Siete Partidas* rigieron en Chile por más de tres siglos: desde la llegada de los conquistadores en 1540 hasta la codificación, que se completó entre 1857 y 1907.

Esta vigencia de las *Partidas* no sólo fue muy dilatada en el tiempo, sino también extraordinariamente amplia y profunda por su contenido. Abarca casi todas las manifestaciones de la vida jurídica, desde el derecho político y procesal hasta el penal, pasando por el de familia, sucesión y negocios jurídicos. Sólo escaparon a la aplicación de las *Partidas* los aspectos regulados por una legislación posterior, como el derecho eclesiástico post-tridentino o como el derecho sucesorio de las *Leyes de Toro*, y las materias que por ser nuevas y propias de la América española fueron reguladas por las *Leyes de Indias*, como el derecho político indiano y el estatuto jurídico de los indígenas.

Por último, debe señalarse que si bien la codificación puso fin a la vigencia de las *Partidas*, no significó la desaparición del derecho contenido en ellas, pues buena parte de él se vació en los artículos de los nuevos códigos. En este sentido, las *Partidas* después de siete siglos siguen presentes en nuestra vida jurídica.