



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MAESTRÍA EN HISTORIA  
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS**

La condición jurídica de los menores de edad en la tradición jurídica indiana-  
castellana.

**TESIS**  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
MAESTRA EN HISTORIA

**PRESENTA:**  
DEYANIRA DÁVALOS ARELLANO

**TUTOR:**  
DR. JORGE EUGENIO TRASLOSHEROS  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES HISTÓRICAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., SEPTIEMBRE 2016



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## DEDICATORIA

Hoy quiero dedicar este trabajo a todos los grandes maestros que me han formado, enseñado e inspirado a aventurarme en el qué hacer histórico. A los que, a través de sus fascinantes cátedras, atizaron más la llama de mi curiosidad por saber cómo y porqué pasó lo que pasó. Cada uno de ellos, hizo crecer en mí la semilla del amor por la historia y su estudio, pues me abrieron los ojos, los oídos, la mente y la imaginación. Estimularon mi afán por saber más, por cuestionar, por investigar, por preguntar, por ir ambiciosamente, a veces hasta inocentemente, tras la verdad o lo más cercano a ella. Hay que ser necio para ir a buscarla, muchas veces sin estar seguro por dónde, perdiéndose una y otra vez hasta encontrar el camino correcto.

Decía el Maestro Luis Gonzáles que “el clionauta reconstruye las acciones humanas del pasado al través de cicatrices terrestres, cadáveres, tumbas, monumento, leyendas y dichos de transmisión oral, supervivencias, documentos y libros...” Me parece que el paso por todas las posibles fuentes de la historia para lograr su reconstrucción es un recorrido muy parecido al de una odisea, una aventura o un viaje. No hay itinerarios seguros, ni mapas con coordenadas exactas pero justo eso, a pesar de cualquier eventualidad, es lo que hace que la ruta sea tan sugestiva y rica. Especialmente le doy las gracias al Dr. Traslosheros por estar ahí cada vez que perdí el rumbo, por ser mi brújula y una inagotable fuente de paciencia.

De igual forma agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México por todo lo que me ha dado y por la invaluable oportunidad de albergarme en su recinto. Familia de sangre, familia elegida, a uds. montones de gracias por estar.

## Índice.

Introducción.....	4
-------------------	---

### Capítulo I. El derecho en la Tradición Hispano-Medieval Indiana-Castellana.

1.1. La especificidad de la persona.....	20
1.2. La formación del Derecho en Europa Occidental.....	22
1.3. EL Derecho común.....	33
1.4. La tradición hispano-medieval indiana-castellana.....	36

### Capítulo II. La minoría de edad en el Derecho castellano. *Las Siete Partidas*.

2.1. El derecho castellano en indias.....	45
2.2. <i>Las Siete Partidas</i> .....	47
2.3. Los menores de edad en <i>Las Siete Partidas</i> .....	53
2.3.1. La tutela de los menores.....	55
2.3.2. Los menores y el matrimonio.....	72
2.3.3. Los menores y el acceso a la justicia.....	74
2.3.4. Los menores y el derecho criminal.....	82

### Capítulo III. La minoría de edad en otros ordenamientos del Derecho castellano.

3.1. El <i>Ordenamiento de Alcalá</i> .....	90
3.2. El <i>Ordenamiento de Montalvo</i> .....	102
3.3. Las <i>Leyes de Toro</i> .....	109

### Capítulo IV. La minoría de edad en el Derecho indiano.

4.1. El Derecho indiano.....	114
4.2. Los menores de edad en el Derecho indiano.....	116
4.3. <i>La Recopilación de 1680</i> .....	117

<b>Conclusiones</b> .....	126
---------------------------	-----

<b>Fuentes documentales</b> .....	132
-----------------------------------	-----

<b>Bibliografía</b> .....	133
---------------------------	-----

## ***La condición jurídica de los menores de edad en la tradición jurídica indiana-castellana.***

### **Introducción.**

La presente investigación tiene como propósito explorar la personalidad jurídica de los menores de edad dentro del marco jurídico novohispano. Para conseguir nuestro objetivo construiremos una tipología ideal, a partir de diversos ordenamientos jurídicos, de lo que implicó ser un “menor de edad” en la tradición jurídica indiana-castellana.

Esta tesis nació de una pregunta relacionada directamente con el Derecho indiano, por la necesidad de conocer la condición jurídica de los menores de edad en la Nueva España, así como de comprender a fondo el contexto jurídico en aquellas latitudes. Este marco complementa y enriquece a esta parte de la historia a la vez que le brinda una pieza fundamental para su cabal entendimiento y estudio. Ignorar el marco jurídico en el cual se inserta la historia novohispana empobrece su comprensión y le resta coherencia. Gracias a pioneras y recientes investigaciones se ha encontrado inestimable información que demuestra y refleja la importante y, ahora tan diferente dinámica y lógica, bajo la cual operaba el derecho en aquellos tiempos, misma que únicamente es posible entender al acudir a su exploración, estudio, crítica y reflexión. De tal suerte que, una vez revisado y analizado el tejido jurídico de forma atenta, se aclara, se comprende y se dota de sentido a todo aquello que, en ocasiones, ante nuestro moderno juicio parecía no tenerlo. Todo esto sucede dentro de un escenario circunscrito en un esquema de Derecho estructurado y profundamente arraigado en el marco de una tradición jurídica añeja, que al historiador actual usualmente se le presenta como nueva.

A fin de poder conocer y entender la personalidad jurídica de los menores de edad en esta tradición, hemos consultado en diferentes cuerpos jurídicos tanto de Derecho castellano como indiano, las leyes que hacen referencia a ellos. El Derecho que se aplicó en las Indias Occidentales y así mismo en la Nueva España, forma parte de una tradición jurídica conocida como hispano-medieval que, como su nombre lo dice, se conformó durante la Edad Media en Europa Occidental. Con el paso del tiempo, dicha tradición alcanzaría territorios castellanos, se anclaría en ellos y llegaría a las Indias Occidentales, tras la conquista, por medio del Derecho castellano. Para este trabajo, hemos consultado únicamente leyes seculares y no de Derecho canónico, por ser éste un mundo aparte que requeriría de un espacio propio de análisis.

Como primer paso ha sido indispensable estudiar, de manera muy general, el Derecho de tradición hispano-medieval en Occidente, desde su construcción, forma de operación y aplicación, dado que es ese el contexto en el cual están enraizados los ordenamientos jurídicos que aquí analizamos. El segundo paso consistió en revisar los ordenamientos de Derecho castellano que sirvieron como referencia jurídica al Derecho indiano, es decir, conjuntos de leyes a los cuales se acudió en caso de que la ley indiana no regulara algún aspecto de la juridicidad novohispana, pues el Derecho castellano actuó como supletorio en las Indias Occidentales. Los ordenamientos aquí consultados son los mismos que están indicados en el orden de prelación que se debía seguir de acuerdo con lo estipulado en las leyes, a saber: las *Leyes de Toro*, el *Ordenamiento de Montalvo*, el *Ordenamiento de Alcalá* y por último *Las Siete Partidas*. Tras su revisión, hallamos que el Derecho castellano fue en varias materias el derecho operante en

Indias y por ende en la Nueva España. En lo concerniente a minoría de edad, fue derecho esencial y vigente, por lo que su calidad de supletorio rebasó, en este caso, el radio puro de interpretación, se adaptó y se aplicó a la práctica misma en el ámbito del Derecho positivo. De ahí que podamos pensarlo como Derecho indiano visto en su tradición. Por último, estudiamos los aspectos más esenciales del Derecho indiano a fin de comprender su producción, fuentes, mecanismos pero como punto más importante la continuidad que guardó con la tradición jurídica hispano-medieval castellana. Con ese fin, centramos nuestra atención en el análisis de la Recopilación de 1680, por ser este el cuerpo más completo de leyes para las Indias.

Reiteramos que todos los ordenamientos arriba mencionados, son parte de un extenso proceso de formación al cual reconocemos primeramente como tradición jurídica hispano-medieval. Como comentamos, para llegar a la Nueva España esta tradición había tocado previamente al Derecho castellano. Cabe resaltar que, como parte de ese proceso, tanto el Derecho castellano como el indiano estuvieron bajo el auspicio del Derecho común, el cual se tomó como máxima expresión jurídica y como ulterior criterio doctrinal de justicia. El *ius commune* permeó, dio fuerza y coherencia a la tradición jurídica occidental. Las leyes se distinguieron por ser más técnicas y por estar legitimadas bajo el consenso de autoridades y juristas, a la vez que el Derecho estaba influenciado por la moral y los valores existentes de cada contexto. Faustino Martínez, al referirse a la recepción del Derecho común en Castilla, explica que éste se recibió a través de un proceso magistral en el cual hubo una simbiosis entre los ordenamientos jurídicos castellanos tradicionales y el Derecho común, de tal forma

que el *Ius Commune* no quedó reducido solo a derecho supletorio. Éste se adoptó como propio y se adaptó a las realidades castellanas.<sup>1</sup> Algo similar sucedió en la Nueva España al ser parte de las Indias Occidentales, pues a pesar de haber contado con un Derecho propiamente indiano, formado en el marco y a partir de un modelo europeo de tradición hispano-medieval castellana, podemos observar que el Derecho castellano, en el caso de la minoría de edad, abandonó el campo de lo estrictamente supletorio para adoptarse en y adaptarse a la particularidad de las realidades indianas.

En este contexto, los jueces tuvieron que tomar en cuenta lo que se conoce como pluralismo jurídico para determinar el derecho de cada persona y hacerlo de cara a los criterios comunes de todas las formas jurídicas, es decir, la legal, la consuetudinaria, la doctrinal y la jurisprudencial, en suma al Derecho común.<sup>2</sup> De tal suerte que, a la vez que fue doctrina, fue práctica. Por todo esto y como veremos más adelante, podemos afirmar que especialmente un ordenamiento jurídico como *Las Partidas*, fue base, fuente y corazón de Derecho indiano para el tema que ocupa esta investigación.

Estamos conscientes de que esta información descansa en la parte teórica y conceptual del tema y que quedaría como trabajo pendiente, para una investigación futura, estudiar y explorar el uso de dichas normas en un contexto práctico, es decir, en lo que se resolvió en tribunales y quedó registrado en los expedientes de juicios civiles, penales o criminales que se abrieron por alguna

---

<sup>1</sup> Faustino Martínez, “Acerca de la recepción del *Ius Commune* en el Derecho de Indias: Nota sobre las opiniones de los juristas indianos”, p. 451.

<sup>2</sup> Jorge Traslosheros, *Historia eclesiástica de la Nueva España*. Materia, métodos y razones, México, UNAM, 2014, p. 59.

causa que involucrase a los menores en la Nueva España. Este contraste, sin duda, aclarará muchas de las dudas que no puedan ser resueltas aquí y complementará de forma sustancial este trabajo. Como bien lo ha señalado Jorge Traslosheros, las diversas fuentes orientadas a la comprensión de la acción social judicialmente orientada cobran sentido solamente por lo que sucede en el foro de justicia, por la sencilla razón de que un derecho es tal sólo en la medida en que resulte judicialmente. Además de que los expedientes son un instrumento de naturaleza jurídica, en ellos quedaron escritas las formas en que se regularon y tomaron cauce relaciones sociales de índole diversa, con distinto grado de conflictividad y con intención de justicia. Por tanto, forman parte de un proceso racionalmente orientado en el cual su estricto seguimiento ya forma parte del tribunal de justicia. Un expediente judicial se construye a partir de un litigio cargado de pasión, frustración, inteligencia, razones, falacias, afirmaciones y negociaciones a través de las cuales el juez va estableciendo una verdad jurídica.<sup>3</sup>

Para entender estos procesos judiciales, es importante advertir que la forma en que se concibió y operó el Derecho en el pasado poco tiene que ver con lo que hoy conocemos. El Derecho legal o positivo, es decir, las leyes que nos rigen, son sólo una parte del Derecho pero recordemos que existen otras tres formas, a saber: el Derecho generado por decisión de los jueces, el Derecho consuetudinario que proviene de las costumbres de un cierto territorio, el Derecho legal y el Derecho doctrinario, por medio del cual se expresan los saberes y principios jurídicos en espacios como las universidades. Anteriormente, estas distintas formas de Derecho se expresaron de modos muy disímiles a los que el

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 54-59.

Estado nacional, actualmente como único productor de Derecho, le ha dado a las leyes.

Antes de que los estados, como hoy los conocemos, homogeneizaran al Derecho, sus fuentes eran diversas y coexistían en el ámbito de la pluralidad. Como sabemos, durante la Edad Media las normas podían ser fruto de diversas fuentes como los fueros locales, fueros municipales, cartas-puebla, de las decisiones y sentencias de los jueces, de los usos y costumbres no escritos de cada lugar o de alguna antigua recopilación adaptada a las necesidades contemporáneas. Igualmente, la aplicación de las leyes solía ser distinta ya que, como se irá explicando a lo largo de la tesis, el Derecho desde tiempos muy antiguos se pensó y uso casuísticamente. Nada en la ley era general sino particular, todo en la ley se adaptó a cada caso y por ende a cada sujeto. Era un derecho individual centrado en las personas y no en las acciones ni en los territorios. En palabras de Thomas Duve: “en el Derecho común de la época (se refiere a la Temprana Edad Moderna) y por ende en el Derecho indiano, la *diferencia* entre los hombres era normalidad y el marco conceptual, no la igualdad”.<sup>4</sup> Los hombres no tenían una condición de igualdad ante la ley, ni ante la sociedad y por lo tanto tampoco dentro del mundo en el que nacían, crecían y morían, eran pues como se declaró magistralmente en *Las Partidas*:

“La fuerza del estado de los omes, se departe en muchas maneras, ca otramete es judgada segund derecho la persona libre, y que non la del siervo, como quier que segund natura, non aya departimiento entre ellos. E aun de otras maneras son honrrados, e judgados, los fijos dalgo, que

---

<sup>4</sup> Thomas Duve, “La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho Indiano”, en Mario Losano, *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, Giuffrè, 2004, Università degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico, Collana Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV, p. 9.

los otros de menor guisa, e los clerigos, que los legos, e los fijos legitimos, que los de ganancia, e los Christianos, que los moros nin los judios. Otrosi de mejor condicion es el varon, que la muger en muchas cosas e en muchas maneras, assi como se muestra abiertamente en las leyes de los titulos deste nuestro libro que fablan en todas estas razones sobredichas.”<sup>5</sup>

Pero ¿por qué es importante estudiar la personalidad jurídica de la minoría de edad? Para contestar esta pregunta, habría que comenzar por decir que los menores de edad, comprenden una de las tantas categorías dentro del universo de personalidades jurídicas que el Derecho circunscribe.

En las líneas anteriores, hemos comentado muy brevemente el *modus operandi* del Derecho en el pasado. Tema que revisaremos más a detalle en el primer capítulo de esta tesis. Por lo pronto, se ha destacado la forma particular que el derecho de tradición medieval tuvo para distinguir a una persona de otra. Esto nos lleva a preguntarnos sobre las diferentes personalidades jurídicas que el Derecho ampara. La especificidad de cada una de ellas resulta en los distintos derechos y obligaciones que han de tener. Por lo tanto, si queremos entenderlas, hay que estudiarlas de forma individual, por supuesto, sin dejar de lado el contexto jurídico del cual son parte. Como bien ha señalado Jorge Traslosheros, al estudiar la historia judicial, nuestro objeto de estudio son las acciones sociales

---

<sup>5</sup> *Las Siete Partidas* con la glosa de Alonso Díaz de Montalvo, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Tomo I. Esta edición facsimilar fue tomada de la séptima impresión de *Las Siete Partidas* en Lyon de Francia en la imprenta de Mateo Bohome en el año de 1550. Sin embargo, para el presente trabajo también se consultó la impresión que contiene la glosa de Gregorio López, Libro IV, Título XXIII, Ley II.

judicialmente orientadas.<sup>6</sup> Todas ellas son llevadas a cabo por distintos sujetos y entre ellos podemos contar a los menores de edad.

En este caso, es en el Derecho de tradición indiana-castellana en dónde los hemos ubicado y analizado. Sin este paso, las normas y los procesos judiciales que se libraron de ellos serían si no incomprensibles, únicamente asimilados de forma parcial. Es por esto que es necesario aproximarse a las leyes que regularon a cada persona desde el perfil jurídico que cada cual tuvo dentro del Derecho. Por lo tanto, para desarrollar un cabal entendimiento del menor de edad no basta con acudir a los documentos y procesos judiciales de los que fue sujeto. Si no hay una idea previa de lo que significó ser un menor en el Derecho indiano, las formas de justicia a las que tuvo acceso y se le administraron, correrían el riesgo de ser malinterpretadas a la vez que poco claras o hasta ininteligibles para quien emprenda su investigación.

El mayor y más claro ejemplo que tenemos a propósito de esto en América es la persona indio. Después de la conquista de las Indias Occidentales, los venidos del viejo continente, como bien sabemos, se enfrentaron a un nuevo mundo. Para dominarlo e incorporarlo a los territorios de la Corona de Castilla hubo que tratar de descifrarlo. Este difícil proceso, incluyó también la elaboración de leyes nuevas, la adecuación e implementación de leyes viejas y la incorporación de algunos usos y costumbres practicados en los territorios sometidos. Tanto los sujetos que se hallaron en estas tierras, como los que emergerían como consecuencia de las mezclas llevadas a cabo entre las

---

<sup>6</sup> Jorge Traslosheros, *op. cit.*, p. 49.

diferentes razas que tuvieron contacto con la gente del Nuevo Mundo, quedarían regulados dentro del naciente Derecho indiano. En él, cada persona con su particularidad, habría de atender a normas específicas, normas bajo las que se determinaría su existencia como sujeto de Derecho en el marco jurídico que se estaba conformando.

El indio fue objeto de profundos debates. Su personalidad jurídica fue paulatinamente definida y las leyes que surgieron en torno a su persona fueron reelaboradas más de una vez en concordancia con lo que la realidad indiana demandaba. Posteriormente, la historiografía estudió al indio, investigó cómo fue integrado en el régimen castellano, qué naturaleza tuvo según el criterio de otredad frente al español, se cuestionó las diferentes apreciaciones que se construyeron sobre ésta, el lugar que se le dio en el nuevo orden, etc. En general hubo y ha habido desde entonces, el propósito de comprender su condición. Paulino Castañeda, fue uno de los pioneros que estudió al indio desde una perspectiva jurídica en “La condición miserable del indio y sus privilegios”.<sup>7</sup> Su investigación analiza a éste, a partir de las normas jurídicas contenidas en diversos documentos como ordenanzas y otras fuentes de Derecho, dictadas para las Indias Occidentales. A través de ellas precisa el modo en que se forja al indio como persona jurídica y destaca especialmente el proteccionismo que el Derecho de tradición hispano-medieval le procura mediante el Derecho castellano. El indio, igual que el menor de edad, era concebido como persona miserable en dicha tradición jurídica. Sobre esta condición ahondaremos más adelante y volveremos

---

<sup>7</sup> Paulino Castañeda, “La condición miserable del indio y sus privilegios” en *Anuario de Estudios Americanos*, 1971, XXVIII, pp. 245-335.

a ella varias veces a lo largo de la tesis, ya que su entendimiento es obligado para analizar nuestro objeto de estudio. Castañeda se da a la tarea de ubicar el concepto de miserabilidad en el tiempo así como de explicar su significado y uso en el Derecho. Tal concepto apelaba a la idea de brindar especial protección a las personas dignas de compasión, es decir a las personas más vulnerables en el tejido social. La posición del indio frente al español fue de desventaja en muchos momentos y sentidos, por lo tanto, las leyes que rigieron a ese tipo de población pusieron un marcado énfasis en asegurar su bienestar de manera integral.

En general, la idea del indio habría de ser revisada desde diversos ángulos por la historiografía americana, así el trabajo de Paulino Castañeda contribuiría a este esfuerzo plural. El acercamiento que, desde el ámbito de lo jurídico realiza dicho autor, es una importante fuente de conocimiento que nos permite acceder a la persona indio como parte de un entramado social legalmente dispuesto. De ahí que el estudio de los sujetos históricos en el periodo colonial, que no ahonden en su personalidad jurídica, resulte en una suerte de aproximaciones fragmentadas que si bien nos aportan ciertos datos nos privan de conocer uno de sus elementos esenciales.

En este debate historiográfico también contamos con el trabajo de Andrés Lira, *Idea de la protección Jurídica. Nueva España siglos XVI y XVII*, en dónde el autor subraya el ánimo proteccionista que tuvo la Corona de Castilla en su legislación hacia los diferentes tipos de personas. La primera parte de esta tesis se enfoca especialmente, como su nombre lo anticipa, en la idea de protección en la actuación del gobierno novohispano hasta el último cuarto del siglo XVI; en la

segunda parte se analiza la protección y sus elementos desde documentos como testimonios de vida no hispana, casos resueltos en corte, en audiencias y en disposiciones incluidas en cedularios y recopilaciones indianos. En un tercer momento, el autor revisa la idea de protección en la doctrina a través de las disposiciones generales en el siglo XVII. Los conceptos que señala sobre estos elementos de protección le sirvieron como base, por lo que siguió muy de cerca las celebraciones doctrinales de Juan de Solórzano y Pereira<sup>8</sup> y de la Recopilación de 1680. A lo largo del texto, Lira señala la idea de protección como parte fundamental de un buen gobierno, de la organización política y de la vida en general en las Indias Occidentales durante la administración española. Por ende, los indios, vistos como personas *miserabiles*, fueron sujetos de mucha protección. En palabras de Lira eran la parte débil de las sociedades indianas, tanto así, que surgió la figura del protector de indios justo porque muchas de las regulaciones mandadas en las ordenanzas y cédulas u otros documentos no se cumplían; naturalmente, esto dio lugar para el abuso hacia los indios por parte de otros miembros de la sociedad. El indio fue considerado como débil, incapaz, oprimido y neófito en la fe, entre otras cosas, en suma alguien necesitado de tutela que, aunque no era lo mismo que un menor de edad, requirió de la misma protección y paternalismo que aquél. Bajo esta óptica, la condición de miserabilidad fue el puente que unió a los indios y a los menores de edad en el contexto indiano. Junto a ellos, hubo otras personas miserables igualmente cobijadas por el

---

<sup>8</sup> Político y jurisperito español, nacido en España (1575-1655); fue nombrado Presidente del Consejo de Indias y oidor de la Audiencia de Lima en 1609. Entre sus trabajos más importantes se cuenta a la *Indiarum lre* y a la Política indiana, versión castellana reducida.

Derecho que han sido o comienzan a ser estudiadas jurídicamente, tal es el caso de las viudas, las mujeres y los esclavos.

Por su parte, Thomas Duve, analiza detalladamente el concepto de miserabilidad en “La condición jurídica del indio y su consideración como persona *miserabilis* en el Derecho Indiano”.<sup>9</sup> Con ese propósito, rastrea históricamente el concepto de miserabilidad para conocer su origen y evolución, con lo cual logra aportar valiosas contribuciones sobre el tema. Ya Paulino Castañeda, en el trabajo que anteriormente referimos de él, había cuestionado la aparición del término miserable en el Derecho.<sup>10</sup> En esta búsqueda, encuentra que la voz *miserabilis* fue objeto de diferentes definiciones y aclaraciones a lo largo del tiempo por lo que su significado devino en una confusión. Más tarde, los juristas convendrían en una unanimidad conceptual sobre el vocablo cuya determinación, finalmente, se dejaría al arbitrio del juez.

En el texto de Duve, la atención se centra especialmente en explicar la asociación del indio a la condición de miserabilidad en el Derecho indiano. Su investigación está enfocada en señalar y explicar a la persona *miserabilis*, en este caso la del indio, como privilegiada y no como aquella encerrada en una categoría limitante o discriminatoria. De ahí la importancia de su trabajo, pues a diferencia de otros argumentos que declaraban la miserabilidad como una calidad con artistas negativas, Duve busca rescatar su verdadero sentido es decir, aquel de privilegio jurisdiccional, por medio de la reconstrucción del contexto jurídico de la época. De esta forma, se propone integrar el debate sobre los indios como

---

<sup>9</sup> Thomas Duve, *op. cit.*, pp. 3-33.

<sup>10</sup> Paulino Castañeda, *op. cit.*, pp. 245-247.

*personae miserabiles* en el marco conceptual del Derecho común, pero sin descuidar la particularidad del Derecho indiano.<sup>11</sup> El resultado de este trabajo, sumado a todas las investigaciones que hemos mencionado, nos proporciona una mirada y un examen de la personalidad jurídica del indio que abre nuevas perspectivas y por tanto enriquece su comprensión.

Particularmente sobre el tema de la personalidad jurídica de los menores de edad, durante la época colonial, los estudios en la historiografía son muy escasos. Podríamos decir, sin exagerar, que es un espacio que todavía está esperando a ser cimentado. Entre lo poco que hay, podemos contar al artículo de Antonio Dougnac, "Normas procesales tutelares de menores en Chile Indiano"<sup>12</sup>, en el cual se revisan los diversos procedimientos tutelares de los menores a fin de dar a conocer la capacidad procesal del menor. Especialmente, destaca el caso de corte como el más característico. Así mismo, a partir de la Real audiencia de Chile señala el papel y las implicaciones procesales de los guardadores y defensores de menores. Aunque el autor también acude a *Las Partidas*, su propósito no es el de analizar el perfil jurídico del menor de forma integral o sistemática sino únicamente el de referir algunos de los derechos procesales de éste.

Otros trabajos relacionados con el status jurídico de los menores de edad son los de Guillermina Antonio García, investigadora que ha escrito artículos sobre "La protección jurídica laboral del menor de edad en la Ciudad de México. Siglos

---

<sup>11</sup> Thomas Duve, *op. cit.*, p. 7.

<sup>12</sup> Antonio Dougnac, "Normas procesales tutelares de menores en Chile Indiano" en *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Vol. 9, Chile, 1983, pp. 77-110.

XVI y XVII"<sup>13</sup>, "La participación del curador *ad litem* en la protección jurídica del menor de edad negro y mulato libre novohispano en la ciudad de México",<sup>14</sup> "La protección de negros y mulatos libres menores de edad en la capital virreinal, siglos XVI y XVII"<sup>15</sup> y la tesis de maestría "*Negros y mulatos libres menores de edad en la Ciudad de México, siglos XVI y XVII*. Su protección jurídica."<sup>16</sup> En los dos últimos textos mencionados, la autora analiza la protección jurídica civil y religiosa brindada a los negros y mulatos libres menores de edad en el contexto novohispano. Para que el lector pueda entender enteramente el propósito de su estudio, esboza un panorama jurídico general del menor de edad con la intención de darnos una idea de su papel como sujeto de derecho. Además de consultar documentos entre los que se encuentran recopilaciones, ordenamientos jurídicos, cédulas, concilios y escrituras, su fuente principal para examinar específicamente a los menores negros y mulatos libres, consiste en documentos notariales tales como los expedientes de contratos de servicio y aprendizaje. A través de ellos, ahora también conocemos que dichos menores gozaban de amplia protección a la hora de acordarlos. De su integración y participación en la sociedad como resultado de los mismos y de la importancia que tuvo la cooperación entre el

---

<sup>13</sup> Guillermina Antonio, "La protección jurídica laboral del menor de edad en la Ciudad de México. Siglos XVI y XVII. El caso de la población mulata" en *Perspectivas históricas y filosóficas del discurso novohispano*. María Isabel Terán Elizondo, Alberto Ortiz, Víctor Manuel Chávez Ríos y María del Carmen Fernández Galán Montemayor, (coords.). México: Universidad Autónoma de Zacatecas / Texere Editores, 2015.

<sup>14</sup> Guillermina Antonio, "La participación del curador *ad litem* en la protección jurídica del menor de edad negro y mulato libre novohispano en la ciudad de México" en *Antropología. Boletín Oficial del Instituto Nacional de Antropología e Historia*, núm. 98, 2014, pp. 16-27.

<sup>15</sup> Guillermina Antonio, "La protección de negros y mulatos libres menores de edad en la capital virreinal, siglos XVI y XVII" en *Alteridades*, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM, vol. 24. núm. 47, México ene./jun. 2014, pp. 21-30.

<sup>16</sup> Guillermina Antonio, *Negros y mulatos libres menores de edad en la Ciudad de México, siglos XVI y XVII*. Su protección jurídica. Tesis de maestría. [En línea]. México: UNAM, FFyL, 2014, pp. 224.

Derecho y la religión a propósito de protegerlos. De forma concreta, menciona la importancia de la figura del curador de menores a partir de las curadurías, es decir escrituras por medio de las cuales el juez le asigna tal protector al menor. En general, los textos subrayan la generosa protección otorgada al menor de edad en el Derecho indiano desde su nacimiento y a pesar de su raza. Es pues, como parte de este entramado historiográfico en dónde ubicamos nuestra tesis y en dónde pretendemos lograr una aportación sobre el tema.

Es importante mencionar que, uno de los hallazgos más relevantes de esta investigación es que dentro del universo jurídico de tradición indiana-castellana, la minoría de edad no está meramente reducida a un número específico de años, y aunque en un principio suene extraña esta afirmación poco a poco iremos explicando por qué. La minoría de edad en esta tesis es abordada como un tejido de relaciones y no como una cifra o un número delimitado, cerrado, estático y fijo. Si bien el menor de edad, según los cuerpos jurídicos, era aquel que tenía menos de 25 años, dentro de ese lapso de tiempo existieron y convivieron una serie de circunstancias que fijaron la condición del menor siempre en relación a todo lo que lo rodeaba. Por lo anterior, sería más preciso hablar de minorías de edad pues el panorama que presentan las leyes ofrece una gama de matices que impide referirnos a este tema desde la generalidad y el ámbito de lo estático. Por el contrario, la minoría de edad se percibió como algo dinámico y cambiante. La permisividad, los derechos y obligaciones o el grado de responsabilidad de los menores fueron variantes que en todo momento observó el Derecho, puesto que no se consideró de la misma manera a un menor de diez años y medio que a uno de catorce, doce o a aquel de veinte años. Lo mismo que variaba la minoría

respecto a la edad, así también lo hacía con el género: masculino o femenino o bien de acuerdo a su condición: siervo o libre, huérfano o con padre o madre, hijo legítimo o ilegítimo, solo por mencionar algunos ejemplos.

En el ámbito legal, la particularidad y circunstancia específica de cada sujeto influiría totalmente para considerar a los menores de edad de una u otra manera y por tanto siempre en relación a los elementos que determinaban su condición. En función de eso hallamos una serie de tonalidades en las regulaciones que cambian su viso según la especificidad de la persona, en este caso la del menor.

Para tener una idea más clara acerca de lo que hemos mencionado sobre el Derecho y poder comprender nuestro objeto de estudio, explicaremos en el siguiente capítulo, aunque de forma breve, la formación del Derecho en Europa Occidental y por ende de la tradición jurídica hispano-medieval, en la cual encontramos también a la castellana e indiana. Posteriormente pasaremos a la revisión del Derecho castellano, ya que su importancia para este tema ha sido central. Y finalmente hablaremos del Derecho indiano, mismo que para este caso, descansa de forma absoluta en la tradición hispano-medieval castellana.

## **Capítulo I. El Derecho en la Tradición Hispano-Medieval.**

### **1.1. La especificidad de la persona.**

Antes de adentrarnos en la formación del Derecho occidental y vista la importancia que tuvo la especificidad de la persona en el Derecho de tradición hispano-medieval, consideramos pertinente y necesario hacer un espacio para profundizar en el peso y significado que tiene el concepto de personalidad jurídica en términos de Derecho. Esto también nos ayudará a entender mejor el objetivo de esta tesis porque cuando hablamos de minoría de edad, hablamos de personalidad jurídica y la persona es una parte central del Derecho civil puesto que es lo que la define.

Es esencial para este trabajo insistir y tener siempre presente que, en el pasado los distintos órdenes locales distinguieron entre personas<sup>17</sup>, es decir que los miembros de la sociedad no se consideraban iguales. Esta antigua premisa se puede rastrear y encontrar de manera generalizada en los viejos ordenamientos locales occidentales; ésta fue el fundamento, pilar y hebra del tejido tanto normativo como social a partir del cual se irían construyendo las diversas expresiones jurídicas, las que a pesar de ser tan variadas y particulares compartieron, entre otras cosas, este significativo común denominador: la especificidad de cada persona.

En el Derecho la persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes. Las personas son el primer objeto del Derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas y de aquí

---

<sup>17</sup> *Partidas*, Libro IV, Título XXIII, Ley II.

es que los institutistas, siguiendo el orden de Justiniano, tratan primero de las personas, luego de las cosas, y después de las acciones.<sup>18</sup> Al respecto, Carpintero señala que un hombre puede portar diferentes tipos de personas, es decir que puede ser a la vez padre, que hijo, marido, ciudadano, etc. El hombre entendido como persona comporta una situación, un *status*, también llamado *officium*, con derechos y deberes.<sup>19</sup> Ahora vayamos directamente a la definición de persona que brindan *Las Partidas*: “*Tatus hominum* tãto quiere dezir en romañçe, como el estado de la condicion, o la manera en que los homes biven o estan. E son tantas maneras de stado, quantas maneras dessus. E tiene muy grãd pro a cnosçer, & a saber el estado de los homes, por que mejor pueda home de partir & librar lo que acaesçiere en razõ de personas dellos<sup>20</sup>. Como podemos ver, el Derecho de tradición hispano-medieval indiana-castellana se centró en la particularidad de la persona al momento de juzgarla. La personalidad jurídica, en este caso del menor, fue una cuestión relacional, porque se construía y se definía en relación a una serie de elementos comprendidos justamente en su estatus. Cada menor, además de tener menos de veinticinco años, reunía en su persona un conjunto de características particulares que delineaban y daban pauta a las condiciones jurídicas bajo las cuales habría de considerársele como sujeto social y miembro de una comunidad trazada dentro de un marco jurídico específico. Se puede decir, entonces, que fue de acuerdo a la personalidad jurídica que el Derecho de

---

<sup>18</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de la Rosa y Cía., 1851, p. 1346.

<sup>19</sup> Francisco Carpintero, *Historia del Derecho Natural*, México, UNAM-IIJ, 1999, p. 61.

<sup>20</sup> *Partidas*, Libro IV, Título XXIII, Ley I.

tradición hispano-medieval consideró, reconoció y juzgó a cada uno de los individuos de la sociedad.

## **1.2. La formación del Derecho en Europa Occidental.**

Para entender el modo en que operó tanto el Derecho indiano como el castellano, el cual fungió como supletorio mientras Nueva España fue parte de los reinos de la Corona de Castilla, explicaremos someramente cómo se produjo y se aplicó el Derecho de tradición hispano-medieval en Europa. Estamos conscientes de que este no es el propósito de nuestra tesis ni es el espacio adecuado para hacer un recorrido amplio y profundo sobre la Historia del Derecho medieval o castellano. Sin embargo, es necesario hacer referencia a algunas de las características más significativas del universo jurídico que existió y forjó los diversos Derechos adscritos a esta tradición a fin de poder entender la concepción y aplicación de las leyes en Indias, particularmente en la Nueva España.

Partiremos del hecho de que en el mundo occidental, antes del siglo XI, no existía un sistema jurídico como tal pero sí órdenes jurídicos estrechamente vinculados a la costumbre social. Esto quiere decir que las leyes e instituciones no estaban ordenadas en una estructura distinta y no había judicatura profesional ni bibliografía jurídica estructurada, lo cual reflejaba que la ley no estaba organizada de forma consciente. Los principios y procedimientos jurídicos no se diferenciaban de otros procesos de organización social por lo que no estaban proferidos por personas preparadas especialmente para ello. En suma no había una articulación del Derecho como ciencia.

Paolo Grossi ha explicado que para entender el proceso de formación de la civilización medieval es preciso tener en cuenta una gran clave interpretativa para ello: la ausencia de Estado, por lo menos tal y como lo entendemos actualmente. Esto significó que había libertad para poder tener cierto radio de autonomía en cada uno de los distintos grupos sociales existentes en la Alta Edad Media puesto que cada cual produjo algún tipo de ordenamiento jurídico.<sup>21</sup> A pesar de esto, las autonomías existían en relación a otras autonomías, estaban condicionadas y limitadas unas por otras por lo que todas formaban parte de un heterogéneo tejido de relaciones. Esto implicaba que las diferentes realidades jurídicas no eran la expresión del poder político, más bien ellas estaban ligadas a una diversidad y pluralidad de grupos sociales en las que estaban enraizadas. Por tanto, su lazo con el poder político era parcial, pero en cambio estrecho con las necesidades de los miembros de las sociedades, sus estructuras y la costumbre de cada lugar. El Derecho medieval se formó desde la interacción de un universo social plural y como respuesta a los requerimientos de quienes lo conformaban. En consecuencia, y aunque bajo la sombra de un mismo régimen político, las fuentes de producción del Derecho y sus tradiciones fueron diversas.

La multiplicidad de ordenamientos jurídicos abrió paso a la especificidad del Derecho pues fue éste, reflejo del complejo y variado entramado social y no de la sola presencia del poder político. Francisco Tomás y Valiente ha explicado que una de las principales causas de la diversificación del Derecho fue la poliarquía señorial. Ésta se tradujo en una relativa capacidad creadora de Derecho por parte de los señores. Estos, muy frecuentemente otorgaron fueros a los hombres de sus

---

<sup>21</sup> Paolo Grossi, *El Orden Jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 66-67.

señoríos, les confirmaron determinados privilegios o les reconocieron sus costumbres.<sup>22</sup> Por otro lado, la creación o el desarrollo de núcleos urbanos y ciudades crecía cada vez más, a esto también se debe el surgimiento de varios órdenes locales además de que la diversificación del Derecho se hacía tanto en cada lugar como en razón de las personas. Hemos señalado ya, la importancia que tuvo la especificidad de la persona en el Derecho de tradición hispano-medieval. Esto quiere decir que los miembros de las diferentes sociedades se distinguieron de acuerdo a una serie de elementos como por ejemplo la religión, la edad o su estado civil. Cada persona gozó de una condición jurídica particular que además de ser propia la acompañaba al lugar que fuere. En las sociedades en las que el ritmo de cambio es muy lento el presente tiende a perpetuarse y se justifica por lo que ha sido, es decir por el pasado. Como ya hemos comentado, la civilización medieval carecía de una producción de Derecho centralizada y muy al contrario la generación de éste tuvo un gran nicho en la costumbre de cada lugar.

El Derecho por mucho se originaba dentro de cada comunidad, se gestaba en los hechos y en su factualidad y fue en menor medida creado por príncipes, señores y jueces. A esto Grossi lo ha nombrado “naturalismo jurídico”, término que se refiere a la experiencia jurídica de un Derecho incapaz de distanciarse de los hechos. La costumbre vista de esta manera tendió naturalmente a convertirse en *lex*, en este contexto entendida como *ius*, así el Derecho en gran medida estaba formado por costumbres certificadas, validadas por el tiempo y su uso eficaz demostrado por la praxis en la vida cotidiana.<sup>23</sup> La efectividad de la costumbre

---

<sup>22</sup> Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, p. 116.

<sup>23</sup> Grossi, *op. cit.*, pp. 73-82.

demostrada en los hechos a través del tiempo validaba el Derecho. En este sentido se consideraba más prestigioso entre más era su antigüedad, se le veía como herencia y tradición, de ahí que lo consuetudinario gozara de gran peso y primacía frente a nuevas creaciones.<sup>24</sup>

Por otro lado, hay que recordar que las sociedades en aquél tiempo eran religiosas, la presencia de la Iglesia era considerable y por tanto, su influencia en la vida de las personas significativa. Dentro de este pensamiento religioso el individuo era imperfecto, pero podía alcanzar su salvación dentro de la misma sociedad que era considerada como perfecta y como sagrada.<sup>25</sup> La Iglesia tenía amplia conciencia de que las sociedades debían estar organizadas para poder convivir, desarrollarse y dirigirse. El propósito último de la religión católica, que es la salvación de cada uno de sus feligreses, estaba íntimamente conectado con el quehacer jurídico ya que ambos tienen su medio de acción en el plano de lo social. En la Alta Edad Media las personas creían en Dios y lo reconocían como el creador de todo lo existente, él era autor de cada cosa en el mundo y le había dado su lugar a cada una, esto era el orden natural de las cosas pero de las cosas entendidas como creación de Dios. Así también Dios era el responsable del orden social y si para regularlo los hombres habían seguido normas, costumbres y ordenamientos, éstos hallaban su razón de ser en la voluntad divina. El Derecho debía ajustarse a la expresión del orden de Dios y éste ser considerado como único Juez supremo. El Derecho se consideraba santo, porque las leyes, aunque

---

<sup>24</sup> Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 134.

<sup>25</sup> Grossi, *op. cit.*, p. 125.

humanas, eran sagradas: participaban en el plan de salvación, siempre que estuvieran en armonía con el Derecho natural y divino.<sup>26</sup>

De ahí que el Derecho consuetudinario estuviera muy ligado con las regulaciones contenidas en los primeros penitenciales. Estos fueron conjuntos de reglas que regularon en un principio a los conventos y a sus miembros. Más tarde esas normas se harían extensivas a los feligreses de las comunidades a fin de atender el cuidado de las almas. Muchos de los delitos que castigaba la norma secular eran pecados castigados por la iglesia por lo que cubrían de cierta forma el mismo ámbito, sin embargo sus sanciones perseguían diferentes propósitos. La Iglesia se interesaba preponderantemente en el bienestar espiritual de los individuos y por ende de la comunidad; buscaba el arrepentimiento, la expiación y el perdón de los pecadores a fin de que su relación con Dios volviera a estar en equilibrio durante su vida terrenal y en comunión total durante la vida eterna. Por su parte, los derechos consuetudinarios buscaron contener los conflictos graves dentro de cada comunidad y se enfocaron en cuestiones de honor, parentesco y tierra.

Durante la Alta Edad Media, cada uno de los órdenes jurídicos vigentes por lo general reguló espacios reducidos tales como señoríos, villas o ciudades. La mayoría de la población habitaba tierras señoriales sujetas a un determinado orden. Tomemos en cuenta que para esta época la economía estaba prácticamente sustentada en la tierra. Aunque existían núcleos urbanos, éstos se expandieron lentamente y el surgimiento de nuevas ciudades tampoco se dio de

---

<sup>26</sup> José Carlos Hesles, *El vuelo de Astrea: configuración jurídico política de la Monarquía Católica*, México, Porrúa, 2005, p. 16.

manera acelerada. Ya hemos mencionado que las normas propias de poblaciones rurales y ciudades dieron como resultado distintos órdenes locales, a este fenómeno se le conoce como localismo jurídico.

Los diferentes tipos de normas que regularon a muchas de las sociedades europeas antes del siglo XI, construyeron sus reglas de convivencia, como ya hemos mencionado basadas preponderantemente en la experiencia, en la eficacia y efectividad de los usos y costumbres de cada lugar. Los valores comunitarios se reflejaban en las normas establecidas y por lo tanto los pueblos creaban la ley.<sup>27</sup> Este suceso es un notable indicador de la profunda relación que había entre la moral y la normatividad legal puesto que ambas regulan conductas humanas. Así pues se estableció un diálogo inevitable y necesario, íntimo y recíproco en donde los principios morales informaban a la juridicidad al tiempo que ésta se nutría de aquellos. De cualquier forma el Derecho era aún de bajo nivel técnico por provenir de una raíz popular<sup>28</sup> y de la costumbre, además de que se conocía por medio de la experiencia y la validez de su antigüedad. Realmente no estaba contenido en libros pues eran escasas las compilaciones jurídicas que se habían realizado hasta ese momento.

Ya entrado el siglo XI el Derecho comenzaría a vivir una transformación en varios sentidos, por un lado los centros urbanos se expandieron cada vez más, su densidad demográfica también crecía, a la par la economía encontró nuevos espacios para su desarrollo como la artesanía y el comercio. Su modo de operación y de convivencia social fueron distintos a los de los espacios rurales. En

---

<sup>27</sup> Harold J. Berman, *La Formación de la Tradición Jurídica en Occidente*, Trad. del Inglés de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 88.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 87.

las ciudades surgieron otro tipo de relaciones entre los miembros de las comunidades, más abiertas, con mucho más intercambio comercial todo esto proyectado como ha dicho Grossi hacia el exterior.<sup>29</sup>

El comercio floreció por vía terrestre y marítima primeramente en puertos como Venecia, Pisa y Génova y más tarde les seguirían otros más fuera de Italia. Las ciudades industriales se comenzarían a desarrollar en Italia y los Países Bajos y esto traería como consecuencia la aparición de pequeños centros urbanos menores, por lo tanto la actividad comercial en general tomaría un nuevo ritmo y abarcaría nuevas áreas. Esto a su vez trajo consecuencias políticas y administrativas, puesto que la administración se volvió sedentaria y más centralizada.<sup>30</sup> El cambio se dio en distintos ámbitos e impulsó, en general, una nueva forma de vida en Europa.

Parte de dichos cambios fueron las nuevas formas de Derecho que surgieron en la Europa Occidental a finales del siglo XI, esto propiciado por la naciente sofisticación del mismo, así también de la reforma de la Iglesia Católica, la Reforma de Gregorio VII, la sistematización del Derecho canónico, la extensión de algunas de sus reglas al orden secular y la respuesta a los cambios sociales y económicos del momento por parte de las sociedades. Este proceso se presentó por demás complejo debido al pluralismo jurídico existente, por lo que los primeros esfuerzos dirigidos a compilar y poner las normas por escrito, provocaron la coexistencia de derechos nuevos y viejos, así como de diversas leyes que muchas veces se contradecían. La superación del localismo jurídico consistió en un

---

<sup>29</sup> Grossi, *op. cit.*, p. 138.

<sup>30</sup> Henri Pirenne, *Historia de Europa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 172-176.

proceso largo y complicado que requeriría de varios intentos por parte de reyes, municipios y señores de cada lugar. La homogenización del Derecho es algo que hoy pertenece a un lugar común pero que hace varios siglos ni siquiera figuraba en los contextos normativos.

La sistematización formal del Derecho tuvo su origen dentro de la esfera eclesiástica. Fue el Derecho canónico el primero en ser clasificado y ordenado de forma consciente. Como bien ha señalado Berman, esto no quiere decir que antes de este paso la iglesia no contara con un orden jurídico propio, las regulaciones y ordenamientos dentro de ella existieron desde los primeros tiempos.<sup>31</sup> Es preciso recordar que la juridicidad de la Iglesia procedía directamente de Cristo como divino legislador.<sup>32</sup>

Más aún, las leyes eclesiásticas fueron influidas por el Derecho romano tanto en Occidente como en Oriente; el proceso de formación del Derecho canónico durante el primer milenio se vio reflejado, según Grossi, en el tratado escrito por Ivo de Chartres.<sup>33</sup> En él se trató de dar orden a todo el legado doctrinal teológico-jurídico acumulado hasta ese entonces. Este Derecho canónico fue visto como instrumento para que los hombres pudieran alcanzar la promesa de la vida eterna.<sup>34</sup> Los miembros de las sociedades vistos como desiguales fueron el motivo por el que este Derecho optó por ser una ley maleable que se adaptaría a las circunstancias individuales de cada sujeto. Esto hizo que las regulaciones presentaran discordancias en su aplicación dado que la idea de utilizar este

---

<sup>31</sup> Berman, *op. cit.*, p. 211.

<sup>32</sup> Grossi, *op. cit.*, p. 123.

<sup>33</sup> Obispo francés (1040- ca.1116), especialista en Derecho canónico. Sus teorías contribuirían a la distinción entre el poder temporal y el poder espiritual, es por esto que su participación en la Querrela de las Investiduras fue tan importante.

<sup>34</sup> Grossi, *op. cit.*, pp. 130-131.

Derecho como instrumento y no como fin, daba la pauta para adaptarlo en miras del óptimo provecho espiritual de los individuos así como de la necesidad de cada contexto y tiempo.

El movimiento reformista continuado y finalmente encabezado por Gregorio VII hacia el año 1073, propició que la Iglesia buscara una base legal para fundamentar la supremacía papal en el ámbito eclesiástico y la independencia de éste de toda autoridad secular.<sup>35</sup> A este conflicto, entre papas y reyes católicos, se le conoce como la Querrela de las investiduras<sup>36</sup>. Como resultado de estos acontecimientos se declaró la supremacía legal y política del papado sobre los poderes seculares, entonces los órdenes temporal y espiritual se reconocerían como diferentes y sería cuestión de tiempo que el surgimiento de los distintos foros de justicia comenzara a florecer. Así mismo esto conllevó, entre otras muchas cosas, a que la tradición cristiana diferenciara al sujeto de la pena y al delito del pecado. Por mucho tiempo muchos delitos fueron considerados como pecados y de la misma forma los pecados como delitos, sin embargo con el paso del tiempo se llegó a la conclusión de que no todo delito era forzosamente un pecado. Esta distinción a la que volveremos más adelante, aportaría una de las más valiosas contribuciones al Derecho tanto en el ámbito eclesiástico como en el secular.

Las circunstancias habían cambiado y las necesidades demandaban ir más allá de lo existente en aquel momento y es entonces cuando al Derecho

---

<sup>35</sup> Berman, *op. cit.*, p. 214.

<sup>36</sup> Entre 1075-1122.

justiniano<sup>37</sup> se le atribuyó sacralidad por haber sido promulgado por un príncipe católico, por otro lado su antigüedad le daba el peso de la experiencia y por tanto de autoridad en materia jurídica. Los textos de Derecho justiniano se glosaron, explicaron, aclararon e interpretaron por medio del método escolástico, también desarrollado y aplicado en la universidad durante el siglo XII, para encontrar su sentido desde la contemporaneidad y adaptarlos a las nuevas realidades sociales. Irnerio<sup>38</sup> fue uno de los primeros en hacer esta laboriosa tarea seguido por otros varios glosadores que dieron vida al movimiento doctrinal que construía la nueva realidad jurídica en Occidente. La *interpretatio* medieval fue una labor que tuvo como objetivo corregir, explicar ampliamente o añadir, para mantener la norma flexible, de esta forma el intérprete podía ser una especie de mediador entre la formalidad de la regla y la factualidad. Los glosadores y comentaristas trajeron de vuelta el texto justiniano conforme a su propia mentalidad y bajo sus propias exigencias.<sup>39</sup>

Otra de las aportaciones más importantes a la formación de la ciencia jurídica occidental fue la del monje boloñés Graciano<sup>40</sup>, quien escribió su famoso tratado de la *Concordancia de los Cánones Discordantes* hacia el año de 1140, también basado en el método escolástico. En él se reunieron las leyes de la

---

<sup>37</sup> Recopilación de constituciones imperiales hecha por el emperador Justiniano ca. 529. Se considera la fuente de Derecho romano más importante.

<sup>38</sup> Jurista italiano (1050- ca. 1130) que estuvo incorporado a la Escuela de Bolonia. Principalmente, comentó, interpretó y glosó el *Digesto*, recopilación jurídica elaborada por el emperador Justiniano entre los años de 529 y 534, adaptándolo al Derecho común.

<sup>39</sup> Grossi, *op. cit.*, pp. 170-177.

<sup>40</sup> A pesar de otras contribuciones anteriores para compilar y esclarecer las normas eclesiásticas como las de Bucardo (1012), Ivo de Chartres (1095) e Irnerio (1113), fue la obra de Graciano, redactada entre 1140 y 1142, el primer tratado jurídico completo y sistemático en la Historia de Occidente. Graciano exploró sistemáticamente las implicaciones jurídicas de las distinciones entre los diferentes tipos de derecho y en poner las diversas fuentes del derecho por orden jerárquico. Berman, *op. cit.*, pp. 154-155.

Iglesia en un solo libro, pero lo realmente fundamental fue la jerarquización del universo jurídico ya existente. Como consecuencia de los hechos acaecidos durante el periodo de la Reforma gregoriana y la Querrela de las investiduras, las leyes de los príncipes y emperadores quedarían subordinadas a las eclesiásticas y éstas a su vez al derecho natural. El derecho natural reflejaba la voluntad de Dios<sup>41</sup>, la naturaleza había sido ordenada por Dios y de esta forma se le podía conocer y observar hasta transformarla en ciencia. Graciano concluyó que las leyes eclesiásticas o seculares que contrarioran al orden natural debían ser excluidas, así pues el derecho positivo y la costumbre quedaron subordinados al orden natural y por lo tanto a la razón.

Vale la pena mencionar que si bien dichas jurisdicciones, es decir la canónica y la secular, se separaron debemos tomar en cuenta que el contexto de la Europa Occidental para ese momento se encontraba formado por sociedades profundamente religiosas que seguían un orden cristiano. De tal suerte que, a pesar de reconocer a la Teología y al Derecho como materias distintas, no dejaron de alimentarse mutuamente a través del intercambio de valores, principios e ideas.

Finalmente, en el siglo XIII se consolidó la formación jurídica de Occidente, como consecuencia de los nacientes sistemas jurídicos occidentales modernos al final del siglo XI y de otro hecho significativo: el surgimiento de las primeras universidades europeas. En ellas, el Derecho se enseñó por vez primera como un cuerpo distinto y sistematizado de conocimientos, es decir como una ciencia objetivamente estudiada.<sup>42</sup> Los primeros egresados aplicaron su conocimiento en

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, pp. 155-156.

<sup>42</sup> *Ibídem*, p. 130.

los cargos que ocuparon dentro de los estados eclesiásticos y seculares con lo que ayudaron a formar nuevos sistemas jurídicos a partir de antiguos órdenes. Es aquí donde nace el *ius commune* o Derecho común, del cual ya hemos hecho mención y hablaremos a lo largo de la tesis, debido a la trascendental importancia que tuvo en el ámbito jurídico occidental.

### 1.3. El Derecho común.

Es el Derecho que se distingue por haber sido creado por juristas, glosadores y comentaristas; está compuesto por sus opiniones y sus dictámenes, en gran parte contruidos sobre casos concretos, por lo tanto es casuístico. En gran medida descansa en la jurisprudencia romana clásica, a partir de la cual los juristas elaboraron este Derecho de tipo doctrinal.<sup>43</sup> Para ello, se estudiaron algunas colecciones de leyes promulgadas por reyes germánicos que contenían reglas y conceptos jurídicos romanos. Recordemos que estos adquirirían nuevos significados en el siglo XI al ser interpretados desde un nuevo contexto.

Se inició con el estudio el *Digesto*,<sup>44</sup> compilación que forma parte del *Corpus Iuris Civilis*<sup>45</sup>, cuerpo jurídico reunido en tiempos de Justiniano ca. 534 d.c., debido a que los tiempos exigían nuevas formas de Derecho. Como ha dicho Grossi la costumbre factual y particularista ya no era suficiente.<sup>46</sup> Sin embargo, mucho de lo que otorgó valor a las leyes fue la validez de su experiencia aplicada

---

<sup>43</sup> Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 194.

<sup>44</sup> El *Digesto* forma del *Corpus Iuris Civilis*, la más importante recopilación de Derecho romano de la historia. Fue realizada entre 529 y 534 por orden del emperador bizantino Justiniano I (527–565) y dirigida por el jurista Triboniano; está compuesta por el *Digesto* o *Pandectas*, las *Instituciones*, el *Nuevo Código* y las *Novelas*.

<sup>45</sup> Berman, *op. cit.*, p. 138.

<sup>46</sup> Grossi, *op. cit.*, p. 163.

en casos concretos, así como la intención de conciliar la ley estricta con la equidad, la justicia con la piedad, la igualdad con la libertad, en suma se buscó la reconciliación de los valores entre Dios y el hombre.

La Ciencia Jurídica y la Teología Moral a pesar de ser dos materias diferenciadas resultaban complementarias puesto que su metodología consistió en la reconciliación de los opuestos y la aplicación del pensamiento analógico. Es por ello que las metáforas jurídicas que dieron lugar a las analogías y conceptos legales fueron principalmente de carácter religioso dado que tenían que ver con el juicio final y el purgatorio. La religión mandaba pagar por los pecados individuales y expiarlos,<sup>47</sup> así como Jesús había pagado el precio del pecado original para reconciliar a los hombres con Dios. La Teología exigía que todo pecado fuese pagado por medio de un castigo proporcional al acto pecaminoso a fin de acceder a la reparación del daño y la reconciliación con Dios. La equivalencia entre pecador y criminal implicó que las leyes humanas intentaran reflejar la voluntad divina y por tanto había que castigar las violaciones a la ley<sup>48</sup>; no es casualidad que el Derecho penal fuera creado por los canonistas de los siglos XI y XII a partir de la distinción fundamental entre pecado y delito<sup>49</sup> que, como ya hemos comentado, provocó la separación de los diferentes foros de justicia. Dios se consideraba juez y legislador a la vez que padre amoroso y misericordioso, era pues el reflejo de dos caras: la exigente y la permisiva, por consiguiente y bajo un esquema analógico la ley se habría de conformar y aplicar dentro del marco de la reconciliación de opuestos. En la equidad canónica el rigor de la ley estricta debía

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 198.

ser mitigado en casos excepcionales si así lo dictaba la fe, la conciencia, la honradez y la misericordia. De ahí que la ley secular imitara la maleabilidad del Derecho canónico y la aplicara en combinación con los criterios de justicia que derivaran de él.

Desde los tiempos de Justiniano la unidad de la comunidad descansaba en la fe, como elemento cohesionador de una comunidad que a la vez era un todo y uno sólo. Los pecados y delitos, cometidos cada cual en su propio ámbito, representaban un daño para el infractor y para toda la comunidad. Decía San Agustín que la justicia era el vínculo que unía a la gente como una comunidad y en el bien de ésta se reconocían los derechos mutuos de sus miembros.<sup>50</sup>

A pesar de que el Derecho tomara diferentes expresiones, ya sea por la vía secular o canónica, la jurisdicción todavía recaía sobre las personas y no sobre los territorios. Es muy importante hacer hincapié en dicha particularidad dado que era en los individuos en quienes se enfocaban los diferentes órdenes y normas. El Derecho seguía a las personas a donde fueran, las distinguía y se amoldaba a ellas, era pues casuístico y consuetudinario. Estos dos rasgos le otorgaron al Derecho de tradición hispano-medieval la capacidad de juzgar a cada sujeto de manera singular, de hacer a las leyes maleables y al criterio de justicia flexible, de esta forma el Derecho se convertía en un traje hecho a medida. Como ya hemos señalado, era un Derecho enfocado en la persona y en lo particular.

Dicho esto, podemos ver a grosso modo lo más relevante de la formación y modo de operación del Derecho de tradición hispano-medieval. Ahora queda más claro que sus criterios fueron totalmente diferentes a los que conocemos hoy,

---

<sup>50</sup> Evans, *Law and Theology in the Middle Ages*, London and New York, Routledge, p. 22.

puesto que en él lo realmente importante fue tomar en cuenta la especificidad de cada persona en pro de hallar la equidad. Se puede decir que fue un Derecho capaz de amoldarse a cada circunstancia, a cada persona y a cada caso en función de alcanzar la equidad entre los miembros de la sociedad.

#### **1.4. La tradición hispano-medieval indiana-castellana y el Derecho común.**

Hemos mencionado varias veces el concepto de tradición hispano-medieval. Para ahondar más en él, veremos qué es lo que se considera como una tradición jurídica, porqué se concibe como tal y cómo opera. En general el término de tradición, según lo explica Carlos Herrejón, es un acto humano, por el cual se transmite y recibe un contenido, ya sea como individuo, como sociedad o comunidad. Por ello, la tradición es algo vital pues toma fuerza por ser colectiva en la conciencia humana. Es algo que se transmite de forma recurrente en el tiempo y que encuentra correspondencia en su recepción.

Otra de sus características es que la tradición busca la cohesión e identidad de un grupo, tiene por supuesto un sentido y valor social que se actualiza cada vez que se recibe, es decir que, el destinatario la asimila, la amolda y la recrea. Hay un proceso de conservación del contenido recibido, pero a la vez se modifica, ya sea para reducirlo o enriquecerlo, siempre conservando su identidad fundamental. Así se vuelve a transmitir una y otra vez, por lo que es un proceso dinámico de sucesión en el tiempo, esto provoca avance a través del tiempo y su actualización en él. La tradición es cosa de todos los días y de cualquier lugar, es parecida a la cultura en el sentido de que ésta también es conservación y progreso, es recibida y transmitida. La tradición no es mera subsistencia sino un

desenvolvimiento de posibilidades y de confrontación a elementos extraños por lo que su movimiento es constante.<sup>51</sup> El Derecho como parte de la cultura de cada lugar, es por tanto una expresión jurídica originada y derivada dentro del marco cultural de cada sociedad que forja tradiciones jurídicas a través del tiempo.

Ahora bien, nos dice Merryman que una tradición propiamente legal relaciona al sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial, por lo tanto se arraiga y se perpetúa a través del tiempo, se reestructura y guarda elementos comunes que la hacen trascender.<sup>52</sup> Como dice Herrejón, ocurren cambios pero se conserva lo fundamental. Una tradición legal es entonces un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas acerca de la naturaleza del Derecho en la sociedad y el cuerpo político, de la operación y organización adecuadas de un sistema legal. En este sentido, la tradición siempre está inserta en una perspectiva cultural. Esto recuerda las palabras de Grossi al explicar el “naturalismo jurídico” que se refiere a la experiencia jurídica de un Derecho que no se distancia de los hechos, así el Derecho en parte estaba formado por costumbres certificadas, validadas por el tiempo y su uso eficaz demostrado por la praxis en la vida cotidiana.

De acuerdo con Merryman, la tradición legal más difundida y antigua ha sido la del Derecho civil, que tiene su origen en otras subtradiciones en diferentes lugares y momentos históricos. Una de esas subtradiciones es la del Derecho romano contenida en el *Corpus Juris Civilis* compilado por Justiniano en el siglo

---

<sup>51</sup> Carlos Herrejón, “Tradición. Esbozo de algunos conceptos”, en *Revista Relaciones*, No. 59, Colmich, pp. 135-145.

<sup>52</sup> Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 17-28.

VI, al cual hemos hecho referencia por la importancia que tuvo en la formación del Derecho de tradición hispano-medieval.

Parte de este cuerpo de Derecho civil y público se ha convertido en la base de los sistemas legales occidentales. Tras la caída del Imperio Romano, los invasores utilizaron formas menos refinadas del Derecho romano fusionadas con sus propias costumbres legales germánicas. A ese proceso se le conoce como la vulgarización del Derecho romano.<sup>53</sup>

A manera de resumen, hemos visto que una tradición jurídica prevalece en el tiempo aunque se modifiquen o cambien sus elementos según las necesidades de cada contexto. Sin embargo, sus componentes esenciales, sus principios, su peso y valor prevalecen y se transmiten continuamente. En el caso de la tradición hispano-medieval que después de varios siglos alcanzaría a incorporar en sus rieles al Derecho indiano, observamos elementos que perduraron a lo largo de la historia; principios de Derecho romano y canónico que fueron interpretados, utilizados como referencia doctrinal, a partir de los cuales se crearon leyes como resultado de su análisis y reflexión. Leyes que pudieran ser útiles a los nuevos contextos y necesidades, leyes que en la práctica sirvieran para impartir justicia, leyes que en muchos casos fueron consecuencia de la asociación entre los derechos municipales y la recuperación de viejos elementos que para fines prácticos enriquecieran el ámbito jurídico de cada lugar.

Retomemos ahora un elemento que fue fundamental en la concepción del Derecho de tradición hispano-medieval: el Derecho común. Hemos señalado ya que el Derecho común otorgó coherencia a la tradición jurídica occidental y se

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 17-28.

generó en el siglo XIII como parte y resultado de la sistematización del Derecho. Su conformación parte del Derecho romano-canónico, de la Doctrina de los juristas, del Derecho divino y del Derecho natural. Recordemos que el Derecho natural era común a todos los hombres por el uso de su sola razón, por lo que se pensaba que tenía un carácter moral con tendencia a la virtud. Éste, como veremos, estará muy presente en el Derecho común.

Al Derecho natural lo podemos rastrear desde las primeras prácticas del Derecho, influidas poderosamente por la religión, tanto en Oriente como en Occidente, por lo que las reflexiones filosóficas sobre el problema tienen también implicaciones teológicas. La doctrina del Derecho natural responde a una vocación del espíritu humano en coincidencia con la exigencia constante de justicia como idea del Derecho. Ahrens, expresó que: “La filosofía del Derecho o el Derecho natural es la ciencia que expone los primeros principios del Derecho concebidos por la razón y fundados sobre la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas”. En el pensamiento jurídico romano la *naturalis ratio* se impone como fundamento metódico, para la formulación de los principios jurídicos, significa la alta racionalidad de lo objetivo, que en forma superior e independiente del arbitrio humano, se muestra ínsito en las cosas en cuya naturaleza se funda el Derecho.<sup>54</sup> Santo Tomas de Aquino al hablar sobre los diferentes tipos de leyes refiere sobre la ley natural que a ésta pertenece todo aquello a lo que el hombre se siente inclinado por naturaleza. Mas todos los seres se sienten naturalmente inclinados a realizar las operaciones que les corresponden en consonancia con su forma; por ejemplo, el fuego se inclina

---

<sup>54</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 7, pp. 855-863.

por naturaleza a calentar. Y como la forma propia del hombre es el alma racional, todo hombre se siente naturalmente inclinado a obrar de acuerdo con la razón. Y esto es obrar virtuosamente. Por consiguiente, así considerados, todos los actos de las virtudes caen bajo la ley natural.<sup>55</sup> En consonancia con esta idea encontramos que Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, señaló que se llama Derecho natural a aquéllos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional lo determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio.<sup>56</sup> En suma y de forma muy breve, se puede decir que el Derecho natural es considerado mandato divino y surge de la figura de Dios legislador, que no es sino el Dios persona que gobierna el mundo, el cual inspira las leyes humanas y en el que residen las leyes eternas.<sup>57</sup> El Derecho común es un Derecho racional y claramente comparte los principios del Derecho natural, actúa de acuerdo con la razón para obrar virtuosamente con el fin de impartir justicia.

Así también, habíamos señalado que el Derecho común fue la síntesis del Derecho romano justiniano y de los diferentes ordenamientos jurídicos medievales<sup>58</sup>, producto del trabajo de los glosadores y la reciente estructuración, comprensión y nueva producción del Derecho de la época. Fue el resultado de lo que se rescató del Derecho romano, es decir, de sus principios reconsiderados en los nuevos contextos sociales y de los diferentes Derechos medievales razonados

---

<sup>55</sup> Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Parte I-II, c. 94.

<sup>56</sup> Carpintero, *op. cit.*, p. 34.

<sup>57</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 7, pp. 855-863.

<sup>58</sup> Faustino Martínez, "Acerca de la recepción...", *op. cit.*, p. 449.

desde la escolástica. Grossi, por su parte, explica que el Derecho común es producto de la ciencia, que en cuanto *interpretatio* se elabora a partir de un texto autorizado<sup>59</sup>, pero también es la mediadora entre el texto y los hechos. Por tanto, hablamos de un Derecho práctico, no teórico, centrado en la justicia, no en la legalidad. Los juristas medievales desarrollaron la idea de que la justicia era la auténtica mediadora entre la divinidad y los hombres.<sup>60</sup>

El Derecho común dio coherencia, sentido y unidad a todo el Derecho que se había producido hasta entonces en Europa, conjugó y entrelazó a los hilos del Derecho divino, del Derecho natural, romano, canónico y a toda la pluralidad contenida en el universo jurídico occidental. A la vez, era un código cultural en su expresión jurídica. En algunos lugares, fue también un instrumento que ayudó en la superación del localismo jurídico altomedieval, en otros fue parte de la convivencia entre todos los ordenamientos existentes que se relacionaban entre sí inmersos dentro de una cultura jurídica común.

El *Ius Commune* era la razón última, la validación y el máximo criterio de justicia. Bajo esta premisa es fundamental comprender que la ley no podía ser aplicada solo por corresponder al delito que tenía que juzgar, si su aplicación significaba un acto de injusticia se hacía a un lado y se recurría al Derecho común para encontrar la forma más adecuada de impartir justicia, es decir de alcanzar la equidad. Así, el Derecho común se convierte en el modelo perfecto de Derecho culto, racional y sabio<sup>61</sup>, pero esto no significó que las diferentes legislaciones locales carecieran de validez o fueran desvirtuadas, más bien el Derecho común

---

<sup>59</sup> Grossi, *op. cit.*, p. 225.

<sup>60</sup> Faustino Martínez, "Acerca de la recepción...", *op. cit.*, p. 450.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 448.

tenía una capacidad ordenadora tan extraordinaria que alcanzó a filtrarse, aunque no sin resistencia, de diferentes formas y en distintos grados en toda la Europa Occidental.

En los inicios de la recepción del Derecho común en Castilla, desde principios del siglo XIII hasta mediados del siglo XIV, el Derecho común estuvo desligado de los derechos propios, es decir, que no tuvo vigencia en la praxis, principalmente porque era el único estudiado en las universidades y porque el trabajo y enseñanza de él no guardaba relación alguna con la aplicación de los referidos derechos propios. Fue especialmente con *Las Siete Partidas* que este Derecho tuvo una amplia recepción en Castilla; en ellas se depositaron todos los saberes jurídicos reunidos hasta entonces y aunque no tendrían vigencia al momento de su elaboración ca. 1256, posteriormente serían utilizadas y aplicadas a falta de normas en los demás cuerpos jurídicos castellanos. A partir de mediados del siglo XIV, concretamente con el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, y hasta el primer lustro del siglo XVI, con la promulgación de las *Leyes de Toro* de 1505, la vigencia del Derecho común se situó en un nivel de subsidiariedad respecto a los derechos propios (real y forales), esto quiere decir que se aplicó siempre que faltó el derecho propio.<sup>62</sup> No obstante, en la práctica, Castilla había dado un lugar preeminente a *Las Partidas* por encima de los fueros y a la par del Derecho Real.<sup>63</sup> A esto hay que añadir lo señalado por Faustino Martínez, que en Castilla el Derecho común se asoció con los derechos tradicionales para favorecer el desarrollo mutuo de un Derecho castellano que sería aplicado a nivel doctrinal y

---

<sup>62</sup> Javier Barrientos Grandon, *La Cultura Jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, p. 12.

<sup>63</sup> Faustino Martínez, *“Acerca de la recepción...”*, *op. cit.*, p. 491.

práctico. Con el paso del tiempo inundaría aquel territorio hasta trasladarse a la esfera de lo indiano una vez que la Corona sumara a las Indias Occidentales como parte de sus reinos.

En el momento en que el Derecho castellano llega a las Indias toda esa tradición hispano-medieval fue recibida a través del Derecho común y naturalmente del castellano. Así como sucedió en Europa, los juristas americanos también estudiarían la doctrina del Derecho romano-canónico en las universidades. Esta doctrina, contenida en el *Ius Commune* penetraría en el mundo indiano a través de sus juristas, mismos que a la vez que formarse en el Derecho en la Universidad, ocuparían los cargos más importantes en las Indias a nivel político-administrativo. Ellos fueron el puente que tendió paso al Derecho común en la práctica de los tribunales y cortes americanos. Faustino Martínez señala que en América, sucedería lo que en Castilla con el Derecho castellano y el Derecho común, es decir, que habría una simbiosis entre ambos.

El Derecho indiano por su parte, además de formarse conforme la necesidad lo requirió, es decir casuísticamente, no formuló leyes para todas las materias que había que resolver en los tribunales. De ahí que en la práctica los juristas acudieran a la doctrina estudiada y aprendida en su educación formal, como referencia necesaria y operante, a la vez que habrían de recurrir al Derecho castellano para cubrir las carencias e insuficiencias en el indiano. Como consecuencia de la falta de Derecho privado en las leyes indianas y debido al carácter integral de *Las Partidas*, fue este ordenamiento el que se usó para remediar diversos asuntos en Indias. Para el tema que estudiamos aquí, este cuerpo de leyes ha sido nuestra fuente más generosa.

El Derecho común vertido en *Las Partidas* tuvo una importancia substancial para las Indias, en él se podía encontrar lo que faltaba, lo que no estaba considerado en la ley local o bien a partir de él se creaba lo necesario para que la justicia tuviera cabida dentro de un marco de acción verdaderamente efectivo. Ahora analizaremos como las leyes, en general los criterios de justicia circunscritos en la tradición hispano-medieval, se ajustaron a las circunstancias y no al revés, puesto que las normas no eran modelo ni molde si no materia dispuesta a transformarse.

## Capítulo II. La minoría de edad en el Derecho castellano. *Las Siete Partidas*.

### 2.1. El Derecho castellano en Indias.

Anteriormente señalamos que si bien en las Indias Occidentales se formaría un Derecho propiamente indiano, es indispensable tomar en cuenta que el Derecho castellano en Indias tuvo un papel muy importante en cuanto a legislación aplicada en dicho territorio. Ya en el capítulo anterior hemos comentado el peso y la importancia del Derecho castellano en el ámbito de la minoría de edad, pues fue el instrumento jurídico, que reguló en la práctica, los asuntos relacionados al tema.

Para comprender mejor, veamos someramente cómo evolucionó este derecho en Europa. El Derecho castellano recogió en el siglo XIII al romano, al canónico, al feudal y al Derecho común entre otros; sus fuentes fueron jurídicas, filosóficas, bíblicas, teológicas y militares; en suma recogió el conocimiento jurídico disponible de ese tiempo. A medida que el Derecho real se extendía en los reinos sujetos a la Corona de Castilla a fin de superar el localismo jurídico existente, los fueros quedarían supeditados al Derecho del Rey en convivencia con el Derecho común. Posteriormente, los Reyes Católicos fortalecerían el sistema normativo castellano y se desataría un movimiento recopilador entre los siglos XVI y XVII, esto aunado al esfuerzo de unificar el Derecho con la intención de incrementar el poder sobre los diversos reinos de Castilla. De esa ardua tarea surgieron recopilaciones jurídicas muy importantes como la *Nueva Recopilación* de 1567; así también con el uso de la imprenta se divulgarían ésta y otras más como el *Ordenamiento de Montalvo*.<sup>64</sup> A pesar de que el Derecho castellano fue

---

<sup>64</sup> Francisco Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 265-267.

modelo para las autoridades que se fueron estableciendo en tierras indianas, Dougnac señala que se aplicó mucho en las Indias, sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en los que las disposiciones propiamente indianas fueron escasas.<sup>65</sup>

En la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, Ley II, Título I, Libro II se estipulaba el siguiente orden de prelación:

“Ordenamos Y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilacion, ó por Cédulas, Provisiones, ó Ordenanças dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestro orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme á la de Toro, assi en quanto á la substancia, resolucion y decision de los casos, negocios y pleitos, como á la forma y orden de susbtanciar.”<sup>66</sup>

Ya se había declarado antes en Las *Leyes de Toro* de 1505, así como en el *Ordenamiento de Alcalá* reunido en 1384 que se aplicarían: en primer término las leyes del propio *Ordenamiento*; a falta de precepto aplicable en el *Ordenamiento*, el *Fuero Municipal* vigente en la ciudad de que se tratase; a falta del *Fuero Municipal*, el *Fuero Real* de Alfonso X, y a falta de precepto aplicable en el *Fuero Real*, *Las Siete Partidas*.<sup>67</sup>

Es debido al peso que tuvo el Derecho castellano en Indias que en esta tesis se han revisado la mayoría de los ordenamientos que fungieron como Derecho supletorio en ese territorio. En ellos hemos identificado y analizado las normas referentes a la minoría de edad. Para facilitar la elaboración de dicho análisis seguimos el orden de prelación que arriba mencionamos, según lo

---

<sup>65</sup> Antonio Dougnac, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1994, p. 16-21.

<sup>66</sup> *Recopilación de las Leyes de Indias*, Ley II, Título I, Libro II.

<sup>67</sup> *Ordenamiento de Alcalá*, Título XXVIII, Ley I.

estipulado en el *Ordenamiento de Alcalá*, pero de forma inversa. Así, el primer cuerpo jurídico a revisar es el de *Las Partidas*.

## **2.2. Las Siete Partidas.**

Con el fin de poder construir una tipología ideal o un modelo que nos permita aproximarnos a nuestro objeto de estudio, examinaremos casi todos los cuerpos jurídicos a los que recurrieron los jueces novohispanos como apoyo en caso de ausencia de reglamentación concreta acerca de la minoría en el Derecho indiano. Para el tema que estudiamos aquí, *Las Partidas* han sido la fuente de información, de entre las consultadas, más extensa y generosa al respecto. En general, en los demás ordenamientos jurídicos se encuentran escasas menciones sobre el tema y las más de las veces son leyes previamente recopiladas en *Las Partidas*, es decir, leyes que siguen a la tradición jurídica hispano-medieval.

El Derecho castellano, como hemos mencionado y bien lo señala dicho cuerpo de leyes, juzgó a las personas de acuerdo a su calidad y condición, desde antes en otros ordenamientos de leyes visigóticas como el *Liber Iudiciorum* o *Código de Recesvinto*<sup>68</sup> promulgado ca. 654, ya se declaraba que en las sociedades los individuos no eran iguales. Esto significó que habrían de tener una personalidad jurídica propia y de acuerdo a esa especificidad serían establecidas las leyes que normarían los derechos y obligaciones de cada persona, así de ello

---

<sup>68</sup> Es una recopilación de leyes de los reyes visigodos hasta el año 654, que proceden en gran medida del *Codex revisus* y del *Código de Eurico*. El resto son obras de reyes posteriores como Recaredo y Sisebuto. Está dividida en 12 libros en materias de Derecho Procesal, Penal y Privado. Su aplicabilidad fue exclusiva y obligatoria en los tribunales, lo que terminó con la vigencia de cualquier otra ley. Representó la aceptación total del Derecho Romano por los visigodos, pues tenía vigencia territorial, no personal. Con su promulgación se terminó con el dualismo legislativo existente entre la población romana y gótica. *Partidas*, Tomo I, p. VIII.

también dependerían los procesos judiciales que le tocaría librar a cada quien. En cada foro de justicia, el juez tenía como principio y obligación catar a qué tipo de persona estaba por juzgar. Este criterio de justicia se extendió sin excepciones, incluso en el pensamiento político medieval existió la tensión entre la sumisión del príncipe al Derecho, y la exaltación de su poderío, expresada en la paradoja: *rex infra et supra legem*. De manera que el príncipe tenía un poder absoluto, pero a la vez reconocía una total sumisión a la ley, como sirviente de la equidad y del Derecho; estaba obligado *ex officio* a venerar y amar la justicia.<sup>69</sup> De lo contrario se le consideraba como tirano, el rey tenía la obligación de ser juez y administrar justicia, y a la vez que estaba supeditado a la ley secular lo estaba también al juicio divino, es decir a la ley de Dios quien se consideró como juez máximo.

En las siguientes páginas examinaremos el contenido de las leyes que se refieren a menores de edad en *Las Siete Partidas*, el ordenamiento jurídico más completo de la Edad Media y receptor del Derecho común. Se cree que fue dictado bajo el reinado de Alfonso X “El Sabio” (1252-1284) y conocido también con los nombres de *Libro de las Leyes* o *Fuero de las Leyes*. Veamos rápidamente el contexto del cual surgió este importante cuerpo legal.

El Rey Alfonso, conocido como el “Sabio” heredó de su padre una abundante legislación, confusa y heterogénea, a la cual se sintió atado. La quiso superar, mandando a *escribir por si un libro de ley*. Existía ya en León y Castilla un prolijo Derecho viejo formado de manera autónoma, en la costumbre de tal o cual monasterio, bosque, ribera, oficio, en forma de atributo de la persona, del territorio

---

<sup>69</sup> Hesles, *op. cit.*, p. 23.

o del municipio.<sup>70</sup> Estas reformas exigían un amplio soporte financiero que sólo podía venir como resultado de una profunda reforma fiscal, dentro de la cual hay que destacar, en un primer momento, el control de una parte del diezmo eclesiástico (las llamadas tercias reales), que sumada a las parias que pagaban los reinos musulmanes vasallos y los mudéjares andaluces daban a la corona una amplia capacidad de maniobra. A estos ingresos hay que añadir el cobro de servicios extraordinarios aprobados en cortes. Hay que decir, no obstante, que este recurso fue bastante raro antes de la sublevación mudéjar de 1264. A partir de entonces, y especialmente desde 1269, los servicios de cortes se prestaron con una frecuencia inusitada, en parte para compensar la pérdida de las parias y, sobre todo, para atender las necesidades crecientes de la corte y del reino y los gastos derivados de la política del Rey, en especial del llamado fecho del Imperio<sup>71</sup>, en el que Alfonso X invirtió tanto dinero e ilusiones.

El marcado regalismo de las leyes alfonsinas provocaría la resistencia por parte de la nobleza, estamentos privilegiados, ciudades y villas. El descontento llegó a tal punto que dio lugar a una sublevación nobiliaria en 1272, con ella acabarían las pretensiones de “El Sabio” por querer alcanzar la unificación jurídica que buscó desde el comienzo de su reinado.<sup>72</sup> Es por ello que *Las Partidas* no estuvieron vigentes durante el periodo de su producción. Sería hasta 1348, con el *Ordenamiento de Alcalá*, que Alfonso XI les otorgaría el estatuto de Derecho supletorio y daría vigencia a *Las Partidas*.

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>71</sup> Este hecho se refiere a las aspiraciones de Alfonso X por ser emperador.

<sup>72</sup> Manuel González Jiménez, “Alfonso X El Sabio (1241-1284)”, en *Revista de Historia de El Puerto*, No. 38, 2007 (1er semestre), pp. 37-47,

Sin embargo, hay hipótesis que sostienen que Alfonso X, el Sabio, no fue el autor de dicho ordenamiento de leyes. Alfonso García Gallo, elaboró un minucioso estudio comparativo de tres diferentes ediciones de *Las Partidas*, con el objetivo de averiguar su autoría. Al cotejar estos documentos se dio cuenta, por las diferencias y variaciones que presentaban, que lo que realmente conocemos hoy a partir de ellos es la versión de *Las Partidas* de los siglos XIV y XV y no el texto original del siglo XIII, que además ubica en fechas posteriores al reinado de Alfonso X. La elaboración de ediciones posteriores se hizo a partir de manuscritos medievales que fueron manipulados y reelaborados en repetidas ocasiones. Además de eso, la idea de corregir y editar los distintos manuscritos resultó en la producción de textos que fueran útiles a los abogados en los tribunales, por lo que muchas veces para lograrlo, omitieron defectos, ausencias y demás discrepancias de las leyes en ellos. Como consecuencia, las ediciones se alejaron cada vez más del manuscrito original.<sup>73</sup> Por lo tanto, García Gallo argumenta que aun las ediciones más importantes de *Las Partidas*, incluida la famosa de Gregorio López de 1555, son deficientes en ese sentido.

Se cree que Alfonso X, mandaría elaborar otros ordenamientos jurídicos como: el *Setenario*, obra de carácter doctrinal, el *Espéculo* y el *Fuero Real*.<sup>74</sup> Si aceptamos lo señalado por García Gallo, podemos ubicar la redacción del *Espéculo* antes de 1258. Al parecer, Alfonso X había cumplido el deseo de su padre Fernando III de redactar el *Setenario*; al hacerlo también emprendió la labor de sustituir ciertas leyes y viejos fueros municipales cuyos principios y técnicas de

---

<sup>73</sup> Alfonso García Gallo, "El libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22, 1951-1952, pp. 350.

<sup>74</sup> *Partidas*, *op. cit.*, p. IX.

redacción aparecían ya deficientes. El rey Sabio, elaboró un fuero nuevo, es decir un libro que recogía el viejo derecho y reelaboró el *Fuero Juzgo*,<sup>75</sup> el fuero que regía anteriormente. Fernando III había concedido a varias ciudades el viejo código visigodo en su versión romance. El nuevo libro, no fue promulgado con carácter general, sino únicamente concedido como fuero a distintas ciudades. El *Espéculo*, en cambio, persiguió otra finalidad,<sup>76</sup> habría de ser la ley del rey y distinta a los fueros que regían a cada ciudad, de esta forma el rey vivía conforme a una ley propia.

La explicación que propone García Gallo para la obra atribuida a Alfonso X, consiste en que el rey redactase simultáneamente tres obras distintas pero afines: el *Fuero Real*, el *Espéculo* y el *Setenario*; y que habiendo concedido aquél a muchas ciudades, promulgaría el segundo como ley general.<sup>77</sup> De hecho va más allá, cuando de acuerdo al resultado del cotejo entre los documentos, halla que así como la redacción más moderna de *Las Partidas* se encuentra en las ediciones con las que él trabaja, es decir de 1491, 1555 y 1807, la más antigua que es posible caracterizar la constituye el llamado *Espéculo*, que más que un borrador o proyecto de *Las Partidas*, como se le ha considerado, es su redacción originaria.

García Gallo respalda esta explicación en el hecho de que una y otra llevaban el

---

<sup>75</sup> El *Fuero Juzgo* es la traducción al romance, hecha en 1241, del *Liber Iudicorum*, recopilación de leyes de los reyes visigodos que comprende hasta el año 654 y que recoge la antigua tradición jurídica romana. Consta de 500 leyes aproximadamente, divididas en doce libros a su vez subdivididos en varios títulos. Fernando III y Alfonso X lo otorgaron como fuero municipal por localidades de los reinos de Andalucía y Murcia recién incorporados a Castilla. El *Fuero Juzgo* se aplicó como derecho local, en calidad de fuero municipal, en los territorios meridionales según progresaba la reconquista castellana. Entendemos como Reconquista al proceso histórico en que los reinos cristianos de la Península Ibérica buscaron el control peninsular en poder del dominio musulmán. Este proceso tuvo lugar entre los años de 722 y 1492 cuando finalmente se recuperó el Reino de Granada. El *Fuero Juzgo* rigió en la Península Ibérica durante la dominación visigoda y supuso el establecimiento de una norma de justicia común para visigodos e hispanorromanos.

<sup>76</sup> Alfonso García Gallo, *op. cit.*, p. 395.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 393.

mismo título: *Libro del fuero de las leyes* o *Libro de las leyes*,<sup>78</sup> y que habrían sido los copistas del siglo XIV los que les dieron los nombres de *Espéculo* y *Partidas* respectivamente. Ignorantes éstos entre la verdadera relación entre una y otra obra, las consideraron como distintas.<sup>79</sup>

Al margen de estos novedosos hallazgos, lo más importante es insistir en que serían *Las Partidas* el manuscrito que trascendería a lo largo del tiempo. Éstas cuentan con 2,208 leyes divididas en siete partes. Sus libros contienen leyes de Derecho eclesiástico, Derecho público, de organización judicial y sus procesos, de matrimonio, de contratos, relaciones feudo-vasalláticas y Derecho civil, de sucesiones y por último de Derecho penal. Se han considerado como el ordenamiento jurídico más perfeccionado, cuenta con fuentes diversas entre las que podemos encontrar al *Corpus Iuris Civilis*, los trabajos de glosadores y posglosadores, los *Libri Feudorum*, las *Decretales* de Gregorio IX, las obras de los decretalistas y obras de juristas como Azzo y Godofredo solo por mencionar algunas.<sup>80</sup> En suma, este cuerpo está conformado por el Derecho común en su versión castellana, por el Derecho romano y el Derecho canónico entre otros.

Respecto a su fecha de redacción, se suele datar el comienzo de ésta en 1256 y el de su terminación entre 1263 y 1265. Pero nuevamente, García Gallo ofrece nuevas hipótesis al respecto. En su investigación, encuentra que las fechas de 1256-1265 se encuentran solo en una rúbrica que precede a los manuscritos de la primera partida que recoge el texto del *Espéculo*. En los manuscritos posteriores se suprime esta indicación de fechas, que no se sustituyen por otras, y

---

<sup>78</sup> Específicamente para este tema véase la p. 401.

<sup>79</sup> García Gallo, *op. cit.*, p. 446.

<sup>80</sup> *Partidas*, *op. cit.*, p. XII.

en gran número de códices no se menciona fecha alguna. En el siglo XIV, un copista introdujo en el prólogo una larga cláusula para decir que se habían comenzado *Las Partidas* en 1256 y se habían terminado a los siete años cumplidos; esta cláusula fue recogida en otras ediciones y ha sido aceptada como auténtica por los historiadores y juristas pero carece de todo valor.<sup>81</sup>

En su elaboración intervinieron el obispo Fernando Martínez de Zamora, el maestro Roldán y el maestro Jacobo<sup>82</sup>, quien para 1257 aparece en cierta documentación con el cargo de juez real, más tarde, alrededor de 1274 cumplió con la tarea de tomar las cuentas a los recaudadores de las rentas reales. También hay noticia de que Alfonso X le solicitó redactar un breve compendio en materia procesal titulado las *Flores de las leyes*.<sup>83</sup>

Hasta aquí la información que nos pareció más relevante acerca de este magnífico cuerpo de leyes. Su importancia y su peso se verán reforzados e indudablemente reflejados en el siguiente apartado.

### **2.3. Los menores de edad en *Las Siete Partidas*.**

Son abundantes los datos que hemos reunido durante esta investigación, a partir de ellos buscamos contestar varias de las interrogantes que nos hemos planteado; ¿qué significó ser un menor de edad en el Derecho castellano e Indiano?, ¿qué se entendió por minoría de edad?, ¿cómo se crearon y establecieron las normas que la rigieron?, ¿cómo actuó y se administró la justicia al menor?, ¿con qué se relacionó la responsabilidad civil, criminal, penal y

---

<sup>81</sup> García Gallo, *op. cit.*, p. 447.

<sup>82</sup> *Partidas*, *op. cit.*, p. XI.

<sup>83</sup> García Gallo, *op. cit.*, p. 425-427,

procesal de los menores?, ¿a qué respondieron las distinciones que se hicieron al momento de juzgarlos?, ¿acaso a su edad, al sexo, a su condición social, al grado del desarrollo de conciencia y entendimiento que poseyeran, a la gravedad del yerro, falta o delito cometido? o ¿a todas las anteriores juntas? Como se puede observar son múltiples los factores que hubo que considerar para poder perfilar la condición jurídica de los menores de edad en el contexto jurídico novohispano.

De acuerdo con lo que hemos encontrado hasta ahora, es importante mencionar que el contenido de las normas nos ha llevado a hacernos diversos planteamientos, a abrir varias líneas de análisis y nos ha dado pauta para permanecer abiertos y atentos a las aparentes contradicciones que han surgido, si es que se les puede considerar así.

Al principio de este trabajo comentamos que la minoría de edad en realidad consistió a su vez en muchas minorías de edad, que no era un número de años que fijara la condición de ser menor de forma estática y absoluta. Concebirlo de esa forma sería un error que además de reducir el tema a un enfoque demasiado simplista, anularía su significado y por tanto su comprensión. La minoría de edad fue un periodo de tiempo que albergó diferentes condiciones, las cuales dictaron los derechos y obligaciones de los menores en relación a cada una de ellas.

Pero ¿quién era considerado un menor? Según lo dicen *Las Partidas*: “menor es llamado aquel: que non ha a un veynte y cinco años cumplidos.”<sup>84</sup> Esto significa que se dejaba de ser menor de edad al cumplir los veinticinco años, mientras tanto la persona estaba obligada a ceñirse a las reglas dictadas por la ley de acuerdo a su condición de menor.

---

<sup>84</sup> *Ibíd*, Libro VI, Título XIX, Ley II.

Todas las regulaciones que se presentan en este trabajo a propósito de la minoría de edad se encuentran incluidas a su vez en otras leyes, es decir que no existe un título ni un listado específicamente dedicado a ellas en *Las Partidas*. Para ubicarlas hay que leer las leyes contenidas en los distintos libros, porque generalmente es en su parte final donde se encuentran las especificaciones relacionadas a menores. Con fines prácticos y en busca de darle algún orden al siguiente apartado, comentaremos primero las generalidades que aparecen respecto a nuestro tema de investigación para después dar paso a sus particularidades. De acuerdo con los temas relacionados a menores que predominan en las leyes, hemos dividido la información en cuatro grupos: La tutela de los menores, los menores y el Derecho civil, los menores y el acceso a la justicia y por último, los menores y el Derecho criminal. Confiamos en que de esta forma sea más asequible la información que hemos reunido hasta ahora.

### **2.3.1. La tutela de los menores.**

Como punto de partida elegimos comenzar por un tema que nos parece de primer orden, el de la tutela de los menores. Dentro de él veremos un amplio reflejo de la idea general que se tenía sobre la minoría de edad. Para empezar, consideramos conveniente señalar las diferencias en las voces referentes a los tipos de tutela que aparecen en *Las Partidas*, pues aunque parezcan sinónimos nos hemos dado cuenta que no lo son y por tanto tampoco fueron utilizadas indiscriminadamente. En principio la tutela, voz latina, quiere decir lo mismo que guarda en lengua romance. A pesar de que los menores debían estar bajo el cuidado de un mayor de edad hasta cumplir veinticinco años según lo dicho en

*Las Partidas*, solamente eran considerados guardadores aquéllos otorgados a huérfanos o menores de catorce años y huérfanas o menores de doce<sup>85</sup> y en general a los que no rebasaran dichas edades; de ahí en adelante era el denominado curador quien custodiaba al menor. Para fines prácticos hemos optado por referirnos a las personas que guardaban a un menor como tutores, si así lo admiten los comentarios o reflexiones que hagamos a lo largo de este apartado.

Es difícil saber sólo a partir de las leyes, si la mayoría de los menores eran tutelados por sus padres, en caso de tenerlos o si aun estando vivos, los ponían bajo el cuidado de alguien más, es decir de un guardador o tutor. Lo que es importante señalar aquí es que todos los menores de veinticinco años debían vivir bajo custodia de alguien, ya fuera de los padres o de otras personas que tuvieran facultades para hacerlo, esto siempre y cuando tuvieran la aprobación de un juez. En principio todo menor debía tener un tutor, o alguien que viera por él, que cuidara de sus bienes, que lo hiciera hombre de bien, que lo procurara y lo guardara de recibir cualquier daño por parte de otros. Si el menor se encontraba fuera del poder del padre, por ley tenía que serle otorgado un guardador. No era condición necesaria que el padre estuviera muerto, pues podría suceder que éste estuviera lejos por cumplir un cargo al servicio del rey, que se encontrara muy enfermo, imposibilitado, discapacitado o que por alguna “razón derecha” admitida por la ley no lo pudiera cuidar. *Las Partidas* señalan que los hijos que quedaban huérfanos, es decir hijos sin padre, obligadamente debían recibir un tutor. En el

---

<sup>85</sup> *Partidas*, Libro VI, Título XVI, Ley I.

*Fuero Juzgo*<sup>86</sup> se declara que los hijos pequeños sin padre eran dichos o llamados huérfanos y no otros, pero porque la madre no tenía menor cuidado del hijo que el padre por ende: “mandamos, que los fijos que son sen padre, e sen madre, ata quince anos sean xamados horfanos”, según lo dicho por el Rey Don Flavio Recesvinto.<sup>87</sup> Es probable que la costumbre rigiera a lo largo del tiempo y que de una u otra manera se volviera a establecer que los menores sin padre fueran los únicos denominados huérfanos como lo señalan *Las Partidas*.

A lo largo de los ordenamientos jurídicos que hemos revisado es común encontrar que el término menor de edad está muy ligado con el de huérfano, no porque fueran lo mismo, sino porque hubo diversas leyes que regularon las condiciones tanto de unos como de otros. Ambos constituían personas merecedoras de especial protección por formar parte del grupo de los individuos más vulnerables dentro de la sociedad. Este es un rasgo característico del Derecho de tradición hispano-medieval, la protección hacia el débil fue una obligación jurídica que aseguró la correcta administración de justicia en sociedades compuestas por miembros desiguales. De ahí también, que la tutela de los menores de edad siempre abarcara tanto a la persona como a sus bienes. El menor y sus bienes permanecerían todo el tiempo bajo la custodia de alguien que procurase por igual tanto a la persona como a sus pertenencias. La tutela no era adecuada si se descuidaban los bienes del menor o al menor en sí, para ser efectiva ante la ley, el tutor o guardador tendría que cuidar de ambos por igual.

---

<sup>86</sup> Recordemos que el *Fuero Juzgo* es un código visigótico, promulgado por el Rey Recesvinto en el año 654. En él se contiene la traducción de la *Liber Iudicorum* o *Lex Gothica*.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título III, Ley I.

En el caso de los huérfanos los guardadores, como ya hemos mencionado, tenían que ser dados a los varones menores de catorce años y a las mujeres menores de doce años “que non se puede, nin sabe amparar. E tal guarda como esta, otorga el derecho a los guardadores sobre las cabezas de los menores, maguer non quieran, o non lo demanden ellos”.<sup>88</sup> Si observamos las leyes, el proceso que conllevaba asignarle un guardador al menor estuvo escrupulosamente regulado y exigía una serie de requisitos muy específicos que buscaron garantizar el bienestar del menor y de sus bienes.

Los guardadores se podían establecer de tres maneras: la primera nos dice que el padre podía asignarles un guardador a sus hijos, aun antes de nacidos, por medio de su testamento, al cual se le denominaba *tutor testamentario*. Igualmente por esta vía, la madre, no habiendo padre, tenía derecho a designar un tutor a los hijos, si éstos eran sus herederos.<sup>89</sup> La segunda dice que si al huérfano no le dejaban guardador asignado en el testamento, debía ser el pariente más cercano quien lo custodiara, a esto se le conocía como *tutor legitimus*, es decir el guardador que era dado por ley y por derecho. Y la tercera dice que cuando el huérfano no tuviera parientes cercanos que lo quisiesen cuidar, ni el padre le dejara guardador al hijo, el juez del lugar le debía dar por guardador a un hombre bueno y leal, conocido como *tutor datiuus*, es decir el guardador que era dado por albedrío del juez. El abuelo podía hacer lo mismo en caso de que tuviera a los nietos en su poder. Por una u otra vía, el menor tenía acceso y derecho a gozar de protección jurídica mientras cumplía la mayoría de edad y los medios para

---

<sup>88</sup> *Ibíd*, Libro VI, Título XVI, Ley I.

<sup>89</sup> *Ibíd*, Libro VI, Título XVI, Ley VI.

garantizarle una custodia apropiada, pero sobre todo legalmente instituida, comprendieron varios caminos.

Las personas que fuesen guardadores de menores o huérfanos tenían que reunir, como hemos señalado, una serie de estrictos requisitos para poder tutelarlos. Como veremos, las leyes pusieron mucho cuidado y énfasis en este aspecto. Comenzaremos por mencionar que los tutores podían ser de sexo masculino o femenino, por lo que el género de la persona no fue un factor que discriminara a uno u otro, pero no podían ser ciegos, sordos, mudos, ni desmemoriados, ni desgastadores de sus bienes, ni de malas maneras. Así se establece que el tutor debía contar con una aptitud física óptima en conjunción con una buena moral, entonces podemos afirmar que la ley cuidó aspectos de diferente tipo a manera de otorgar las tutelas a personas íntegras en todo sentido. Los tutores tenían que ser mayores de 25 años a excepción de que la tutora fuera la madre o la abuela del menor. Para ello las madres que quisieran ser guardadoras de sus hijos en ausencia del padre, tenían que permanecer viudas y no se podían volver a casar, ya que en caso de querer hacerlo perdían la tutela de los hijos porque: “podrie acaeszer que por el grand amor que avrie a ssu marido, que tomasse de nueno, non guardarie también la persona, nin los bienes de los mozos: o farie alguna cosa que sse tornarie en grand daño dellos.”<sup>90</sup> Los hijos, en cambio, podían permanecer en poder del padre si la madre moría y a él le estaba permitido volverse a casar.<sup>91</sup> Tampoco podían ser guardadores de otro, ni los obispos, ni los monjes u otro religioso, a excepción de los clérigos regulares. *Las*

---

<sup>90</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley III.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley V.

*Partidas*, no dan explicación sobre esto pero creemos que esta distinción podría estar relacionada con los votos de obediencia, castidad y pobreza que hacían los regulares. Tal vez esto los hacía candidatos más confiables ante la ley. Cabían también los deudores de los huérfanos, aunque sólo podían ser guardadores, si los padres lo establecieran así en su testamento. Aquel que fuese obligado a servir al rey, el caballero que estuviera lejos de casa, y en general el sujeto que estuviera embargado de su persona en cualquier manera, es decir alguien que estuviera impedido para poder trabajar y entender a favor de los menores no podía ser tutor.<sup>92</sup> Pero curiosamente podía ser guardador algún siervo del padre, si él así lo estipulaba, con la condición de señalarlo y dejar dicho su nombre para que no lo confundieran con otro, como consecuencia el siervo se volvía hombre libre.<sup>93</sup>

Estos requerimientos reflejan claramente que los guardadores o tutores tenían que ser valorados dentro de cada sociedad como hombres buenos, de buena fama, de buena guisa, responsables, capaces física y mentalmente para poder hacerse cargo del menor, incluso si fuera la misma madre o la abuela tenían que probar y ser consideradas mujeres de bien, sanas y competentes para tutelar a un menor. Los guardadores tenían que cumplir muchas obligaciones para con los huérfanos o menores tanto morales como económicas, estas últimas por medio de los recursos económicos que tuviera el huérfano o menor. En caso de no tenerlos o de ser insuficientes, el guardador estaba obligado a darlo de su propia hacienda con la condición de que cuando el menor fuese de edad cumplida habría

---

<sup>92</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley XII.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley VII.

de pagarle todo lo que se había invertido en él.<sup>94</sup> También era obligación de los tutores amparar al menor o huérfano cuando tuvieran que enfrentar un pleito ya sea comenzado por ellos o instigado en su contra, pero sobre esto abundaremos más adelante cuando toque hablar del acceso que tenían los menores a la justicia.

El proceso para poder ser guardador o tutor de huérfano o menor tenía que ser hecho frente al juez de cada lugar. Era necesario redactar una carta meticulosamente detallada en la cual se estableciera a quién se le daba la guarda del menor y de sus bienes. Por supuesto, debía contener el nombre del tutelado y un minucioso inventario de los bienes de éste, incluidas todas las cartas de las heredades de los mozos, hecho por mano de un escribano público. Lo mismo debía hacerse el día que el menor saliera de la guarda del tutor a fin de asegurar que durante el tiempo de la guarda, los bienes del tutelado no hubieran sido objeto de robo o mala administración.<sup>95</sup> Todo este procedimiento tenía que ser hecho frente al juez y únicamente por su otorgamiento. Bajo estos lineamientos y según la Ley XI del mismo título que acabamos de citar, los menores podían tener más de un guardador.

No obstante, la ley de igual forma consideró y dio derechos a los que no deseaban ser guardadores de menores. Las razones válidas para que alguien se excusara de ser tutor eran variables, por ejemplo aquel que tuviera cinco hijos vivos podía rechazar la tutoría, o aquellos que fueran responsables de recaudar las rentas del rey o los que fueran sus mensajeros. También los juzgadores podían exentarse del cargo de guardador o el tutor que tuviera la guarda de tres

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley XVI.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley XV.

menores estaba en derecho de rehusarse a la cuarta; por otro lado, la ley tomó en cuenta a las personas que fueran tan pobres que solo pudieran sustentarse con el trabajo de sus manos o que no supieran leer o escribir. Nadie con carencias de tipo físico, económico, moral e intelectual tenía derecho de custodiar a un menor. El tutor habría de gozar de aptitudes plenas y una condición que le permitiera proteger al menor de forma total.

También hallamos que los antecedentes personales fueron tomados en cuenta, las personas que hubiesen tenido enemistad capital con el padre del huérfano o el padre del huérfano que hubiera hecho pleito de servidumbre al potencial tutor, o el maestro de alguna ciencia como retórica, gramática, etc., y hasta el marido que tuviese una esposa menor de edad eran sujetos estimables de excusarse de tutelar menores.<sup>96</sup> Estas consideraciones muestran la consciencia que hubo hacia la significativa y delicada tarea que envolvió el custodiar a un menor pues era persona necesitada de entera protección. La vulnerabilidad de un menor frente a otros miembros de la sociedad lo convertía en un sujeto legalmente considerado como persona miserable. Recordemos que a estas personas la ley les otorgó especial atención y privilegios a fin de protegerlos de sus semejantes y de personas con una condición más fuerte o aventajada socialmente. El Derecho les brindaba la posibilidad de colocarlos en una posición de equidad jurídica frente a sus desiguales.

Sin embargo, la guarda no coartaba los derechos y obligaciones, libertad de acción, grado de responsabilidad y desenvolvimiento, como parte de una sociedad

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVII, Leyes II y III.

determinada, que el menor pudiera tener pero esto se esclarecerá a medida que discurremos en las leyes.

Dado que la cuestión de la tutela fue de vital importancia, los mecanismos para sacar al menor de la guarda del tutor no se hicieron esperar. Esta situación podía ser originada por distintas causas, entre las cuales estaban: la sospecha hacia el guardador, la promoción de malas costumbres al tutelado, el menoscabo y desgaste de sus bienes al igual que tener fama de haberlos mal administrado ya sea dentro o fuera de juicio. Así también la falta de alimento o vestido para el menor, o de la carta de guarda al momento de recibirlo -a excepción de que mostrara alguna “razón derecha” para ello- fueron razones efectivas y suficientes para sustituir a los tutores. En suma, si el guardador le causaba algún daño al menor o a sus bienes podía ser privado de tutelarlos.<sup>97</sup> Los menores podían acusar al tutor de sospecha y podían ser apoyados ya sea por la gente del pueblo o de sus parientes. Incluso, si el menor o huérfano era mayor de catorce años podía entablar acusación formal por consejo de sus parientes, pero si era menor de dicha edad lo debía hacer por medio de alguien más. En este caso, la acusación se hacía frente al juez mayor del lugar puesto que ahí estaban los bienes del menor.<sup>98</sup> De hecho, los mismos juzgadores podían acusar a los tutores de sospechosos si notaban que les hacían daño a los huérfanos o menores.<sup>99</sup> Mientras duraba el pleito contra el tutor sospechoso, el juez otorgaba al menor una persona capaz de cuidarlo. Este es un ejemplo de algunas de las concesiones y derechos con los que el menor podía contar al tener una edad u otra, las

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVIII, Ley I.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVIII, Ley II.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVIII, Ley III.

situaciones de las que hablamos anteriormente daban un giro a la condición jurídica del menor ya sea para ampliar, limitar o modificar sus derechos y obligaciones dentro de la ley. En este caso el menor permanecía como menor ante la ley al tener catorce años pero las acciones legales que podía tomar o no diferían de aquellas que le corresponderían si tuviera doce o veinte, por ende la personalidad jurídica del menor estaba sujeta a un dinamismo constante. Bajo esta mirada, es que podemos apreciar a la minoría de edad como un periodo de tiempo que contuvo a su vez varias minorías de edad, cada una con su propio marco de acción, con delimitaciones específicas y distintas originadas a partir de o en relación a una multiplicidad de factores entre los que por supuesto podemos contar a la propia edad.

Fueron muchas y distintas las circunstancias en que la ley amparó al menor, incluidas aquellas en las que éste no tuviera una madre casada bajo legítimo matrimonio. Los menores que fueran hijos de barraganas, es decir de aquellas mujeres que no fuesen la legítima esposa del padre, debían recibir guardador en caso de que el señor los hiciera sus herederos. Y si algún hombre establecía como heredero a un huérfano extraño, le era permitido hacerlo a través de su testamento, lo mismo que asignarle un tutor.<sup>100</sup> Pero la pena que éste recibía en caso de hacer menoscabo o daño a los bienes del huérfano o menor, por un lado era la de ser infamado para siempre y por otro la de pecharle el daño al menor según el albedrío del juzgador. Sin embargo, la pena podía ser atenuada según el caso ya que el tutor que descuidara los bienes del menor por perezoso y no por engaño, aunque fuera removido de la guarda, se libraba de ser infamado.

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley VIII.

Como se puede apreciar, la protección del menor fue un tema prolijamente regulado en el Derecho castellano pues uno de los deberes que tenía la justicia era, como ya hemos comentado, procurar y ver por los más débiles, por eso es que se puede observar que en muchas de las regulaciones se comparten disposiciones semejantes para los menores, los huérfanos, las mujeres, las viudas, los locos, los desmemoriados, los mentecatos, los enfermos, lo ancianos, los pobres o los impedidos físicamente.

Vale le pena profundizar un poco en este tema por su relación y relevancia para este trabajo. Hemos apuntado ya que este tipo de personas fueron catalogadas como *persona miserabilis*, una de las categorías que se creó dentro del conjunto de privilegios del *Ius Commune*. Según lo comenta Thomas Duve, de acuerdo al criterio de distinción con el que operaba el Derecho de tradición medieval y como consecuencia lo harían más tarde el castellano e indiano, las reglas privativas conocidas como *privilegia* estaban destinadas a casos especiales y concretos con la finalidad de buscar la equidad en la impartición de justicia. Justamente, el quehacer del Derecho no solo fue regular a las sociedades sino protegerlas y alcanzar la equidad mediante su aplicación a partir de la distinción entre personas y puesto que éstas no se pensaban iguales los derechos debían ser particulares.

Según lo anota Duve, fue hasta el siglo XVII y XVIII que el contexto canónico medieval selló el significado del término miserable. La primera aparición de éste se encuentra en una constitución constantiniana del año 334 luego recogida en el *Codex* 3.14.1, donde se establece como privilegio de competencia: las causas donde interviniera una persona miserable pasaban ipso facto a la

jurisdicción real, antecedente de lo que luego se llamarían “casos de corte”. Por tanto las personas miserables tenían privilegio procesal y de competencia.<sup>101</sup> Pese a lo anterior, no existía una definición concreta de la institución de *persona miserabilis*. Fue una categoría dejada al arbitrio del juez quién se basaba en las autoridades y las opiniones doctrinales para determinar qué personas se estimaban como miserables. Como consecuencia de lo anterior, el Derecho indiano tampoco contó con una definición concreta acerca de dicha condición.<sup>102</sup>

Las líneas anteriores nos facilitan el entendimiento del modo de pensar sobre los menores que circunscribió el Derecho de tradición hispano-medieval indiana-castellana y los mecanismos jurídicos que operaron a través de su aplicación. Las variaciones en las leyes reflejan nítidamente los cambios en la forma de apreciación hacia los menores en función de la edad que tuvieran, a medida que la edad variaba la forma de considerarlos legalmente lo hacía también. Las dinámicas de protección mutaron a fin de adecuarse a cada una de las etapas o minorías de edad que coexistían dentro de la legislación.

Encontramos un visible ejemplo de lo anterior en el tiempo que duraba la guarda de los menores de edad bajo los sujetos que las normas denominaban como guardadores. Recordemos que este lapso aplicaba hasta los catorce años en el caso de los varones y de doce años en el caso de las mujeres. La guarda que abarcó este periodo podía sustituirse o terminarse tempranamente debido a varias razones. Ya por la muerte del tutor o del menor, ya si éste último fuera tomado en servidumbre, o en el caso de que cualquiera de ellos fuera aprisionado,

---

<sup>101</sup> Thomas Duve, *op. cit.*, p. 11-17.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, p. 25-31.

o el huérfano porfijado es decir adoptado, o si el guardador se excusaba por alguna razón válida o le quitasen de la guarda por sospechoso. No olvidemos que siempre que un tutor terminaba su tiempo de guarda, estaba obligado a entregarle y darle cuentas al huérfano de sus bienes por medio de una carta presentada ante el juez para dejar en claro que le había cuidado debida y lealmente. Sin embargo, después de dicho tiempo la obligación del juez era poner a los mozos y mozas bajo la custodia de los curadores.

Hay que insistir en que, por lo general, en los ordenamientos que revisamos no se hace la distinción entre las voces de guardador o curador, sino que comúnmente se ocupa el término guardador indistintamente. No obstante, al principio de este apartado, señalamos que de acuerdo a las leyes sí existía una diferencia entre lo que era uno y el otro, el primero para los menores de catorce y doce años y el segundo para los mayores de esa edad y hasta los veinticinco años:

“...pero luego de esta edad, el judgador deve dar e otorgar al mozo otro guardador al que llaman en latín curator, tomando tal recabdo del como del tutor. Y este tal deve le aver en guarda fasta que el huerfano sea de edad de XXV años.”

En este caso los menores ya podían estar de acuerdo o no con el curador que se les asignara, es decir que el juez no debía apremiar a que su protector fuera alguna persona que no desearan, a menos de que el menor hiciera demanda u otro le hiciera demanda a él en juicio. A partir de los catorce años en el caso de los hombres y de doce en el de las mujeres, hay un cambio sustancial respecto a su condición de tutelados, en ese momento la capacidad del menor cambia y goza de plena elección para decidir a quién desea como tutor. En principio el curador no

era dado por testamento, pero en caso de que así se hiciera, el juez podía ratificarlo como tal si se corroboraba que actuaba en favor del menor.<sup>103</sup> Cabía la posibilidad de que el mismo guardador se quedara como curador del menor si así lo decidían ambos de común acuerdo y con confirmación del juez. A pesar de que el tutor era figura substancial en la vida de los menores, en el caso específico de los huérfanos, los guardadores o curadores no podían porfijarlos, es decir adoptarlos. En este punto la ley es clara y explícita, pues siempre se priorizaba la máxima protección del menor y de sus bienes, por lo tanto la ley no permitía que el tutor porfijara al huérfano que tenía bajo custodia debido a que tenía cabal conocimiento de sus heredades y podía despertar sospecha de querer enajenarlas. En todo caso, el tutor era apto de porfijar al huérfano, únicamente por otorgamiento del rey, cuando cumpliera los veinticinco años.<sup>104</sup> Los niños menores de siete años no podían ser porfijados por nadie “porque non ha entendimiento para consentir”.<sup>105</sup> En cambio el mozo que fuese mayor de siete años y menor de catorce podía ser porfijado con otorgamiento del rey para que no fuera engañado “porque tal mozo como este, que es menor de catorce años, e mayor de siete, non ha entendimiento cumplido e otrosi non es menguado de entendimiento del todo”.<sup>106</sup> Y antes de que el rey aprobara el porfijamiento, tenía que examinar la condición de la persona que lo quisiese porfijar, es decir si era rico o pobre, pariente del menor, si tenía hijos propios que heredasen lo suyo, qué tipo de vida y fama tenía y si sus intenciones realmente se encontraban a favor de proteger al

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XVI, Ley XIII.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIV, Ley VI.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIV, Ley IV.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIV, Ley IV.

mozo. Pero es interesante que si el rey concedía el porfijamiento, en el caso de que el menor muriese antes de los 14 años, sus bienes tenían que ser entregados a aquel o aquellos que les correspondiesen por derecho. Este compromiso quedaba asentado en una carta hecha por mano de escribano público. Por otra parte, el porfijado estaba en derecho de heredar los bienes de quien lo había adoptado. Y en caso de que el porfijador fuese su abuelo, tenía también todo el derecho de heredar por vía del linaje tanto paterno como materno.<sup>107</sup>

Es necesario reflexionar con detenimiento las razones que movían a las normas a proceder de un modo u otro. Algunas de las regulaciones arriba mencionadas argumentaban que en ciertos casos los menores ya eran considerados capaces de tomar decisiones importantes. Si observamos bien, el grado de entendimiento de los menores estaba ampliamente estimado al momento de legislar e íntimamente ligado con el grado de responsabilidad que tenían como personas jurídicas. Esto es muy significativo ya que los distintos escalones que comprendió la minoría de edad se relacionaron directamente con el nivel de desarrollo de las capacidades tanto físicas como mentales de los sujetos. El grado de entendimiento del menor, se tradujo en el grado de consciencia que había que tomar en cuenta dentro del marco jurídico y social correspondientes ya que determinaría el margen de acción jurídica de los tutelados. Nuevamente podemos observar que las minorías de edad se determinaban en relación a todos los factores que, de diversas formas, las afectaron.

En *Las Partidas* encontramos otras circunstancias relativas a la tutela de los menores que de igual forma estuvieron auspiciadas por el Derecho. Un caso

---

<sup>107</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIV, Ley V.

interesante señala el incumplimiento de los padres para procurar a sus hijos. Los niños pequeños que fueran echados por sus padres y criados por otros ya no podían ser recuperados ni demandados por los padres, por tal razón perdían la custodia sobre ellos a excepción de que alguien los hubiera echado sin su conocimiento.<sup>108</sup> Esta ley no añade ninguna otra pena o castigo para tal contravención, ni tampoco ahonda en el procedimiento que habría de seguirse en caso de que alguien recogiera a un niño abandonado. De cualquier manera, la ley no dejó fuera la estricta diferencia entre el menor libre echado de su casa y el menor hijo de siervos echado del hogar, pues la calidad del menor, y en general de todas las personas, cambiaba según su condición; en este caso los hijos de siervos eran equiparados a un bien material y su abandono además de los padres involucraba a su señor. En esta circunstancia, el abandono del menor hijo de siervo tiene un matiz completamente diferente justamente por la condición que el menor adquiriría al ser hijo de siervos.

Por otro lado, las regulaciones vinculadas a la emancipación del menor de sus padres inscriben varios motivos para su procedimiento, pero obligadamente se llevaba a cabo por medio de algún juez. La ausencia del padre por tener dignidad o deber que cumplir lejos de casa, usualmente por dar servicio al rey, o por no poderse hacer cargo de los hijos debido a alguna razón “derecha” o válida, aunque aceptada debía estar legalmente sancionada. El proceso de emancipación de un menor de siete años mandaba pedir una merced al rey para que la otorgara por carta al juez ordinario, o ante el juez mismo si el niño fuese mayor de siete años

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XX, Ley IV.

siempre y cuando fuera por voluntad de ambos.<sup>109</sup> Existieron varias puestos o cargos relacionados con los servicios de la corte, por medio de los cuales los hijos quedaban emancipados del padre. Usualmente, entre esas posiciones, se incluía la función de juez al servicio del rey por lo que se consideraban razón suficiente para liberarse de la patria potestad. Desafortunadamente, la ley no indica edades específicas aunque destaca el hecho de que mientras las personas no se consideraran adultas habrían de estar en guarda de alguien más. Por otra lado, se podía exigir a los padres que sacaran de su poder a los hijos en caso de que los castigarán cruelmente, o indujeran a las hijas a hacer mal uso de su cuerpo, o si el padrastro mal administrase el dinero del menor de catorce años.<sup>110</sup>

Hasta aquí es claro que los menores y los huérfanos podían o no hacer ciertas cosas dependiendo de su edad, condición e incluso oficio. Conforme crecían, se les iba ampliando la posibilidad de tomar responsabilidad de su persona a través de decisiones o acciones relativas a diferentes asuntos, independientemente de que tuvieran un guardador o estuvieran bajo el poder del padre. La variabilidad en el grado de entendimiento que poseyera el menor trazaba las facultades que adquiriría legalmente, así como el amparo necesario ante las posibles situaciones que atentaran contra su persona. Si bien los estatutos contenidos en *Las Partidas* acerca de los menores son abundantes y meticulosos, para esta investigación seleccionamos los que nos sirvieron de plataforma o base para poder perfilar la personalidad jurídica de las minorías de edad.

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XVIII, Ley XVI.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XVIII, Ley XVIII.

Más adelante veremos que los derechos y obligaciones civiles, procesales, penales y criminales de los menores tampoco eran los mismos así que aún nos queda un largo camino por andar. En los siguientes párrafos, exploraremos otras ramas del Derecho en las que, igualmente, la normatividad hallada en *Las Partidas* se muestra distintiva y específica en función del tipo de acto que el menor quisiera ejecutar o hubiera ejecutado, así como de toda acción que pudiera recibir o hubiera recibido por parte de otros.

### 2.3.2. Los menores y el matrimonio.

En los asuntos tocantes al matrimonio, por ejemplo, los menores tenían otro tipo de consideraciones. Hoy en día puede sorprendernos que los niños de siete años ya pudieran desposarse<sup>111</sup>, es decir comprometerse a tan corta edad: “porque estonce comienzan a aver entendimiento, e son de hedad que les plaze las desposajas”<sup>112</sup>, más si lo hiciesen antes no valdría. Para contraer matrimonio el varón tenía que ser de catorce años y la mujer de doce, comúnmente si lo hacían antes de esa edad la unión no era válida, pero había excepciones: “fuera ende si fuessen tan cercanos a esta edad que fuessen ya guisados para poder ayuntar carnalmente, ca la sabiduria, e el poder, que han para poder esto fazer, cumple la mengua de la hedad”.<sup>113</sup> Así también se prohibía el casamiento entre los menores

---

<sup>111</sup> De las cinco áreas en que tradicionalmente se ha dividido el Derecho civil, a saber, personas, familias, propiedad, obligaciones y sucesiones, en los tribunales eclesiásticos ordinarios se llevan la plana, con mucho, lo familiar centrado en la institución matrimonial por ser materia casi exclusiva. El caso, se debe a que la materia matrimonial es considerada de “fuero mixto”, es decir, que podía conocerse por igual ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria del rey, los municipales y los eclesiásticos. No obstante, los eclesiásticos fueron, por su propia materia, los más importantes. Jorge Traslosheros, *op. cit.*, p.56.

<sup>112</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título I, Ley VI.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título I, Ley VI.

de dichas edades porque podían criar mal a sus hijos pues no se consideraban aptos para cumplir adecuadamente con esta obligación. En este caso, la ley tomó en cuenta dos factores, la aptitud física de los menores para poder interactuar sexualmente y la madurez necesaria de éstos para poder concebir y criar hijos. Aquí vemos reflejada la importancia de dos aspectos a considerar que determinaron el radio de acción del menor de acuerdo a su edad, pues aunque aún menores, sus derechos y obligaciones se modificaban en relación a ella.

Cuando los niños eran menores de tres años, la ley estipulaba que la madres fueran las encargadas de “criar y nodrescer” a los hijos, y los padres de darles dinero para hacerlo en caso de que fueran pobres. A esta temprana edad se priorizaba la cercanía del menor con la madre. Pero si el escenario era de divorcio, la situación cambiaba pues en caso de departirse el casamiento por alguna razón válida aquel responsable de haber provocado la separación, era obligado a dar de su dinero para criar a los hijos en caso de ser rico, tanto a menores como a mayores de tres años. Y el padre exento de culpa gozaba entonces del derecho de guarda sobre los hijos.<sup>114</sup> Recordemos que para el caso de la madre, se perdía la tutela en caso de contraer segundas nupcias. Por otro lado, si ambos padres fuesen muy pobres era obligación de los abuelos e incluso bisabuelos de los niños proveerles lo necesario para garantizar su bienestar.<sup>115</sup> De cualquier forma el menor no podía quedar desprotegido, si la familia directa, por cualquier razón, no podía custodiarlo, sus parientes tenían que hacerlo y si no alguna persona ajena a su línea de sangre, siempre y cuando cumpliera con los

---

<sup>114</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIX, Ley III.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIX, Ley IIII.

requerimientos estipulados por ley para obtener la tutela. El universo jurídico de entonces incluyó una serie de elementos a considerar, entre los cuales los diferentes tipos de capacidades del sujeto, ayudaron a señalar el camino a seguir por los juristas a la hora de legislar. En este tabulador, importó tanto la capacidad racional como la física, así como la económica y otras más, al final todas parte de los elementos que condicionarían la posibilidad de acción de las personas menores en relación a su desarrollo personal y colectivo.

### **2.3.3. Los menores y el acceso a la justicia.**

En relación a la administración de justicia, las leyes en *Las Partidas* son ampliamente específicas y prescriben varias disposiciones relativas a los menores de edad y a los huérfanos. Desde nuestra óptica, este es uno de los aspectos que más se cuidó al momento de elaborar este cuerpo jurídico pues son numerosas las normas que procuraron que los menores tuvieran acceso a la justicia, de tal forma, que siempre estuvieran protegidos de los daños que otros o incluso ellos mismos se pudieran infligir.

Para comenzar, es importante poner énfasis en el hecho de que cualquier menor que quisiese demandar o ser demandado en juicio tenía que hacerlo en presencia de quien lo tuviera bajo custodia. Los menores no podían ser demandados sin presencia de su guardador o curador, si por algo no lo tuvieran cerca, el juez habría de asignarles uno. Si quien los tuviera en su poder fuera el padre o el abuelo, tenían que estar presentes al momento de enfrentar la

demanda, para que los menores no recibieran daño ni engaño por pleito.<sup>116</sup> Varias de las leyes son reiterativas en este punto y repiten constantemente que el guardador tenía que estar cuando un menor se encontrara involucrado en juicio. Si algún juicio fuese dado contra un menor sin guardador presente entonces perdía su valor inmediatamente.<sup>117</sup> Durante el juicio el guardador tenía la obligación de presentar sus cartas de guarda y de las cosas que perteneciesen al menor. El pleito se podía librar por medio de un personero, quien tomaría el lugar del menor, pero en presencia del guardador, dado que el hombre que tuviese en guarda los bienes de un menor, huérfano, loco o desmemoriado era tenido de responder y dar cuenta de ellos. Así mismo, si algún guardador comenzaba una demanda en nombre del huérfano, tenía que probar y mostrar recaudo por escrito de que tenía la guarda de ese mozo.<sup>118</sup>

Como privilegio, los huérfanos tenían derecho a que se les otorgaran guardadores en días feriados, como la Navidad, la Pascua u otros, en los que no se libraba cualquier pleito, pero sí los relacionados con las personas miserables. De hecho, los huérfanos podían comenzar un pleito en días de asueto contra su guardador o el guardador contra alguien que acusara el huérfano. Las viudas, preñadas y otros sujetos también podían hacerlo porque “tales pleytos pertenecen a obra de piedad.”<sup>119</sup> Cuando el menor decidía no atender un juicio, tenía derecho a elegir un personero mayor de 25 años pero con otorgamiento de su guardador. Si por algo lo hiciera sin su consejo y el pleito resultará a favor del huérfano el

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título II, Ley VII.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título II, Ley XI.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título III, Ley I.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título II, Ley XXXV.

juicio sería válido, pero si resultara en su perjuicio carecería de toda validez. En la tradición jurídica hispano-medieval y más tarde en la castellana, la piedad fue enteramente promovida como criterio central de justicia, siempre con la idea de fomentar la equidad entre desiguales.

Es notable como invariablemente, entre los menores y sus tutores, se pactaba una relación de protección mutua. Al margen de ser una relación obligada legalmente, lo cierto es que son muchas las ocasiones en que el común acuerdo necesitaba estar presente para proceder en tal o cual caso. El menor, muchas veces tenía que actuar con consejo de su guardador y en su presencia, mientras que el guardador debía actuar a su vez con el consentimiento del menor.

Para que el menor obtuviera un personero que lo representara en un pleito, se tenía que elaborar una carta de personería, bajo otorgamiento del guardador, y señalar puntualmente qué pleito, enmienda, enderazamiento o entrega tenía que gestionar. La carta debía de ser muy precisa al referir exactamente para que le había sido dado el poder al personero.<sup>120</sup> La condición para poder ser personero era la de tener veinticinco años cumplidos, es decir que forzosamente obligaba la mayoría de edad. En contraste, para poder ser vocero, es decir abogado, se tenía que conocer y haber utilizado el derecho, el fuero o la costumbre de la tierra por largo tiempo y bastaba con tener al menos diecisiete años.<sup>121</sup>

No hay más explicación en *Las Partidas* acerca de este punto pero llama mucho la atención que los abogados no tuvieran que tener veinticinco años de edad para poder practicar. De acuerdo con esto, podríamos pensar que los

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título V, Ley XV.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título VI, Ley II.

diecisiete años, aun considerándose minoría de edad, daban a las personas un grado de entendimiento y responsabilidad suficientes para ver por sí y en este caso por otros. Esta situación se presenta por demás interesante, ya que si un menor de diecisiete años podía ser abogado, su rango de acción se ampliaba extraordinariamente no solo de forma personal, también social. La oportunidad de dirimir los pleitos de otras personas, aun cuando fuera el juez el que pusiera punto final a los asuntos, le otorgaba al abogado menor de edad una amplia responsabilidad jurídica y social puesto que, en ese rol, era garante de los derechos de otras personas. Por lo tanto, contaba con un rango de acción sobre otros, lo cual implicaba un acto total de responsabilidad compartida. Las regulaciones mencionan las razones que impedían a los hombres ejercer como abogados, pero en lo tocante a la edad, el único requisito era no ser menor de diecisiete años.

El juzgador o juez debía dar vocero a personas como las viudas, los huérfanos, y otras que necesitaban especial cuidado porque “aquellos con quien han de entender son poderosos”, y el abogado razonaría por ellos en el juicio.<sup>122</sup> Una vez más se puede apreciar la tendencia de proteger al débil del fuerte, por lo que cuando se llamaba a juicio a los menores, locos, desmemoriados o desgastadores de sus bienes tenía que ser por medio de sus guardadores y voceros, si los tenían, o suministrarles uno en caso de carecer de ellos.<sup>123</sup> Lo primero que el juez tenía que preguntar en el juicio, antes de hacer alguna demanda, era si el demandado era de edad y solo podía proceder estando el

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título VI, Ley VI.

<sup>123</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título VII, Ley II.

guardador presente.<sup>124</sup> Después se tenía que hacer la jura, esto significaba comprometerse a decir la verdad de lo que se declaraba. Si el pleito involucraba a un menor de catorce años o huérfano, sus guardadores debían dar la jura y si el menor era mayor de catorce años ya podía hacerlo por sí mismo. En cambio si el pleito fuera del huérfano contra su guardador, el menor sí podía jurar con apremio del juez, aunque no se señala la edad exacta que habría de tener para ello. En general, el menor no podía dar jura en juicio contra su contraparte; si un menor de catorce años, un desmemoriado o un loco lo hacía, la jura carecía de todo valor y como consecuencia tampoco se podía dictar pena o perjurio por ello “por mengua de seso se mueven por eso no hay pena o falta o porque no son de edad”.<sup>125</sup> Sin embargo, leyes como esta, se encuentran llenas de excepciones que hay que analizar con cuidado porque hay casos en los que el menor podía librar pleito por jura y no por juicio si fuese mayor de catorce años, pero dependía de los motivos y del asunto del cual se tratara. Y si los menores conocieran alguna razón que en el juicio les causara gran daño, por ejemplo siendo menores de catorce y sin su guardador presente, el juicio perdía su validez. En contraste, si fuera mayor de catorce y se encontrara en esta misma situación, bien se podía revocar el juicio pidiendo merced al rey o al juzgador.<sup>126</sup> Así, cuando el menor quisiera atender algún pleito sin su guardador tenía que probar que era de edad cumplida y que era apoderado de sus bienes.

También encontramos que el menor tenía preferencia en las cuestiones que envolvieran a sus bienes. Por ejemplo, si éste saldaba alguna deuda y después se

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título X, Ley XV.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XI, Ley VII.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XIII Ley I.

retractaba bajo el argumento de que no era cierto que tenía que haber pagado tal cosa a alguna persona, el que tenía que probar que efectivamente existía un adeudo que había sido liquidado, era aquel que recibía el pago. En caso de no poderlo probar tenía que regresarle aquel dinero o cosa al que se lo había dado, es decir al menor.<sup>127</sup> Esta norma muestra claramente la protección que el Derecho les otorgaba a los menores y el estrecho margen que tenían otras personas para perjudicarlos. Definitivamente, la presunción de inocencia siempre estaba del lado del menor.

Por otro lado, los menores podían ser testigos en otros pleitos dependiendo del caso y al menos tenían que tener veinte años para serlo en los juicios en que la pena conllevara condena de muerte, perdimiento de miembro o destierro. En los casos que no fueran criminales, o de deudo, o de raíz, o de herencia que se demandasen en juicio podían ser testigos los mayores de catorce años.<sup>128</sup> Entre menos grave el motivo del juicio, menor la edad requerida para que un menor pudiera actuar como testigo. En cambio, los personeros y los guardadores no podían ser testigos en los pleitos que ellos ampararan o demandaran en nombre de aquellos que custodiaban.<sup>129</sup> Los menores, viudas, huérfanos y otras personas miserables, no podían ser citadas para librar un juicio fuera de su tierra por lo que se podían excusar de responder a tal pleito.<sup>130</sup> En los pleitos que iniciaran los huérfanos contra sus guardadores, en los que el juez resolviera que debían entregarle o pagarle alguna cuantía con fecha límite al menor, y el pago no se

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XIII, Ley VI.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XVI, Ley IX.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XVI, Ley XX.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XVIII, Ley XLI.

efectuara dentro del plazo fijado, entonces habría fuerza de juicio contra el deudor y además de tener que pecharle al huérfano la pena originalmente acordada se le sumaba el doble de todo lo que el juzgador le obligara pagar.<sup>131</sup> El menor también disfrutaba de ventaja en caso de que perdiera un juicio pues sus guardadores y personeros tenían derecho de alzarse contra el juicio perdido en nombre de aquel que custodiaban.<sup>132</sup> Esta vía no fue la única para desatar o quebrantar un juicio, también podía hacerse por medio de la restitución.

Hay varias leyes que hablan sobre la restitución a la que tenían derecho los menores y huérfanos, ésta consistió en regresar las cosas al estado original en que se hallaban antes del juicio.<sup>133</sup> No obstante, existían situaciones en las que el menor no podía invalidar un pleito por restitución. Por ejemplo, si al ser mayor de catorce años juraba que la vendida, pleito o postura que había hecho contra otro no la desataría, bajo el argumento de haber sido menor de edad cuando la hizo, debía ser guardada su jura. Cuando el menor pedía que se le pagara alguna cosa perdida o menoscabada por razón de pleito hecho sin haber tenido edad suficiente, tenía que probar que había sido así, de lo contrario no la podía demandar nuevamente a menos de que tuviese razones nuevas y válidas. Y si iniciaba un pleito con otorgamiento de su guardador contra un siervo, y ese siervo hubiese sido liberado en la sentencia, no podía demandar la restitución contra el juicio apelando a la minoría de edad que tenía cuando lo libró.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XXII, Ley XXII.

<sup>132</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XXIII, Ley II.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XXV, Ley I, Libro VI, Título XIX, Ley III, VI.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XIX, Ley VI.

Antes de estas líneas, señalamos la extensa protección que las normas concedían a los menores de edad, sin embargo ahora podemos apreciar que también los ordenamientos se ocuparon de cuidar que los menores no abusaran de esas concesiones y privilegios. El Derecho también marcaba límites y ceñía el rango de justificación de los menores para proceder en su favor. La restitución del daño al menor tenía que demandarse delante del juez ordinario del lugar, y si éste hallaba que ciertamente se había dañado al menor, regresaba la situación al estado anterior al juicio. El menor tenía derecho a apelar a la restitución en los casos permitidos hasta la edad de veinticinco años y aún cuatro años después.<sup>135</sup>

Para muchos de los movimientos o pleitos que quisieran hacer los menores, huérfanos o sus guardadores y personeros en su nombre, las leyes mandaban redactar diferentes tipos de cartas para que quedara asentado y registrado legalmente en ellas el procedimiento realizado. Había cartas para las “ventas”, si éstas eran hechas por un menor, cartas para cuando el guardador vendía algún bien raíz perteneciente al tutelado, cartas para obtener la tutela de los huérfanos, cartas para que la madre del huérfano fuera su guardadora, cartas que los guardadores de huérfanos hacían para nombrar un personero y demandar los bienes de aquel que tenían bajo tutela, cartas para que los huérfanos recibieran la cuenta de sus bienes por los guardadores y otras más.<sup>136</sup>

*Las Partidas* indican detalladamente como debían ser redactadas todas las cartas mencionadas, así además de los testimonios orales y presenciales, los menores quedaban amparados legalmente por escrito. A nuestro juicio no hay

---

<sup>135</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título XIX, Ley VIII.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XVIII, Leyes XCIV, XCV, XCVI, CII, CXX.

duda de que las puertas y rutas hacia la impartición de justicia fueron vastas y numerosas para los menores. La escalera que transitaban hasta alcanzar la mayoría de edad, según la ley, les brindaba en cada peldaño el amparo propicio y suficiente bajo una suerte de criterios que consideraron la condición de la persona menor siempre en relación a sí mismo y a su entorno.

#### **2.3.4. Los menores y el Derecho criminal.**

Hablemos ahora de la responsabilidad criminal de los menores. *Las Partidas* mencionan ampliamente lo que se dice sobre los diferentes tipos de acusaciones y sanciones, es en este campo en donde probablemente más se advierten los contrastes que existían entre unas edades y otras porque como los delitos se cometen contra las personas y/o sus bienes, estos hechos se convierten en asunto de interés público y abandonan el ámbito particular que abarca el Derecho civil.

En cuestión de pleitos, el mozo menor de catorce años no podía hacer acusaciones,<sup>137</sup> aunque como ya se ha visto arriba, los menores podían iniciar pleitos y demandas por medio de sus guardadores o personeros. Así lo vuelve a reiterar la Ley VI de este mismo título en caso de que el daño hecho lo ameritara.

Los menores de catorce años no podían ser acusados por yerro de lujuria porque “non avra entendimiento complido para entender ni saber lo que fazia, y por ende non puede ser acusado, nin le deben dar pena”.<sup>138</sup> Un ejemplo es el pecado que llamaban sodomítico, que si fuera hecho por un menor de catorce

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título I, Ley II.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título I, Ley IX.

años no sería penado;<sup>139</sup> otro sería el de incesto por el que tampoco serían acusados los menores de dicha edad, ni la mujeres menores de doce.<sup>140</sup> Pero si hiciese yerro como hurto, homicidio, u otro delito semejante y fuese mayor de diez años y medio y menor de catorce “dezimos que bien lo pueden acusar y si fuesse provado non le deben dar tan grande pena en el cuerpo, ni en el aver”. Y al que tuviera menos de diez años y medio no le podían acusar por ningún daño que hiciera. Entonces, de acuerdo con esta información y el contraste de las circunstancias ¿los castigos se daban en función del delito cometido y de la edad del menor? ¿era el grado de entendimiento el que indicaba el modo en que debía ser juzgado un menor? Si esto no fue del todo así, por lo menos fueron elementos fundamentales que se tomaron en cuenta para dictar las penas y sentencias.

Consideramos que el desarrollo de conciencia fue uno de los factores decisivos que la normatividad tomó en cuenta para juzgar a las personas. Las regulaciones reflejan una distinción constante entre la edad y el género de los menores, normalmente era al varón a quién se le ampliaba el rango de edad para determinar la sanción que le correspondía si cometía alguna falta. En contraste, en varias situaciones la mujer podía recibir la misma punición teniendo dos años menos que el varón, por tanto es muy factible que esto pueda estar relacionado con el grado de madurez del hombre y la mujer. Esta última suele madurar a una edad más temprana por lo que su nivel de conciencia es distinto al de un varón de la misma edad. En cambio, en general al menor de diez años y medio, corta edad para tomar en cuenta la diferencia entre géneros, se le excusaba hasta de un

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XXI, Ley II.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XVIII, Ley II.

homicidio, igual que a los locos o a los desmemoriados por no saber ni entender lo que hacían.<sup>141</sup> Igualmente, si un menor de diez años y medio cometía hurto no se le podía imputar pena.<sup>142</sup> Si a caso, el menor de catorce años que tomara cosa ajena, tenía simplemente que regresarla a su dueño por lo que es factible que su edad traducida en grado de entendimiento y consciencia sirviera como atenuante de la pena recibida. Pero si el tutor tomaba una cosa ajena en nombre de aquellos que tenía en guarda, era acusado y obligado a pechar de lo de su propia hacienda al perjudicado y no de los bienes del huérfano.<sup>143</sup>

En el caso de que los siervos fueran menores de catorce años, débiles, sordos, mudos, o cautivos, o estuviesen encerrados cuando alguien mataba a su señor, no debían incurrir en pena aunque no lo hubiesen socorrido “porque non lo fazen con maldad mas por embargo que han de su cuerpo, o por mengua de entendimiento”.<sup>144</sup> Interesante esta ley que protegía a los siervos menores con algún impedimento físico; en este caso el ser siervos no los privaba de gozar del privilegio de considerarlos personas *miserabiles*. Y los menores que fueran de más de diez años y medio podían hacer deshonor o tuerto a otro “porque tuvieron por bien los sabios antiguos, que desque tiempo en adelante puede aver cada uno entendimiento para entender, si faze desonrra a otro”.<sup>145</sup> Esta ley no declara cual sería la pena o la enmienda que el menor tendría que cumplir en caso de cometer dicha falta pero deja claro que a esa edad los responsables no gozaban de total impunidad puesto que ya eran capaces de entender, razonar y tener en cierta

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título VIII Ley III.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XIV, Ley XVII.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título X, Ley X.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título IX, Ley XVI.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título IX, Ley VIII.

medida conciencia de sus actos. Aquí ya figura el uso del libre albedrío de cada menor y tal vez su temprana capacidad de discernir entre el bien y el mal.

Por otro lado, comentamos que los guardadores también estaban protegidos por ley y podían demandar enmienda por la deshonra o tuerto que recibiesen los huérfanos<sup>146</sup>, todo hombre tenía un año de plazo para demandar enmienda por deshonra. En las ocasiones en que los tutores tomaran de forma intencional alguna cosa de los bienes del huérfano o menor que tuviesen en guarda, el menor no podía demandarlos por hurto “porque son como señores, e tienen lugar a los huérfanos como de padres”, entonces los guardadores pecharían el doble de lo que tomasen.<sup>147</sup> Así como esta, hubo varias disposiciones que no admitieron acusación por parte del menor, dentro de ellas encontramos que al siervo no se le permitía acusar al señor que lo aforraba, ni el hijo o el nieto al padre ni al abuelo, ni el hermano a su hermano, ni el criado o el sirviente o familiar a aquel que lo crío o en cuya compañía vivió haciéndole servicio o guardándolo.<sup>148</sup> Lo estipulado aquí no precisa edades pero sí refleja la gran importancia que el marco legal y social le dieron a la tarea de tutelar a una persona, además de que tal responsabilidad se consideró no solo como obligación sino como un servicio. Lo más importante, es que se consideró como uno de los mayores bienes que un hombre podía hacerle a otro movido por el amor que le tenía a aquel que criase o guardase<sup>149</sup>. Los valores que se asociaron a la crianza y a la tutela de las personas eran diversos y profundamente valorados dentro del

---

<sup>146</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título IX, Ley IX.

<sup>147</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XIV, Ley V.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título I, Ley II.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XIX, Ley I.

Derecho, de hecho la ingratitud y la falta de agradecimiento hacia los padres por parte de los hijos se juzgaron como algunos de los grandes males que los hombres podían hacer.<sup>150</sup> En general, la mala correspondencia de un tutelado hacia su tutor y viceversa fue reprobada y juzgada, es decir que además de que moralmente y socialmente existía una especie de pacto de mutua protección entre ellos, éste se confirmaba y se regulaba formalmente en el ámbito de la legalidad.

*Las Partidas* señalan otros aspectos a este respecto, como el caso en el que el menor no caía en pena por saber que algún siervo huido de otro se escondiera en su casa, pero si el guardador tuviese noticia de esto y estuviera de acuerdo en esconderlo, debía pagar una pena pecuniaria de sus propios bienes.<sup>151</sup> Aquél que estuviera en poder de su padre, o vasallo, o siervo en poder de su señor, o en poder de un guardador, o fraile, o fuese menor de 25 años e hiciese daño por mandado de su tutor, no era obligado a enmendar el daño. Si bien se exoneraba al menor, el autor intelectual de aquella mala acción tenía que responder y tomar responsabilidad por la violación cometida. Pero si alguno de los susodichos hiriese, deshonorase o matase a otros por orden de alguien más no era excusado de la falta, esto por haber obedecido aquel mal mandato y como consecuencia ambos eran merecedores de sanción. Por último, si alguno de los mencionados dañaba a otro por voluntad propia entonces les correspondía enmendar la falta según el caso.<sup>152</sup> Hay que recordar que otras leyes dictaban, excusaban o atenuaban la pena de los menores en función del yerro cometido, de su condición y de la edad que tuvieran. Por ejemplo, los menores de catorce años

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*, Libro IV, Título XVIII, Ley XIX.

<sup>151</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XIV, Ley XXV.

<sup>152</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XV, Ley V.

no podían ser sometidos a tormento si fuesen libres, pero los siervos menores de esa edad sí, solo que no cruelmente. Más bien había que amedrentarlos o herirlos con algunas correas o “firiendolos un poquillo porque puedan saber la verdad dellos”.<sup>153</sup>

Si un menor de veinticinco años negaba ser responsable de algún perjuicio que hubiese llevado a cabo, no lo debía pagar doble aunque le fuese probado, solo tenía que enmendarlo pero la ley no distingue bien cómo.<sup>154</sup> Habrá veces que los ordenamientos carezcan de información que refieran de forma precisa las implicaciones que conllevaba tal o cual tipo de delito. No en todos los preceptos se exponen minuciosamente los datos que un juez tenía obligación de conocer antes de juzgar a una persona. En un ordenamiento jurídico como *Las Partidas* se contienen innumerables leyes, pero esto no significaba que cada una le daría una fórmula exacta al juez para poder proceder en juicio, por lo que hay que tener siempre en mente que los jueces también actuaban de acuerdo al Derecho positivado en los cuerpos jurídicos municipales, los fueros, así como a la costumbre del lugar, a la experiencia que tuviesen en su cargo, a la doctrina de los juristas, a las glosas y sobre todo a la casuística. Todas estas fuentes de Derecho, combinadas y nutridas así mismo de los valores morales y religiosos, ampliaron el margen de acción y el criterio por medio del cual se buscó brindarles equidad a los hombres, a las instituciones, a las corporaciones y a cada esfera social que formara parte de una sociedad específica.

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XXXI, Ley VII.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XV, Ley XVI.

Para terminar, hallamos otras medidas de protección hacia los menores que además de distinguirlos por su edad, como en muchas otras normas, también lo hacían por su género. En el caso de que un guardador tuviera en su poder a una huérfana menor, también era protegida si éste se quisiese casar con ella o pretendiese darla a su hijo o nieto. Esto no se permitía a menos de que el padre la hubiese desposado en vida o lo determinará así en su testamento. Al guardador que no respetara dicha condición le era imputada pena de adulterio, y si “passasse a ella sin casamiento debe ser desterrado para siempre de la isla, e todos sus bienes deven ser de la Cámara del Rey si non oviere parientes de los que suben, o descenden por la liña derecha del, fasta el tercer grado”.<sup>155</sup> En contraste, el que tuviera en guarda un varón y lo casase con su hija no se le acusaba de adulterio porque el huérfano traía a la mujer a su casa y por tanto no recibía embargo alguno a la hora de demandar cuenta a su tutor de todos sus bienes. En esta disposición hallamos una vez más la recurrente intención en los estatutos por resguardar los bienes del menor tanto como a su propia persona.

Tras revisar y analizar el *Las Siete Partidas* contamos con una visión más o menos integral o panorámica de la calidad de persona que constituyeron los menores de edad dentro de este universo jurídico. Sin embargo, este cuerpo de leyes nos permite ir más allá del campo legal puesto que en él se pretendía contener todo lo necesario para regular, proteger a las sociedades y a las distintas clases de personas que las conformaban. Para lograr este cometido, las leyes tuvieron que tomar en cuenta mucho más que lo estrictamente jurídico. En relación a esto, no debemos olvidar que el Derecho se nutrió de otro tipo de valores como

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, Libro VII, Título XVII, Ley VI.

los morales y religiosos, por ende, el retrato sobre los menores de edad que esbozan y enmarcan las regulaciones en el Derecho castellano nos acercan bastante a la idea y concepción que de ellos se tuvo dentro del marco jurídico-social de tradición hispano-medieval.

### **Capítulo III. La minoría de edad en otros ordenamientos de Derecho castellano.**

Para dar continuidad a la configuración de la personalidad jurídica de los menores, en este capítulo daremos paso al análisis de otros tres cuerpos jurídicos del Derecho castellano, a saber el *Ordenamiento de Alcalá*, el *Ordenamiento de Montalvo* y las *Leyes de Toro*. Respetaremos el orden cronológico que hemos llevado hasta el momento por lo que iniciaremos con el más antiguo de los tres, es decir el *Ordenamiento de Alcalá*.

#### **3.1. El Ordenamiento de Alcalá.**

Con este nombre se le conoce al "Ordenamiento de leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho, y en virtud del cual se uniformó la legislación contenida en las leyes de Villarreal, el Ordenamiento de leyes de Segovia y el Ordenamiento de Nájera".<sup>156</sup>

La ruptura de la unidad en España por razón de la invasión árabe, promovió el separatismo y en cierta medida el aislacionismo, lo cual tuvo profunda repercusión en la legislación foral por la que se regían los pueblos de la monarquía castellano-leonesa. La preocupación de los grandes reyes castellanos como Fernando el Santo y Alfonso el Sabio, fue procurar dar a la legislación un sentido distinto al predominante en la época, ya que vislumbraron estos reyes la importancia que tendría la legislación para conseguir la unidad política, hasta ese momento sólo existente en la mente de los reyes estadistas de clara inteligencia y visión política. Hemos comentado ya que en España se inició con Alfonso el Sabio y Alfonso el Justiciero un proceso de unificación legislativa tendiente a la

---

<sup>156</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 21, p. 104-105.

unificación política y también a la aplicación de un adecuado ordenamiento de la vida pública. De modo que se consigue en el reinado del primero de ellos, dictar el *Fuero Real*, que fue el instrumento legal dirigido a suplantar la legislación foral de los pueblos españoles. Tiempo después, y bajo el patrocinio y hasta con la supuesta intervención personal del rey se redactaron y promulgaron *Las Siete Partidas*, conjunto de leyes que como hemos visto, es una pletórica de purismo jurídico y profundamente influenciada por el Derecho romano y canónico. En el segundo capítulo de este trabajo, mencionamos algunas de las noticias que se tienen sobre la elaboración de *Las Partidas*, recordemos que existen teorías, como la de García Gallo que niegan la autoría de las *Las Partidas* a Alfonso X.<sup>157</sup> Los Códigos atribuidos al rey Sabio, se antepusieron a la legislación foral y regional. Por lo mismo, como hemos comentado, encontraron rechazo por parte de diferentes estamentos sociales. Arriba mencionamos que esto fue motivo de una rebelión y como resultado las leyes previas tuvieron que ser restituidas. Los Códigos significaban centralización y la depuración legal y jurídica. Alfonso XI reivindicó los derechos de la soberanía y dio fuerza y valimiento a las leyes, procurando la uniformidad de la legislación que tanto habían deseado sus antecesores. En materia legislativa, tomó providencias valiosas en el orden eclesiástico y secular; y buena prueba de ello fueron las resoluciones adoptadas

---

<sup>157</sup> El estudio comparativo que realizó Alfonso García Gallo acerca de *Las Partidas*, demuestra que las diferentes ediciones que existen de ellas provienen de textos medievales manipulados que sufrieron frecuentes alteraciones. Los datos que arroja su investigación solo atribuyen la autoría del *Setenario* y el *Espéculo* a Alfonso X, así también encuentra que la fecha de elaboración de *Las Partidas* no comenzó en 1256 sino en años posteriores, ocurriendo su aparición después de la muerte del monarca. Véase García Gallo, *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*. Sumado a esto, existen ediciones que acusan la autoría del texto a Alfonso XI: *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono glosadas por el licenciado Gregorio López*, en la Oficina de Benito Cano, 1789.

en las Cortés de Valladolid del año 1325, de Madrid en 1329 y 1339, en las de León de 1349, y particularmente en las de Alcalá de Henares de 1348.<sup>158</sup>

La edición del *Ordenamiento de Alcalá* aquí utilizada fue publicada por la Editorial *Lex Nova* que recupera a su vez una edición que fue elaborada en el año de 1774 por los Doctores Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez. En el discurso preliminar, preparado por estos comentaristas, que antecede a las leyes se halla la siguiente descripción: “El *Ordenamiento de las Leyes de Alcalá*, que ofrecemos al público, es el monumento más precioso de la Legislación Española, que nos ha quedado de Don Alonso XI...”<sup>159</sup>

Se menciona que para este tiempo, es decir 1348, las ciudades y villas se gobernaban por los fueros municipales y las cartas-pueblas que tenían ya que:

“...aunque D. Alonso el *Sabio* dispuso el *Fuero Real* y *Las Partidas*, con el fin de hacer un sistema general de Leyes para todo el Reino; es constante que el *Fuero Real* solo conservó su fuerza y observancia en algunos lugares, y principalmente en los Tribunales de Corte; y que el establecimiento de las *Partidas* desde los días de su Legislador hasta entonces, había experimentado en los Pueblos la más obstinada resistencia”.<sup>160</sup>

Varios comentaristas y glosadores coinciden en que este ordenamiento fue muy importante al grado que llegó a conocerse y distinguirse con el solo nombre de *Ordenamiento*. Pero nunca se abolió el uso de los fueros municipales, por lo que muchas de las normas que contiene este cuerpo jurídico no son tan específicas como las que encontramos en *Las Partidas*. Esta es probablemente la

<sup>158</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 21, p. 105.

<sup>159</sup> *Ordenamiento de Alcalá*, ed. de los Doctores Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid, Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., p. III.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. IV.

razón principal por la que el *Ordenamiento de Alcalá* ofrece prácticamente nula información referente a los menores de edad. En cambio, al parecer, es en el *Fuero Municipal de Alcalá* que siguió en uso, donde podría haber leyes concretas sobre este tema:

“Con la publicación, que *de Las Partidas* así reformadas, y corregidas, se hizo en las Cortes de Alcalá del año de 1348, no se abolió el uso y autoridad de las Leyes municipales, como consta de dicha Ley I, tít. 28, de este *Ordenamiento*; sino que se procuró suplir la escasez de estas, y remediar á los defectos que en otros respetos padecían: lo cual se echa de ver manifiestamente por el orden y clase en que D. Alonso coloca los respectivos Códigos Legales, que deben estar en observancia”.<sup>161</sup>

Sin embargo, dado que este *Ordenamiento* fue el que funcionó como derecho supletorio en Indias y no el mencionado fuero, es nuestra tarea ceñirnos a lo que en él hay. De acuerdo al discurso preliminar de la edición que ha sido consultada, los pleitos civiles y criminales debían librarse en primer lugar por medio de lo dispuesto en este cuerpo de leyes, así en lo realengo como en los lugares de señorío derogando cualquier fuero municipal que fuese contrario al referido ordenamiento, es decir el de Alcalá.

En él, las leyes tienden a ser muy generales y como lo enfatiza la cita que ya hemos incluido, su finalidad en todo caso fue corregir y suplir la escasez de leyes en los fueros municipales. Podemos inferir entonces que estas normas complementaron a aquellas que presentaran insuficiencias o confusiones. De cualquier manera, estimamos como ejercicio interesante mencionar aquí lo que se ha encontrado, pues aunque no sea mucho e incluso nada nuevo, es decir algo que no se halla recogido previamente en *Las Partidas*, nos sirve para contrastar,

---

<sup>161</sup> *Ibid*, p. VI-VII.

comparar, enriquecer y en el mejor de los casos aclarar o reafirmar la información hasta aquí reunida respecto a menores de edad. Así pues daremos cuenta de lo que dice este cuerpo jurídico sobre el tema.

La primera ley que hallamos acerca de menores indica a partir de qué edad se podía ser acusado de adulterio:

“Contienese en el fuero de las leyes, que si la mugier que fuere desposada, fiçiere adulterio con alguno, que amos á dos sean metidos en poder del Esposo, así que sean sus siervos, mas que los non pueda matar; et porque esto es exemplo é manera para muchas dellas façer maldat, é meter en ocasión e vergüenza á los que fueren desposados con ellas, porque non pueden casar en vida dellas, por ende por tirar este yerro tenemos por bien, que pase en esta manera de aquí adelante; que toda mugier que fuere desposada por palabras de presente con ome, que sea de edat de catorce annos compridos, é ella de doce acabados, é fiçiere adulterio, si los el Esposo fallare en uno que los pueda matar por ello si quisiere á amos á dos, así que non pueda matar el uno, é dejar al otro, pudiéndolos matar á entrambos. Et si los acusare á amos á dos ó á qualquier dellos, que aquel contra quien fuere judgado, que le metan en poder del Esposo, que faga del, é de sus vienes lo que quisiere. Et que la mugier non se pueda escusar de responder á la acusación del Marido, ó del Esposo, por decir que quiere probar que el Marido, ó el Esposo cometió adulterio”.<sup>162</sup>

Respecto al adulterio cometido por una mujer casada, se reitera que las edades para contraer matrimonio eran en la mujer de 12 años y en el varón de 14 años. Así lo mencionan *Las Partidas* también, por lo que podemos asumir que fue una regla general que prevaleció por mucho tiempo. Esto refleja que para tomar decisiones dentro del matrimonio, y para desposarse, la edad suficiente era esa, es decir que se consideraba que existía un grado de razón suficiente para poder cumplir con el compromiso. Por otro lado, en *Las Partidas* se había fijado esta edad bajo el argumento de que los contrayentes ya estaban listos para “ayuntarse

---

<sup>162</sup> *Ibid*, Título XXI, Ley I, p. 41.

carnalmente” y por tanto eran capaces de procrear hijos. La excepción a la regla dice que “fueras ende si fuessen tan cercanos a esta edad que fuessen ya guisados para poder ayuntar carnalmente, ca la sabiduria, e el poder, que han para poder esto fazer, cumple la mengua de la hedad”.<sup>163</sup>

Así mismo, parece que en esta regulación se corrige alguna compilada anteriormente en algún fuero municipal y se vuelve más severa, puesto que anteriormente le concedía al esposo de una mujer adúltera el derecho de matar a ambos infractores, o de solo acusarlos, meterlos en su poder e incluso disponer de sus bienes. Habría que revisar los casos concretos para saber que era por lo que comúnmente se optaba. En todo caso, aunque a los doce y catorce años las personas se consideraban aún menores de edad, ya se les reconocía facultad suficiente para poder tomar decisiones tan complejas y delicadas como las que demanda la vida marital. Por lo tanto, llama la atención el hecho de que dentro de la minoría de edad y en relación al matrimonio, la competencia del menor no era tan estrecha como podríamos pensar.

En otros temas, tenemos que el *Ordenamiento* contiene una ley que ratifica de que edad debían de ser los jueces. Debido a su extensión no citamos aquí más que una parte de ella:

“Mayor de veinte annos debe ser el Jues á quien otorgaron poderío de judgar los pleytos comunalmente á quien llaman Jues Ordinario; et esto fue fallado, porque los que fueren de tal edat podrían auer entendimiento complido para oyr, é librar las contiendas de los omes que antellos veniesen, é desta misma edat deue ser el Jues Delegado, que es puesto por mano de Jues Ordinario para librar algunt pleito; et si por aventura el Delegado que fuese de edat de veinte annos, non se quisiere trauar de

---

<sup>163</sup> *Partidas*, Libro IV, Título I, Ley VI.

oyr el pleito, que le encomendase el Jues Ordinario, puedelo apremiar que lo oya, si fuere de aquellos de aquella tierra sobre que el há poder de judgar;<sup>164</sup>

Esta es prácticamente la única norma que estipula la edad requerida para poder desempeñar un cargo o profesión. Llama la atención que sea la de los jueces, figura de peso, encargada de decidir hasta cierto punto la suerte de las personas que se encontraban enjuiciadas o librando un pleito, es decir a las que se les debía administrar justicia por medio de un tribunal. Faustino Martínez ha comentado que el juez es quien convierte el Derecho en algo efectivo y que había que asegurar la acción decidida del juez por y para la justicia. Éste debía ser neutral para poder conseguir la equidistancia que le permitiera dar a cada uno lo suyo, a fin de conseguir la decisión justa, aquella que se adaptara a la virtud y, por extensión concordara con la verdad. Esa era la misión suprema de cualquier juzgador.<sup>165</sup>

La importancia de los jueces fue nodal en esta cultura jurídica, su arbitrio era parte del proceso judicial y pieza clave. En los distintos cuerpos legales se expresó de forma manifiesta que el papel de juez no podía dejarse en manos de cualquiera y mucho menos de quien no estaba facultado para ejercerlo. Como primer requisito los jueces ordinarios y delegados tenían que tener veinte años cumplidos, si bien aun bajo estas leyes eran menores de edad, se afirma que ya tenían un grado de entendimiento y razón suficientes para desempeñar esta tarea, por lo que es factible suponer que el Derecho perfilaba a las personas de

---

<sup>164</sup> *Ordenamiento de Alcalá*, Título XXXII, Ley XLIV, p. 112.

<sup>165</sup> Faustino Martínez, "El proceso canónico y la verdad" en *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Valencia, Universidad de Zaragoza, 2012. pp. 233-234.

veinte años con facultades casi plenamente desarrolladas, un grado de madurez suficiente y como consecuencia un alto nivel de conciencia.

La ley señala que en caso de que un juez delegado fuera menor de veinte años y mayor de dieciocho, no podría ser instado por el juez ordinario para escuchar un pleito que no quisiera. De aquí podemos deducir que entonces sí había jueces menores de veinte años, aunque no se distingue cuál sería la condición para que esta regla se exceptuara o se modificara, cabe pensar que la diferencia radicaba en el tipo de condición del juez ya sea delegado u ordinario. De particular interés se presenta el resto de esta regulación porque va más allá y habla de jueces menores de dieciocho y mayores de catorce años. Si a un juez de estas edades le fuera obligado atender un juicio, no sería válido a menos de que fuera acordado por decisión de las partes querellantes y lo más importante con otorgamiento del Rey. De cierta forma, entre este rango de edad, el juez gozaba de consideración a la hora de ser forzado a intervenir en un caso no deseado.

Hay que recordar que el Rey era juez supremo, juez de jueces, y por lo tanto los otorgamientos que éste avalase serían plenamente legítimos. En este caso, el juez sería mucho más joven que lo estipulado primeramente por ley y se observa que la minoría de edad para ser juez estaba avalada por otro juez superior que, en ese contexto, era el rey. Entonces un menor que tuviera esta prerrogativa estaría calificado para ejercer dicha profesión en relación a quien le diera el poder, autorización o nombramiento para hacerlo, por lo que ya no sería únicamente una cuestión de edad. De este modo podemos observar que para decidir qué podía y no podía hacer un menor de edad se sumaron o restaron

diversos factores, elementos y condiciones que le permitieran o no actuar de tal o cual manera, situación u ocupación.

Ser juez representaba una responsabilidad mayor, al grado de tener que ser jurada. Los querellantes quedaban amparados por el Derecho, ya que en caso de que un juez les hiciera tuerto o daño debían enmendárselo, y si el yerro fuera tan severo que involucrara pena de muerte o perdimiento de miembro habrían de presentarse ante el rey para solucionarlo.

Por su parte en *Las Partidas*, se establece que los jueces ordinarios debían tener veinte años porque: “podrian auer entendimiento complido, para oyr, y librar las contiendas de los omes que antellos viniessen”<sup>166</sup>, y la misma edad obligaban al juez delegado, después la ley sigue igual que la ya citada del *Ordenamiento de Alcalá*.

En general existía una preocupación porque los jueces fueran hombres buenos, correctos, leales, honestos, cultos y con plenas facultades físicas y mentales. Aunado a esto, habrían de cumplir con la siguiente exigencia: “E sobre todo, que teman a Dios. E a quiẽ los y pone. Ca si a Dios temieren, guardar se han de fazer pecado, e auran en si piedad, e justicia. E si al señor ovieren miedo, recelar se han, de fazer cosa, por do les venga mal del, viniendoseles a miente, como tienen su logar, quanto para judgar derecho”.<sup>167</sup>

El párrafo anterior muestra la profunda relación que coexistía entre los valores morales-religiosos, éticos, políticos-sociales y el Derecho. Varias veces

---

<sup>166</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título IV, Ley V.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título IV, Ley III.

hemos insistido en el continuo intercambio de información que hubo entre ellos. La ley mandaba que el juez fuera hombre devoto y así como el rey era juez de jueces, el tribunal supremo estaba antes que cualquier autoridad terrenal en manos de Dios. Él ocupaba la punta de la pirámide en materia de justicia; a la gracia, misericordia y piedad que se le atribuían tenían que apegarse los hombres. Cuando Berman explica el carácter secular del Derecho urbano en las ciudades, señala que todas éstas y los poblados de la Europa Occidental eran activamente cristianos. Estaban llenos de iglesias y de santuarios dedicados a los santos y se consideraban divinamente constituidos:

“A Jesucristo le debemos el desarrollo de las leyes y las ventajas de nuestra ciudad”, declaraba el concordato por el cual los ciudadanos de Marsella establecieron una paz con los ciudadanos de Pisa en 1219. Pero el hecho de que la propia ciudad se considerara una entidad secular y no pretendiera aplicar el Derecho canónico, ni desempeñar ritos sagrados, ni propagar la doctrina religiosa, sino que dejara estas tareas a la Iglesia, era parte esencial de su carácter de ciudad en el sentido occidental. Los gobiernos de las ciudades nuevas del siglo XII no sólo eran independientes de la autoridad eclesiástica directa en el sentido institucional, sino que sus tareas de mantener la paz y la justicia también eran independientes de las tareas de la Iglesia de mantener la fe cristiana. Y esas tareas independientes de mantener la paz y la justicia se consideraban aunque

temporales ordenadas por Dios, dignas de una devoción impoluta y parte importante del plan de Dios para la salvación de la humanidad.<sup>168</sup>

Así mismo, cuando Berman analiza el *Policratus* escrito por Juan de Salisbury en 1159, refiere que ahí se declaraba que para ser príncipe había que ser elegido por Dios, lo que significaba que había que tener la aprobación de la Iglesia. El príncipe estaba exhortado a obedecer los mandamientos divinos. Por otro lado, juristas posteriores como Graciano, en referencia al papa, aseveraron que éste tendría que ser depuesto si violaba la ley, a pesar de ello no había nadie más arriba del papa con autoridad suficiente para declarar que había violado la ley ni para deponerlo. Juristas como Bracton, en referencia al rey, dijeron que éste tenía el deber de obedecer la ley, que el rey estaba por debajo de Dios y la ley. Ya habíamos hablado un poco de esto en el capítulo II, puesto que fue un tema que estuvo muy presente a lo largo de la Alta Edad Media. En contraste, Bracton también reconocía que ningún juez podía impugnar los actos del rey, que ningún decreto podía ir en contra del rey, que el rey debía obedecer a sus propias leyes, pero que no se le podía requerir legalmente que lo hiciera. Sin embargo, algunos otros juristas contemporáneos afirmaron que el hombre se tenía que resistir a su rey y su juez si hacía mal. El derecho y el deber de desobedecer al rey-autócrata de elección divina, cuando violase el derecho fundamental, se basaron en la creencia de que ese derecho había sido divinamente instituido. Los papas y reyes hacían las leyes pero como vicarios de Dios, no eran ellos, sino Dios la fuente de

---

<sup>168</sup> Berman, *op. cit.*, p. 413-414.

toda ley. De este modo, el concepto de la soberanía del Derecho continuamente contó con el apoyo de la ideología católica.<sup>169</sup>

A todo lo anterior, se suma el hecho de que en un principio el Derecho canónico y posteriormente el secular tenían como objetivo encontrar la verdad a la hora de entablar un juicio. Unas líneas más arriba señalamos la importancia que el juez tuvo desde entonces como parte substancial en el proceso de perseguir la verdad. Para el siglo XII, dicha búsqueda se realizaba racionalmente por medio del proceso jurídico, lo cual en palabras de Faustino Martínez “fue la máxima aportación canónica a la cultura jurídica medieval del Derecho común.”<sup>170</sup> Hay que tener presente el significado de la verdad que prevalecía dentro del contexto tanto religioso como jurídico:

“La verdad es un valor primordial de la religión cristiana cuyo fundador se proclama a sí mismo como la Verdad, el Camino y la Vida, elementos concatenados porque por medio de la primera hallamos la vía que nos permitirá alcanzar la eternidad. Lo verdadero es lo justo”<sup>171</sup>

En un juicio estaban presentes diferentes tipos de intereses anclados al plano terrenal, pero también se involucraba la salvación de las almas. Cualquier juicio librado en un foro de justicia secular procuraba lo mismo, para este entonces el bienestar espiritual no fue una tarea exclusiva del Derecho Canónico. La verdad era un atributo de Cristo y como modelo, por ende, de todo buen cristiano.<sup>172</sup> Así como el Derecho Natural tendía a la virtud, los hombres creyentes en la religión católica también debían tender a ella. Haremos hincapié, una vez

---

<sup>169</sup> *Ibíd.*, p. 298.

<sup>170</sup> Faustino Martínez, “El proceso canónico...”, *op. cit.*, p. 220.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 220

<sup>172</sup> *Ibíd.*, p. 226

más, en que la verdad entendida como virtud cristiana llevaría a los hombres a la justicia. Si lo verdadero era lo justo, había que perseguir la verdad para que los jueces a través del Derecho pudieran impartir justicia.

Es bajo dichos principios e ideas que debemos mirar y entender al *Ius Commune* y por tanto al Derecho de tradición hispano-medieval. La justicia divina y natural, la verdad, la equidad, la conciencia y la razón estuvieron presentes tanto en el Derecho canónico como en el secular y compartieron de forma estrecha el escenario legal en conjunción con valores de tipo político-social.

### **3.2. El Ordenamiento de Montalvo.**

A este cuerpo de leyes se le conoció también con el nombre de *Ordenanzas Reales de Castilla*.<sup>173</sup> Para este trabajo se ha utilizado la edición que preparó el Doctor Alonso Díaz de Montalvo, quien fue el responsable de recopilarlas y componerlas, en ella se incluyen las glosas son del Doctor Diego Pérez.

El *Ordenamiento de Montalvo* fue elaborado en 1484 y se divide en 1,063 leyes, en ocho libros con ciento quince títulos. También fue denominado *Ordenamiento Real*. Se trata de una compilación ordenada alfabéticamente de leyes dispersas o contenidas en el *Fuero Real*, en las *Leyes del Estilo* y en el *Ordenamiento de Alcalá*, realizada y glosada originalmente por Alonso Montalvo y publicada en tiempo de los reyes católicos. Se encuentra dividida en ocho libros y su autor afirma en el prólogo de las ediciones de 1485, 1492 y 1496, que la obra fue llevada a efecto por orden de aquellos reyes. Sin embargo, como no logró sanción real, es considerada como de autoridad privada. A pesar de esto, obtuvo

---

<sup>173</sup> *Ordenamiento de Montalvo*, Madrid, Imprenta de Josef Doblado, 1779.

una gran difusión principalmente a causa de la sistematización alfabética en que está distribuida. Con los auspicios de Carlos V, Diego Pérez de Salamanca publicó en el año 1560 unos comentarios de dicha compilación. No faltan autores que opinen en el sentido de que el ordenamiento real, llamado también *Ordenamiento de Montalvo* tuvo carácter oficial y alcanzó autoridad legal, como lo demostraría, entre otras razones, el hecho de que algunas ediciones aparecen con el título de *Ordenanzas Reales de Castilla* y de que las Cortes de Valladolid solicitaron de los reyes que se hiciese una nueva compilación.<sup>174</sup> Muchos autores han discutido su autoridad ya que nunca fue sancionado por los Reyes Católicos, sin embargo su uso y valor legal probaron que sí fue considerado como parte de las leyes del Reino de Castilla.

La siguiente regulación, contenida en el *Ordenamiento*, expresa elocuentemente el valor y significado de las leyes en aquél tiempo:

“La ley ama, y enseña las cosas que son de Dios: y es de fuerte enseñamiento, è maestra del derecho y de justicia, y ornamento de buenas costumbres, y guiamiento del pueblo, y de su vida: y su efecto es mandar, vedar, punir, y castigar. Y es la ley común, assi para varones como para mugeres de qualquier edad, ò estado que sean. Y es también para los sabios, como para los simples: y es assi para poblados, como para yermos: y es guardada del Rey y de los pueblos.”<sup>175</sup>

Estas palabras nos enseñan cómo es que la ley estaba armonizada con Dios, que no eran cosas disociadas puesto que las regulaciones se formaron con base en los principios dictados por la Teología moral. Dentro de la ley todos son o eran parte de un entramado social, diverso, heterogéneo pero cohesionado y

---

<sup>174</sup> *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 21, p. 129.

<sup>175</sup> *Ordenamiento de Montalvo*, Libro I, Título IV, Ley I.

permeado por el Derecho. La idea del bien común estaba estrechamente vinculada y cobijada por la idea de justicia.

En este conjunto de normas, la ausencia de leyes sobre menores, es casi total. De igual manera presentamos lo poco que hallamos sobre el tema:

“Porque a nuestro señor son acceptos los corazones contritos, y humildes, y el conoscimiento de las criaturas à su Criador, mandamos, y ordenamos, que quando acaesciere, que Nos, ò el Principe heredero, ò Infantes nuestros hijos, ò otros qualesquir Christianos viéremos, que viene por la calle el Sancto Sacramento del Cuerpo de Nuestro Señor, que todos seamos tenudos de lo acompañar, fasta la Iglesia donde salió, y hincar los hinojos, para le hacer reverencia, y estar asi fasta que sea pasado: y que Nos no podamos escusar de lo asi facer por lodo, ni por polvo, ni por otra cosa alguna... E queremos que esta ley se entienda en los Judios, y los Moros, que hovieren edad de mas de catorce años: y no en los que fueren de menos edad.”<sup>176</sup>

Esta ley se refiere a la reverencia y acompañamientos que los cristianos debían ofrecer al Santo Sacramento cuando pasara por la calle. En una sociedad profundamente cristiana como la medieval, este tipo de costumbres eran obligadas y estaban cargadas de un significado simbólico muy importante. La persona que no se hincara o siguiera la procesión hasta la Iglesia, estaba sujeta a recibir pena. Esta regla especifica que en el caso de los judíos y moros, sólo los mayores de edad debían irse del lugar o bien sumarse a la reverencia. Únicamente los menores de catorce años podían ser excusados de hacerlo sin recibir pena. La duda que queda es conocer si esto aplicaba también para los menores que fueran cristianos, pero como la ley no hace distinción alguna sobre esto, es probable que no haya sido así. De cualquier forma, esta regulación da luz para tener en cuenta que a los menores de catorce años se les atenuaron algunas sanciones. Lo cual

---

<sup>176</sup> *Ibíd.*, Libro I, Título I, Ley III.

nos vuelve a poner en la perspectiva de que a los catorce años, los individuos estaban obligados a cumplir diversas obligaciones, así como a estar excusados de otras.

En otra ley acerca de la constitución de la congregación general que se hizo en Sevilla contra la disolución de los clérigos de la corona, se señala que:

“E assi mismo los padres, y parientes, que de aquí adelante ficieren ordenar à sus fijos y parientes de primera corona, y menores de catorce años en este caso juren, que los hacen ordenar con intencion que serán Clerigos; y los mayores de catorce años los Prelados no los ordenen sino que juren que lo hacen con intención de ser proveidos in sacris...”<sup>177</sup>

Según estas líneas los menores de catorce años podían ser ordenados como clérigos, no siempre bajo su voluntad, sino por la de los padres o parientes y eran estos últimos quienes tenían que jurar la intención de que aquellos menores se dedicarían a la vida clerical. Para los mayores de catorce años se solicitaba que fueran los prelados quienes jurasen que tenían la intención de proveerlos *in sacris*. En la glosa que se le hace a esta ley no hay mención alguna que ayude a aclarar si los menores y mayores de catorce podían decidir por sí mismos el ser clérigos. A nuestro modo de ver, parece que el mandato exigía que fueran ordenados por decisión de otros, es decir de sus parientes, lo que nos lleva a pensar que no se necesitaba que el menor estuviera de acuerdo con la situación para proceder. Si así fuera, la voluntad de los menores para esta cuestión quedaba reducida o anulada, sin embargo para comprobar tal suposición sería necesario indagar en otro tipo de fuentes a fin de confirmar la idea.

---

<sup>177</sup> *Ibíd.*, Libro I, Título III, Ley XVI.

Nuevamente en el Libro II, Título XV, Ley IV de este ordenamiento se menciona la edad requerida para ser juez, siendo de hecho exactamente la misma ordenanza que recogieron previamente *Las Partidas* y el *Ordenamiento de Alcalá*. En ella se estipula que fueran de veinte años aunque como advertimos más arriba cabían algunas excepciones. Si tomamos en cuenta la fecha en que fueron hechos cada uno de los cuerpos jurídicos que hasta ahora hemos examinado, hallamos evidencia de que esta ley no sufrió modificación alguna por largo tiempo.

Inmediatamente encontramos una mención que especifica quienes no podían ser abogados:

“Ordenamos, que ningun Hereje, ni Judio, ni Moro no sean Abogados por Christiano contra Christiano. E otrosi que no puedan usar en officio de Abogacia siervo, ni ciego, ni descomulgado, ni sordo, ni loco, ni hombre que no haya edad complida.”<sup>178</sup>

Es interesante la distinción que se hacía desde entonces, entre abogados<sup>179</sup> y jueces y sus funciones. Hemos insistido en que los jueces ocupaban una mayor jerarquía por el papel que desempeñaban en la sociedad ya que contaban con el poder de tomar decisiones en los tribunales. Lamentablemente no se precisa cuál era la edad para poder ser abogado, sin embargo la glosa correspondiente nos advierte: “*Nempe, viginti quinque annorum*”, es decir “por supuesto o sin duda veinticinco años”, lo cual se refiere a la frase “edad complida” y más adelante: “*Vel debet esse major decem & septem annis*”, es decir “o bien debe ser mayor de diecisiete años.” De acuerdo con esta información, podemos sugerir que cabe la

<sup>178</sup> *Ibíd.*, Libro II, Título XIX, Ley VII.

<sup>179</sup> En *Las Partidas* se describe al abogado o bozero como el “ome q̄ razona pleito de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demādādo, o en respōdiendo. E assi nome. Porq̄ cō bozes, e cō palabras usa de su officio”. *Partidas*, Libro III, Título VI, Ley I.

posibilidad de que a los abogados por lo general se les requiriera al menos tener diecisiete años. No obstante, es plausible que hubiese algunos de menor edad como pasaba con los jueces, esto comúnmente bajo alguna condición especial. De cualquier forma, hay que tener en cuenta lo que al respecto dicen *Las Partidas*: “Todo ome q̄ fuera sabidor de derecho, o de fuero, o de la costumbre de la tierra porque lo aya usado, de grādi tiempo, puede ser abogado por otri. Fueras ende el que fuesse menor de diez e siete años.”<sup>180</sup> Como regla ordinaria se requería dicha edad como mínima para poder ejercer de abogado, pero no se descarta que en fueros municipales u otros conjuntos de leyes pudieran existir excepciones. Por lo pronto, aquí queda reiterado que los abogados, además de preparación en materia jurídica, necesitaban poseer un grado de razón y conciencia determinado para desempeñar esta función.

El juez podía solicitarles a los abogados que defendieran a los huérfanos o a la viudas, entre otros, pese a no querer hacerlo, pero el resguardo que la normatividad suministraba a los miserables obligaba a los voceros o abogados a ello. El servicio tendría que realizarse a cambio de una modesta cantidad de dinero y si el querellante no estuviera en posibilidad de cubrir el monto, se mandaba al abogado hacerlo gratuitamente por “amor a Dios”.<sup>181</sup> Esta norma nos reitera que la protección a las personas de condición miserable fue recurrente y obligada en el Derecho castellano y la siguiente ley lo vuelve a constatar:

“Jurisdicion suprema civil, è criminal pertenesce à nos, fundada por derecho comun en todas las Ciudades, Villas, y Lugares, de nuestros Reinos, y Señorios. Y por esto mandamos, que en la jurisdicion

<sup>180</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título VI, Ley II.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título VI, Ley VI.

suprema que nos tenemos en defecto de los nuestros Jueces inferiores ningunos, ni algunos de los señores que tienen, ò tuvieren Ciudades, Villas, ò Lugares en los dichos nuestros Reinos, y señorios, sean osados de impedir, ni estorvar en los dichos lugares de señorío, à los que apelaren para ante nos, ò para ante nuestra Chancillería, ni à los agraviados que se vinieren à quejar ante nos, ni à los pleitos de los huérfanos, y Viudas, y pobres, y miserables personas, y los otros casos de nuestra Corte, que por las leyes de nuestros Reinos se pueden traer ante nos, que no sean impedidos, ni estorvados...”<sup>182</sup>

Hemos dicho antes que los casos que se podían llevar a corte incluían los de las personas más débiles o desprotegidas en la sociedad. Recordemos que la ley, sin especificar edad, explica que los huérfanos y menores eran personas que formaban parte de un grupo vulnerable y frágil, por así decirlo, dentro del conjunto social por lo que en varias leyes, no necesariamente de este ordenamiento pero sí de otros que ya hemos citado, estaban ampliamente protegidos. Los huérfanos tenían además de la custodia de un tutor o curador, la tutela de la corte y del reino para librar sus pleitos. Esta prerrogativa se ve reforzada por otra ley que se refiere a que nadie podía ser emplazado ante los Alcaldes de la Corte sin ser demandado en su fuero, a excepción de los siguientes casos: “salvo en aquellos casos que se deben librar en la nuestra Corte, que son estos segun estilo antiguo, muerte segura, muger forzada, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, traición, aleve, rieto, pleito de viudas, y huérfanos, y de personas miserables.”<sup>183</sup> Por último el *Ordenamiento* mandaba lo siguiente:

“Como quier que el Alcalde debe otorgar la Apelacion en los pleitos que las leyes de este Libro disponen. Pero son algunos pleitos, en que no queremos que se otorgue Apelacion; asi como el hombre finado, que era descomulgado, que no sea sepultado, ò sobre otra cosa que no se pueda guardar: como sobre uvas ante que el vino sea fecho dellas, ò

<sup>182</sup> *Ordenamiento de Montalvo*, Libro III, Título I, Ley I.

<sup>183</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título II, Ley XIV.

sobre mieses que se han de segar, ò sobre otra cosa semejante, que perece por tiempo: ò si fuere sobre dar gobierno a niños pequeños, porque en tales casos como estos, si se alongasen los pleitos para alzada, las cosas se perderian, y nascerian de ello muchos daños. Pero bien queremos que en tales pleitos como estos se pueda querellar, y proseguir su derecho aquel que entendiere que es agraviado por el Alcalde.”<sup>184</sup>

Esta norma regulaba los casos impedidos de apelación por resultar en detrimento de los involucrados en el juicio. La ley consideraba que si los pleitos se alargaban, los asuntos solían perderse por lo que se obtenían daños en lugar de beneficios. La única manera de hacerlo era cuando el alcalde hubiera agraviado al querellante, circunstancia bajo la cual todas las personas quedaban amparadas y tenían derecho a ser escuchadas nuevamente. A partir de lo anterior y de la revisión general de los diferentes ordenamientos, tenemos la idea de que era muy poco lo que la ley no abarcaba, es decir las innumerables posibilidades, los incontables escenarios y realidades a fin de que cada miembro de la comunidad tuviera una condición jurídica determinada con el acceso y la impartición de justicia garantizados.

### **3.3. Las *Leyes de Toro*.**

Ahora bien, daremos paso la revisión del último conjunto de leyes sobre Derecho castellano que aquí analizamos. La edición que se revisó para esta investigación fue la preparada por Don Sancho de Llamas y Molina, Colegial en el Mayor de San Ildefonso, Universidad de Alcalá y Doctor en ambos Derechos, en la cual hizo un comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres *Leyes de Toro*.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> *Ibíd.*, Libro III, Título XVI, Ley XI.

<sup>185</sup> *Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 2ª ed., 1852.

Este ordenamiento legal se elaboró originalmente en el año de 1505 y según la pragmática que acompaña a la publicación, su razón de ser fue la siguiente:

“Sepádes que al Rey mi señor y padre, y á la Reina mi señora madre, que santa gloria haya, fue hecha relacion del gran daño y gasto que recibian mis subditos y naturales á causa de la gran diferencia y variedad que habia en el entendimiento de algunas Leyes de estos mis reinos, asi del Fuero, como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde habia menester declaracion, aunque no habían Leyes sobre ello: por lo cual acaescia que en algunas partes de estos mis reinos, y aun en las mis Audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo, unas veces de una manera, y otras veces de otra; lo cual causaba la mucha variedad y diferencia que habia en el entendimiento de las dichas leyes entre los Letrados de estos mis reinos, y sobre esto por los Procuradores de las córtes que los dichos Rey y Reina mis señores tuvieron en la ciudad de Toledo el año que pasó de quinientos y dos, les fue suplicado que en ello mandasen proveer de manera que tanto daño y gasto de mis súbditos se quitase...”<sup>186</sup>

Aunque en su mayoría las *Leyes de Toro*<sup>187</sup> son de carácter civil, es hasta cierto punto sorprendente que no se incluyeran normas vinculadas específicamente a menores y es por esta razón que será muy breve lo que citaremos al respecto. Sin embargo, como ya hemos visto, en los ordenamientos previos hallamos muy poco sobre el tema pues en su mayoría todo quedó registrado en *Las Partidas* o en fueros locales.

Desafortunadamente, es una sola ley la que explícitamente señala algo específico sobre la cuestión de la edad:

---

<sup>186</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>187</sup> Dentro del Derecho castellano, de aplicación supletoria en los dominios establecidos por España en América, señalase como uno de los últimos ordenamientos en el orden cronológico de su sanción a las llamadas *Leyes de Toro*, denominadas por haber obtenido su promulgación definitiva en la ciudad castellana de ese nombre durante una reunión de Cortes celebrada en 1505 bajo el fugaz reinado de la hija de los Reyes Católicos, conocida en la historia como Doña Juana "La Loca". Redactado por inspiración de un conjunto de consejeros legales encabezado por Juan López de Palacios Rubios -el "príncipe de los juristas españoles", autor del famoso Requerimiento-, el mencionado ordenamiento legislativo, no obstante su corta extensión, un total de ochenta y tres leyes, tuvo marcada influencia en la determinación del Derecho privado positivo de la época en que fue sancionado. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo T 18, p. 386- 387.

“El fijo o fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estoviese fuera de su poder.”<sup>188</sup>

Aquí no se menciona de manera literal cuál es la tal edad “legítima” pero por las referencias que hay sobre ese término en otras fuentes, podemos inferir que se trataba de los veinticinco años. Por otro lado, era hasta esa edad que los hijos permanecían en poder de sus padres, a menos que se hubieran emancipado de ellos por alguna vía legal o bien por haber sido sustraídos de su poder obligatoriamente. En contraste *Las Partidas* establecían lo siguiente:

“Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento: y los otros q̄ non le pueden fazer sson estos. El fijo que esta en poder de ssu padre, maguer el padre gelo otorgasse. Pero ssi fuesse caballero o ome letrado, cualquier destos fijos, que haya de los bienes, que sson llamados peculio castrensse, vel cuassi castrensse, puede fazer testamento dellos. Otrossi dezimos que el moço que es menor de quatorze años, & y la moça que es menor de doze años, maguer nō ssean en poder de ssu padre, nin de ssu abuelo, non puedednn fazer testamēto. E esto es, porque los que sson desta edad, non han entendimiento complido. Otrossi el que fuesse fallido de memoria, non puede fazer testamento, mientras que fuera desmemoriado: nin el desgastador de lo ssuyo, a quien oviesse defendido el juez, que non enajenasse ssus bienes. Pero ssi ante de tal defendimiento, oviesse fecho testamento valdrie. Otrossi dezimos, que el que es mudo, o ssordo desde ssu nasçençia, non puede fazer testamento...”<sup>189</sup>

Además de lo anterior, se elaboró una adición a este respecto que especificaba lo contenido en las *Leyes de Toro*: “La ley V en las *Leyes de Toro* dispone nuevamente, que el fijo, o fija maguer cōstituidos en el poder de ssus padres, puedan libremente fazer testamento, & disponer de ssus bienes, ssiendo de legítima edad para ello.”

<sup>188</sup> *Leyes de Toro*, Ley V.

<sup>189</sup> *Partidas*, Libro VI, Título I, Ley XIII.

De acuerdo con *Las Partidas* el hijo que estuviere en poder del padre no podía testar, ni siquiera se menciona si a una determinada edad podía hacerlo. Suponemos que podría hacerlo a los veinticinco años ya que a esa edad tenían derecho a emanciparse de tutores y padres. Y, como señalamos, así lo dicta lo estipulado en las *Leyes de Toro*. En general, a excepción de los bienes castrenses, los hijos no podían testar mientras estuvieren bajo custodia del padre. Así mismo, las disposiciones indican que no era obligado compartir este tipo de bienes con los padres, por tanto los hijos estaban en completa libertad de gozar de ellos sin restricción alguna. En cambio, a los menores de catorce años en el caso del varón y a las menores de doce años en el caso de la mujer, se les prohibía testar aunque estuviesen fuera del poder de su padre o abuelo, pues no se les consideraba con la capacidad suficiente para tomar decisiones respecto a sus bienes materiales. Aquí la ley presenta el posible caso de que personas de dicha edad ya estuvieran emancipadas del padre o abuelo. Ya hemos mencionado en lo referente a la tutela que podían ser diversas las razones que conllevaran a esta situación. Sin embargo, lo que hay que rescatar es que todavía no contaban con un nivel de entendimiento suficiente para elaborar un testamento, asimismo *Las Partidas* impedían a los menores de catorce años ser testigos de un testamento.<sup>190</sup>

En otras partes de este trabajo, ya hemos enfatizado la importancia que tenían los bienes pertenecientes a menores, la custodia tenía por obligación legal amparar y cuidar de los bienes tanto como de la persona menor, al punto que este precepto repercutía en las obligaciones de quienes la rodearan. Tal fue el caso de las madres que quisieran volver a casarse, quienes perdían la tutela de los hijos

---

<sup>190</sup> *Ibíd.*, Libro VI, Título I, Ley IX.

porque existía la posibilidad de poner en peligro sus bienes al estar expuestos al nuevo cónyuge.

Las leyes colocaban en la misma escala a los menores de doce o catorce, a los sordos, ciegos, locos, desmemoriados y en general a quienes por impedimento físico contaran con mengua de entendimiento, pero es necesario comprender que esto no significaba que fueran iguales. El hecho de que los cuerpos jurídicos los resguardaran bajo la categoría de personas *miserabiles* no implicaba que les otorgara plena igualdad jurídica. Esta clasificación no se puede traducir como una pretensión de homogenización dentro del Derecho, si bien este tipo de personas compartían un rasgo en común, había muchos otros que las alejaban y diferenciaban entre sí. En lo tocante a este punto, es indispensable recurrir a la precisión hasta donde la información disponible nos lo permita. De acuerdo a lo que hemos apuntado acerca de la forma de operar del Derecho, siempre hay que recordar que uno de sus principales mecanismos fue el de la distinción, su escenario el de la particularidad y su camino hacia la justicia el casuismo.

## Capítulo IV. La minoría de edad en el Derecho indiano.

### 4.1. El Derecho indiano.

Ahora que ya tenemos una idea de cómo se formó y se aplicó el Derecho de tradición hispano-medieval castellana y de la importancia que tuvo en territorio indiano para regular la minoría de edad, llegó el momento de hablar propiamente sobre el Derecho indiano. En principio, haremos una breve mención sobre su conformación y sus particularidades.

Comencemos pues por definir a que se le conocía como Derecho indiano. De acuerdo con Antonio Dognac: “es el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias, o sea, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España.”<sup>191</sup> Las fuentes del Derecho indiano fueron diversas, en él encontramos las cuatro formas de Derecho a saber, la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Todas ellas tanto de procedencia metropolitana como de origen criollo, además de la costumbre indígena.<sup>192</sup> Por otro lado, encontramos al Derecho canónico, en su legislación tanto pontificia como conciliar y que para el caso particular de las Indias debía estar acordada y aprobada por el rey como consecuencia del Real Patronato. En general, a lo largo de este trabajo, nos hemos referido a una cultura jurídica occidental común que se creó, aplicó, renovó y reinterpretó a lo largo del tiempo en diversos espacios.

Aunque el Derecho indiano era nuevo y fue creado en la experiencia indiana, estuvo basado en la tradición jurídica castellana. Ésta sirvió como modelo para delinear los estatutos que habrían de regir en Indias. Sin embargo, las

---

<sup>191</sup> Dognac, *op.cit.*, p. 11.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 227.

circunstancias y el contexto indiano exigirían que la tradición fuera adaptada al nuevo panorama. Muchas de las reglas existentes en el Derecho castellano no eran operantes en Indias, por lo que hubo necesidad de crear nuevas leyes a partir de realidades distintas y nuevas. En otros casos hubo que aceptar la costumbre del lugar o bien modificar el derecho existente a fin de que pudiera servir en los territorios que recién se sumaban a la Corona de Castilla. Por otra parte, todas las materias que el Derecho indiano no pudiera cubrir y procesar serían resueltas conforme a los cuerpos de Derecho castellano. Como sabemos, el orden jurídico indiano fue construido con disposiciones de carácter general pero su práctica siempre fue casuística. Las instituciones jurídicas fueron las mismas que en la Metrópoli aunque en algunos casos con especificidades propias.

Ahora bien, hemos señalado que los cuerpos de Derecho castellano fueron formalmente supletorios en Indias, al mismo tiempo que doctrina, interpretación, fuente y modelo, pero también hemos puesto énfasis en que en muchos casos fueron el derecho operante, de uso práctico y vigente, integrado al Derecho Indiano a partir de la tradición jurídica hispano-medieval de Occidente. En este lado del mundo, también se filtraron e incorporaron los principios y mecanismos del Derecho común, su hilo conductor fue la doctrina estudiada en las universidades, su conocimiento, interpretación y aplicación. Como lo ha señalado Faustino Martínez, la opinión de los juristas junto con la ley y la costumbre, fueron fuente del Derecho indiano. La doctrina fue una especie de depósito del saber

jurídico del momento, un compendio de lo más granado del pensamiento jurídico romano-canónico, pero también indiano.<sup>193</sup>

#### **4.2. Los menores de edad en el Derecho indiano.**

Habría que comenzar por decir que las regulaciones concernientes a los menores de edad en los ordenamientos de Derecho indiano son prácticamente nulas y las pocas que hay son leyes que repiten lo dicho previamente en *Las Partidas*. También podemos hallarlas en otros ordenamientos castellanos posteriores a ellas. Tras haber revisado los ordenamientos indianos, podemos afirmar que lo referente a menores de edad en este Derecho nos remite directamente a *Las Partidas*. En ellas, prácticamente vemos Derecho indiano en su tradición, como derecho vigente, doctrina dominante y como el eje del derecho en Indias a este respecto. Una tradición, como vimos anteriormente, perdura en el tiempo, se transmite, se actualiza y forma parte de una cultura, de hecho expresa parcialmente a la misma. En la Nueva España hubo una cultura jurídica que, como bien lo apuntó Ma. del Refugio González, se compartió con España aproximadamente por trescientos años.<sup>194</sup>

El ordenamiento jurídico indiano que más luz nos dio para este trabajo fue la *Recopilación de las leyes de Indias* de 1680; en él se recogen todas las regulaciones dispuestas para las Indias hasta ese momento.

---

<sup>193</sup> Faustino Martínez, “Acerca de la recepción...”, *op. cit.*, p. 496.

<sup>194</sup> María del Refugio González, *El Derecho Indiano y el Derecho Provincial Novohispano*, México, UNAM, 1995.

### 4.3. La Recopilación 1680.

Éste conjunto de normas ha sido considerado como el cuerpo de leyes más completo de Derecho indiano. En él se contienen fuentes como pragmáticas, cédulas reales, autos acordados, ordenanzas y muchas otras disposiciones legislativas. Contiene legislaciones en su mayoría sancionadas por Felipe II, Felipe III, Felipe IV y de Carlos I y Carlos II en menor medida.<sup>195</sup> Su compilación se comenzó a realizar durante el reinado de Carlos II y se publicó finalmente hasta 1680, tras cuarenta años de arduo trabajo. La edición que fue impresa durante el reinado de Carlos IV, contiene un total de 9 libros y 218 títulos con más de seis mil leyes. Es una amplia recolección de la legislación indiana que luego de un largo proceso de elaboración, realizado tanto en América como en España, a partir del siglo XVII, fue completada por Antonio de León Pinelo.<sup>196</sup> Sus libros abarcan temas relacionados con el gobierno espiritual, las autoridades mayores y menores, el Derecho penal, el servicio de los indios y el comercio, entre otros.<sup>197</sup>

En este documento podemos encontrar algunas referencias específicas sobre la minoría de edad y aunque no son abundantes afortunadamente nos ayudan a complementar la construcción de la condición jurídica de los menores. De ellas haremos puntual mención en las siguientes líneas.

Es un dato de sobra conocido que el adoctrinamiento de los indios en todo el territorio Indiano fue un asunto de primer orden, de hecho condición *sine qua*

---

<sup>195</sup> Rafael Altamira, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680. Estudio sobre las fuentes de conocimiento del Derecho Indiano*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012, p. 263.

<sup>196</sup> Antonio de León Pinelo (1565-1660). Se licenció en Derecho por la Universidad de San Marcos de Lima. Hacia 1622 llegó a Madrid; fue relator y Cronista Mayor del Consejo de Indias. En 1624 se le encargó llevar al cabo la recopilación de las Leyes de Indias. En 1658 fue nombrado Oidor de la Casa de Contratación de Indias en Sevilla, cargo que ocuparía hasta su muerte.

<sup>197</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo AP8, p. 1646.

*non* para que la Metrópoli tuviera derecho a su conquista y ocupación. A pesar de esto, dicho cometido requeriría de varias generaciones para poder ser cumplido. La tarea de evangelizar a los naturales de las regiones recién incorporadas a la Corona fue labor complicada, pausada en muchos casos y heterogénea en las diferentes partes del territorio. Sobre su efectividad se ha escrito prolíficamente y no es un asunto para discutir en este espacio. Baste con saber que las leyes que estudiamos y en general el Derecho de tradición hispano-medieval regularon también cuestiones relacionadas a la Iglesia y la religión, en este caso no como Derecho canónico puesto que éste tendría su esfera propia de acción, sino como parte de los cuerpos de Derecho secular. Como lo ha señalado Dougnac el Derecho Indiano:

“Es esencialmente evangelizador. Siendo los reyes castellanos profundamente católicos, su visión del mundo es espiritual... por sobre todas las cosas, interesaba a los monarcas la extensión de la religión católica. Constituye casi una centinela la insistencia de los reyes en la conversión de los naturales al cristianismo. Es con ese prisma que ellos miran la situación de las Indias: tan supeditado estaba lo material a lo espiritual que hubo muchos lugares de América que los reyes mantuvieron bajo su dominio a pesar de no ser rentables.”<sup>198</sup>

En relación a esto la *Recopilación* incluyó una ley que especificaba lo siguiente:

“y los indios infieles se arrodillen en tierra, como los Christianos, y el que lo contrario hiziere pueda ser llevado ante la Justicia del Lugar por qualquiera persona, y si se lo probare con dos testigos, la Justicia le corrija con pena arbitraria, según la capacidad del Indio: y esto se entienda con los que tuvieren mas de catorze años.”<sup>199</sup>

---

<sup>198</sup> Dougnac, *op. cit.*, p. 18.

<sup>199</sup> *Recopilación*, Libro I, Título I, Ley XXI.

Como podemos observar, no se exigía a los indios menores de catorce años estar totalmente adoctrinados en la fe o cumplir de manera precisa con los actos litúrgicos, es decir que por su edad podían ser hasta cierto punto disculpados por no cumplir con las formalidades requeridas en algunas cuestiones religiosas. Esta concesión pudo haber sido dada a los indios por ser neófitos en la fe y el castigo solo sería aplicado y adecuado al indio mayor de catorce años que no respetara tal costumbre. Cabe comentar que en la legislación Indiana el status del indio fue de incapaz relativo debido al desconocimiento que tenían hacia las prácticas jurídicas del grupo dominante.<sup>200</sup> Mucho se ha discutido este tema y creemos que así también no siempre se ha comprendido de forma fiel lo que eso significaba. Es importante aclarar que legalmente los indios no eran vistos como menores de edad, a menos de que tuvieran menos de veinticinco años, es decir que la regla fue general para el grueso de la población que habitaba las Indias. La ley no dictó ni distinguió en ningún momento que los indios fueran considerados como menores. Los privilegios que los indios tenían frente al Derecho indiano y castellano estuvieron relacionados con los de las personas miserables. Recordemos que dicha condición enmarcó a los huérfanos, los locos, ciegos, sordos, mudos, ancianos, rústicos, pobres, viudas y menores entre otros. Para el caso de los indios, la asimilación con la miserabilidad fue, como bien lo ha explicado Thomas Duve, un privilegio que por tradición la ley había otorgado por mucho tiempo a las personas débiles de la sociedad. Un ejemplo acerca de esto se halla en la siguiente regulación:

---

<sup>200</sup> Dougnac, *op. cit.*, p. 20.

“Haviendose reconocido, que en la Ciudad de Mexico de la Nueva España y sus comarcas havia muchas Mestizas huérfanas, se fundó una Casa para su recogimiento, sustentacion y doctrina. Mandamos á nuestros Virreyes, que tengan mucho cuidado con este recogimiento, rentas y limosnas que gozare para su conservacion, y procuren y dispongan, que por quantos medios sean posibles se aumenten, pues assi conviene para servicio de Dios nuestro Señor, criança y recogimiento de aquellas huérfanas.”<sup>201</sup>

Esta norma expresa la recurrente preocupación que había por las personas menos fuertes de la comunidad, condición que aplicaba por igual para los miembros de los diferentes grupos que convivieron en el contexto indiano. Así también, se puede observar una vez más que la protección hacia las personas miserables procuraba el cuidado integral de la persona y de sus medios de subsistencia.

Particularmente el Derecho indiano fue, como anota Dougnac, altamente protector del indígena<sup>202</sup> y, como hemos visto, dio continuidad al amparo que el Derecho castellano brindó a los miserables. Nuevamente, la idea de este privilegio fue alcanzar la equidad entre todos los miembros de la sociedad, la equidad entre desiguales. En reflejo de dicho propósito, véase la siguiente disposición:

“Porque se ha entendido, que los Curas Doctrineros, Clerigos y Religiosos hacen muchas vejaciones y molestan gravemente á los Indios, y obligan á las Indias viudas y á las solteras, que viven fuera de los Pueblos principales y Cabeceras, en pasando de diez años de edad, á que con pretexto de que vayan todos los días á la Doctrina, se ocupen en su servicio, y especialmente en hilados y otros exercicios, sin pagarles nada por su trabajo y ocupacion, con lo qual no pueden assistir á sus padres, ni hijos. Mandamos a nuestros Virreyes, Presidentes y Governadores y rogamos y encargamos á los Arçobispos

---

<sup>201</sup> *Recopilación*, Libro I, Título III, Ley XVII.

<sup>202</sup> Dougnac, *op. cit.*, p. 19

y Obispos, que hagan guardar nuestras Cédulas y Ordenançaz, y los Concilios Provinciales y Synodales con toda precision y cuidado, proveyendo y executando todo lo que vieren que conviene, para que los Indios y Indias no recivā agravio, ni molestia, con ningun pretexto, y en las visitas que hizierē de las Doctrinas procedan cōtra los Clerigos y Religiosos Doctrineros, que hallaren culpados, y quiten los que juzgaren que no admiten enmienda, dando cuēta á los Virreyes, Presidentes, ó Gobernadores de la Provincia, conforme está dispuesto por las leyes de este libro.”<sup>203</sup>

En general a las viudas, a los menores y a los indios se les otorgaba especial resguardo frente a otros, aún ante los religiosos. A pesar de eso, con el pretexto de adoctrinar a los indios menores, hubo clérigos y religiosos que abusaron del servicio que éstos les podían brindar. Como consecuencia, se creó esta ley que mandaba a todas las autoridades eclesiásticas evitar y suprimir tales agravios. De hecho, estipulaba claramente que los clérigos infractores fueran procesados o removidos de su puesto en caso de ser necesario. Desafortunadamente, fueron muchas las noticias en Indias acerca de los maltratos que los indios recibieron por parte de personas venidas del viejo continente, entre ellos podemos contar a los miembros del clero secular y regular quienes, aunque no de manera generalizada, en ocasiones ocuparon métodos muy severos para adoctrinar a los indios. Sobre esto había conocimiento desde los tiempos de los reyes católicos, motivo por el cual se decretaron diferentes leyes en pro del bienestar y la protección de los naturales. El pensamiento católico ha sido duramente criticado por estar abocado a las obras de piedad, a proveer ayuda al más necesitado y a dar limosna al que no cuenta con los recursos suficientes para subsistir, pero este cuerpo legal nos deja ver que el Derecho igualmente buscó dar

---

<sup>203</sup> *Recopilación*, Libro I, Título XIII, Ley XI.

caridad no solo de forma instantánea. En los casos que consideró pertinentes, según la siguiente regulación, también benefició al desprovisto con recursos que pudieran ser duraderos y autónomos:

De Los Españoles, Mestizos, é Indios, que viven vagabundos, y holgazanes sin assiento, oficio, ni otra buena ocupacion procuren los Virreyes, y Presidentes formar algunos Pueblos, y que los de Indios estén separados: infórmense, qué hijos, ó hijas de Españoles, Mestizos difuntos, hay en sus distritos, que anden perdidos, y los hagan recoger, y dar tutores, que miren por sus personas, y bienes...<sup>204</sup>

Esta norma nos presenta un abanico de información, puesto que hace referencia a la amplia protección que se le mandaba dar a las personas miserables de los distintos grupos que cohabitaban las Indias. Dado que su contenido es extenso, optamos por citar tan solo una parte de ella. Sin embargo, podemos afirmar que la postura hacia los menores y miserables fue totalmente proteccionista. La tutoría del menor aparece como elemento fundamental y necesario en el caso de los huérfanos; para el caso de los indios se debía recurrir a la ayuda de los encomenderos indios a fin de ver por los menores. La idea general era que la población tuviera techo, comida y oficio, y si a alguien le faltara cualquiera de ellos, era obligación de las autoridades proveérselo. Como se puede apreciar, la preocupación de ver por el bien común y por la comunidad formaba parte del código cultural, ideológico y religioso de la tradición jurídica occidental.

Por último, citaremos parte de un mandato referente a los menores, a los viejos y a las mujeres de raza negra, libres y pobres que se presenta de lo más interesante:

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, Libro VII, Título IV, Ley iiiii.

“...Y porque este repartimiento no podrá ser igual, sin cōforme á la hazienda de cada uno, de que havrán de ser libres los pobres, y en el personal los viejos, niños, y mugeres, que no tuvieren casa, ni hazienda, proveerán las Audiencias lo que fuere justicia, conforme á derecho.<sup>205</sup>

Esta disposición establece que los pobres, aún los negros, en teoría estaban resguardados por la ley. También se especifica que los niños sin hogar ni recursos habrían de ser amparados por las Audiencias. Así volvemos a encontrar que dentro de los deberes del gobierno estaba la obligación de velar por el desamparado. Nadie en la Nueva España o en general en las Indias Occidentales estaba fuera del amparo de la ley, por consiguiente cada comunidad estuvo inserta dentro de un marco jurídico común. El modelo estaba concertado para que así fuera, la idea de la comunidad unida por la fe y la justicia dio fruto en cada estamento de la estructura social, así tendría su expresión en la juridicidad y su reflejo en el marco de interacción y dependencia de sus relaciones.

Después de haber examinado esta recopilación de Derecho indiano, podemos corroborar, una vez más, lo dicho anteriormente. Nos referimos a que las leyes relativas a la minoría de edad, ciertamente están contenidas en el Derecho castellano, principalmente en *Las Partidas*. Sin embargo, dada la importancia, utilidad y peso que tuvo este ordenamiento como derecho vigente y como parte del Derecho de tradición indiana-castellana, *Las Partidas* fueron el Derecho indiano que en la praxis reguló a las personas menores de edad en las Indias Occidentales.

---

<sup>205</sup> *Ibídem*, Libro VII, Título V, Ley I.

A partir de este análisis, advertimos la importancia que tuvo la tradición jurídica romano-canónica en el mundo occidental. En ella crecieron a su vez otras tradiciones que toman, reproducen, modifican, suman o restan elementos que la van reactualizando y enriqueciendo para trascender en el tiempo. Recordemos, que Herrejón ha dicho que, la tradición es algo vital pues toma fuerza por ser colectiva en la conciencia humana al momento que se recibe y se transmite de forma recurrente en el tiempo. Al referirnos a tradiciones propiamente legales, hemos comentado que Merryman, sostiene que el Derecho civil tuvo sus orígenes en otras subtradiciones más antiguas, entre las que contamos al Derecho romano vertido en el *Corpus Juris Civilis* compilado por Justiniano en el siglo VI. La ardua labor de glosar y comentar los cuerpos de Derecho justiniano a partir del siglo XI, originó el nacimiento de nuevas expresiones de derecho. En ellas, se mezclaron antiguos elementos con nuevas perspectivas, criterios, necesidades sociales, políticas y culturales que dieron origen a la tradición hispano-medieval. Dentro de ella, emergería el Derecho común y como expresión máxima de éste, *Las Siete Partidas*. La integración del Derecho castellano y el Derecho común daría sus frutos con el paso del tiempo hasta llegar a América.

La producción, enseñanza y difusión del Derecho común en las universidades europeas y americanas, facilitaría su aplicación en las ciudades que recién nacían o que se expandían cada vez más. Hay que tener presente, que este proceso tomó tiempo por lo que el Derecho común no fue asimilado inmediatamente, a pesar de esto su alcance e importancia en la tradición jurídica occidental sería portentoso. Tocaría suelo indiano a través de *Las Siete Partidas*, como parte del corpus de Derecho supletorio traído al territorio y por medio de la

tradición jurídica castellana contribuiría a la conformación del Derecho indiano, que sumado a otros componentes tomados en las Indias le darían validez y continuidad a tan importante secuencia jurídica.

Al comienzo de esta investigación, nos dimos cuenta que los cuerpos jurídicos recopilados para las Indias Occidentales no podían ofrecernos por sí solos información suficiente para encontrar el camino de la minoría de edad en el Derecho indiano. La pesquisa requería ir más allá, la tradición jurídica en la que irrumpíamos resultó ser una suerte de matrioshka, es decir, un conjunto de muñecas tradicionales de madera hechas en Rusia, cuya originalidad consiste en que se encuentran huecas por dentro, de tal manera que en su interior albergan una nueva muñeca y ésta a su vez a otra y ésta a su vez otra, en un número variable. De igual forma, las leyes indianas se conformaron bajo la influencia de una tradición jurídica occidental, que a su vez, provenía y se insertaba dentro de otras tradiciones jurídicas anteriores. Esta especie de lazo ligó a la tradición jurídica hispano-medieval con la indiana-castellana en su marcha a lo largo del tiempo. En lo tocante a la minoría de edad, han sido fundamentalmente *Las Siete Partidas*, con ayuda de otros ordenamientos castellanos, la puerta de acceso a su conocimiento. En estas leyes, apreciamos al Derecho indiano utilizado en las Indias Occidentales reflejado en su tradición jurídica a través del Derecho castellano. Avistamos claramente ese lazo que ata, encamina e impulsa a la tradición a trascender y viajar en el tiempo.

### **Conclusiones.**

La importancia de estudiar al menor de edad desde su propia especificidad como persona jurídica, nos ayuda a conocer, no solo a nuestro objeto de estudio, del mismo modo nos traza el camino para comprender las acciones sociales judicialmente orientadas en su contexto. La acción social entendida como la ha definido Max Weber: “actos humanos referidos a otro, cualquier otro humano, cargados de sentido explícito o implícito, en donde el sentido orienta el desarrollo de la acción.”<sup>206</sup> Son actos ejecutados dentro de un horizonte histórico-cultural determinado, que en el caso del menor se legitiman jurídicamente en función de diversos elementos con los que guardan un vínculo de tipo relacional. La personalidad jurídica de los menores en el Derecho que aquí analizamos, se construye bajo la influencia de las relaciones que se establecen entre el menor y los numerosos factores que lo rodean.

Por otro lado, insistimos en la necesidad de aproximarnos a los sujetos históricos desde diferentes ángulos. La suma del conjunto de perspectivas que reunamos sobre cada sujeto, o cualquier hecho histórico, nos aporta valiosa información para poder armar y sustentar interpretaciones históricas objetivas y coherentes sobre su naturaleza. Del análisis, a partir del terreno jurídico, que se ha hecho de otros sujetos que formaron parte del entramado social de las Indias Occidentales como los indios, las mujeres, los esclavos, la población negra o las viudas, han emanado inestimables contribuciones para el conocimiento histórico. Queda pues demostrado, que además de ser una tarea útil, es necesaria cuando

---

<sup>206</sup> Jorge Traslosheros, *op. cit.*, p. 49.

el propósito del investigador es profundizar en una materia, tan compleja, como lo pueden llegar a ser las personas.

Tras haber revisado las normas que regularon como Derecho legal a los menores de edad en la tradición jurídica indiana-castellana, encontramos cuatro lineamientos que fueron parte fundamental de su personalidad jurídica, a saber:

El primero de ellos nos informa que la minoría de edad fue un periodo de tiempo dentro del cual coexistieron a su vez varias minorías de edad. Las personas menores de veinticinco años eran partícipes de una serie de etapas o fases de la minoría de edad que poco a poco abrían su radio de acción en relación al grado de desarrollo que tuvieran de razón, de conciencia, de capacidad física y como consecuencia directa de su grado de responsabilidad jurídica. Estos diversos ciclos de tiempo nos marcan cambios importantes preponderantemente a los siete, diez años y medio, doce, catorce, diecisiete y veinte años. Además, desde la perspectiva de este marco jurídico, serían aptos o no de tener ciertos derechos y cumplir con ciertas obligaciones en función de sus condiciones y circunstancias particulares. Las leyes nos han mostrado, que los contrastes que encontramos durante dichas etapas son significativos y muchas veces implicaban cambios substanciales de vida, así en la privada como en la profesional o social.

El segundo lineamiento nos conduce a señalar que la noción de minoría de edad fue un lapso de tiempo totalmente dinámico, cambiante, abierto y relacional y no un punto fijo. Después de hacer el análisis de las recopilaciones, nos damos cuenta de que la implicación de ser un menor no era estática ni cerrada. Se encontraba en variación constante y dependía del número de años que la persona tuviera y por tanto el nivel de desarrollo de conciencia, razón y capacidad física

que se derivara en buena medida del curso natural de su ciclo de vida. Así mismo, la permisividad y limitación en su margen de acción estaban directamente relacionados a la calidad de persona que fuera, es decir a las condiciones particulares de vida en que se hallara. Era pues una condición que se modificaba en relación a otros elementos y personas. Bajo este criterio, un menor que tuviera veinte años y fuera soltero, no tenía los mismos derechos y obligaciones que aquél de su misma edad o incluso menor que fuera casado, sólo por citar un ejemplo. Hubo diversas características y conjuntos de relaciones que sumarían o restarían derechos y obligaciones a los menores, entre las principales podemos contar al número de años, si tenía padres, si era huérfano, su estado civil, la profesión u oficio, el status económico o si era siervo o persona libre. A lo largo de este trabajo hemos expuesto y comentado en varias ocasiones que el Derecho de tradición hispano-medieval indiana-castellana operaba bajo el principio de distinguir entre personas, esto significó que ninguna se consideró igual ya que todas fueron valoradas de acuerdo a sus rasgos particulares.

En tercer lugar encontramos que los menores de edad estuvieron ampliamente protegidos por el Derecho. La idea que la tradición jurídica indiana castellana tuvo de las personas más débiles de la sociedad repercutió mucho en la forma en que éstas serían contempladas en el marco legal. Dentro del Derecho de tradición hispano-medieval y por tanto en el indiano, los menores se incluyeron en el grupo de las personas miserables; anteriormente comentamos lo que ha dicho Tomás Duve al respecto. Este privilegio se le otorgó, en principio, a todos aquéllos que lo necesitaran a fin de que a través de él pudieran alcanzar la equidad dentro de la comunidad. La noción de equidad en la Edad Media fue traducida, entre

otras acepciones, como la fuente de la justicia. El *Digesto*, documento jurídico estudiado en esa época, asentó que la equidad debía ser respetada en todo, pero especialmente en el Derecho.<sup>207</sup> Otros autores como San Agustín observaron que la justicia tenía como propósito ayudar a los miserables. Baldus,<sup>208</sup> por su parte, reafirmó esta idea al comentar que era necesario proteger a los débiles.<sup>209</sup> En general había códigos de pensamiento compartidos que ponderaban a la justicia como una virtud inclinada hacia el bien común, hacia la bondad y lo bueno.

Por otra parte, bajo el amparo de la ley el privilegio otorgado a los menores de edad aplicó de manera general en Indias, es decir que en esta categoría, se incorporó a todos los menores pertenecientes a los diferentes grupos que había en el territorio. De esta forma, la protección y el anhelo de administrar justicia y equidad entre desiguales se respetó en los cuerpos jurídicos que rigieron también en la Nueva España.

En cuarto lugar, la tipología ideal que construimos a partir de toda la información recabada en esta investigación sobre la condición jurídica del menor en el Derecho de tradición indiana-castellana, nos precisa enumerar algunas de sus características: 1. La minoría de edad consistió en un periodo de tiempo de veinticinco años. 2. Dentro de esos veinticinco años existieron a su vez diferentes minorías de edad o periodos temporales determinantes en la condición de ser menor. Por tanto fue una condición dinámica y cambiante. 3. Cada uno de esos periodos estableció los derechos y obligaciones de los menores en relación a su

---

<sup>207</sup> Evans, *op. cit.*, p. 85.

<sup>208</sup> Jurista italiano (1327-1400). Fue autor de numerosos *Commentari* a las diversas partes del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a los tres primeros libros de las *Decretales* y al *Libri feudorum*.

<sup>209</sup> *Ibíd.*, p. 105.

edad y a un grupo de factores que podían influir a cada menor para conformarlo como un individuo específico y particular. 4. La minoría de edad fue una condición jurídica de tipo relacional, es decir, que se definió a partir de los conjuntos de relaciones e interacción que tuviera con diversos elementos, a partir de los cuales se definieron el grado de responsabilidad y marco de acción de cada menor. 5. Fue un status jurídico con un amplio rango de protección legal hacia la persona del menor y sus bienes y 7. El menor debía ser sujeto de tutela obligatoria por parte de una persona adulta o apta durante todo el tiempo que abarcara la minoría.

Por último, hay que mencionar que la idea del pleno desarrollo del entendimiento, la razón y conciencia del menor estaba estrechamente ligada a un estado de adultez en el que la persona y sus bienes ya no necesitaban la custodia de otros. Los veinticinco años marcaban el término de las “minorías de edad” o bien de la vulnerabilidad del menor frente a otros miembros de la comunidad. Tal vez, podríamos decir que para ese momento las personas ya tenían una completa capacidad de decisión, un uso responsable de su libre albedrío, un criterio ampliamente desarrollado, la suficiencia para desenvolverse apropiadamente en el mundo que los rodeaba y probablemente, la autonomía y capacidad para hacerse plenamente responsables tanto de sí mismas como de otros.

Hasta aquí no está todo dicho, ni han sido agotadas en ninguna forma las fuentes. No obstante, el resultado de su revisión nos ha abierto el camino hacia la comprensión de la minoría de edad. El siguiente paso consistirá en tender los puentes entre la teoría y la práctica a fin de conocer, estudiar y entender la otra cara de la moneda: los casos de los menores de edad en los tribunales de la Nueva España, es decir, sus derechos vistos en el lugar donde finalmente se

concretaban. Es en los foros de justicia, en donde son construidas las verdades jurídicas a través del proceso judicial acorde a los valores de época incardinados en principios doctrinales, en leyes, en cánones, en usos y costumbres de tipo religioso y jurídico.<sup>210</sup> Al consultar los expedientes, apelaremos a una rica fuente de información, en dónde los menores de edad son los actores que encarnan los procesos de administración de justicia que yacen fuera de las fojas de los libros de leyes y que por tanto reposan en los procesos que quedaron registrados como parte de la realidad atestiguada en su expresión jurídica.

---

<sup>210</sup> Jorge Traslosheros, *op. cit.*, p. 57.

## Fuentes Documentales

*Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso El Nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad; con su Reportorio muy copioso assi del testo como de la glossa.* Edición de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Biblioteca de Alfonso X El Sabio, 1221-1284. Alicante, 2009.

*Leyes del Fuero-Juzgo o Recopilacion de las leyes de wisi-godos españoles, titulada primeramente Liber Judicum después Forum Judicum y ultimamente Fuero Juzgo, segunda edición del texto castellano mejor que la primera.* Madrid, Por Don Isidoro de Hernandez Pacheco, Notario del Santo Oficio, calle de los Tudescos, año de MDCCXCII. Biblioteca de la Universidad de Sevilla, Fondos digitalizados, Fondo Antiguo.

*Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 2ª ed., 1852.

*Ordenamiento de Alcalá*, ed. de los Doctores Don Ignacio Jordán de Asso y del Río y Don Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid, Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1774.

*Ordenamiento de Montalvo*, recopilado y compuesto por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo y glosadas por el Doctor Diego Pérez, Madrid, Imprenta de Josef Doblado, 1779.

*Recopilación de Leyes de las Indias*, Archivo Digital de la Legislación en el Perú, <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Default.asp>

## Bibliografía

Altamira, Rafael, Análisis de la recopilación de las leyes de Indias de 1680: estudios sobre las fuentes de conocimiento del Derecho Indiano. Parte primera. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, pp. 449, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf3b6>

Antonio García, Guillermina, "La protección jurídica laboral del menor de edad en la Ciudad de México. Siglos XVI y XVII. El caso de la población mulata" en *Perspectivas históricas y filosóficas del discurso novohispano*. María Isabel Terán Elizondo, Alberto Ortiz, Víctor Manuel Chávez Ríos y María del Carmen Fernández Galán Montemayor, (coords.). México: Universidad Autónoma de Zacatecas / Texere Editores, 2015.

\_\_\_\_\_, "Mulatos y negros menores de edad en la Ciudad de México siglos XVI y XVII, su protección jurídica" en *Festival Oaxaca negra*. Lucía Mercedes Pérez Rojas y Nemesio J. Rodríguez Mitchell (coords.). México: UNAM / Coordinación de Humanidades / Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural y la Interculturalidad, 2015 (Informes y Estudios núm. 8).

\_\_\_\_\_, *Negros y mulatos libres menores de edad en la Ciudad de México, siglos XVI y XVII*. Su protección jurídica. Tesis de maestría. México: UNAM, FFyL, 2014, 224 p. <http://132.248.9.195/ptd2014/junio/084174475/Index.html>

\_\_\_\_\_, "La participación del curador *ad litem* en la protección jurídica del menor de edad negro y mulato libre novohispano en la ciudad de México" en *Antropología. Boletín Oficial del Instituto Nacional de Antropología e Historia*, núm. 98, 2014, pp. 16-27. ISSN: 0188-462X. Disponible en: <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologia/article/view/5397>

\_\_\_\_\_, "La protección de negros y mulatos libres menores de edad en la capital virreinal, siglos XVI y XVII" en *Alteridades*, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM, vol. 24. núm. 47, México ene./jun. 2014, pp. 21-30. ISSN: 0188-7017. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-70172014000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-70172014000100003&script=sci_arttext)

\_\_\_\_\_, "Ocupación laboral de niños y adolescentes mulatos libres en la capital virreinal, un estudio a través de escrituras notariales de 1557 a 1635". *Memorias del Primer Congreso Internacional. Diáspora, Nación y diferencia. Poblaciones de origen africano en México y Centroamérica*. Veracruz, junio 2008. ISBN: 968-864-450-1

Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, <http://hjq.com.ar/sumat/b/c94.html>

Barrientos Grandon, Javier, *La Cultura Jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, pp. 288.

\_\_\_\_\_, El gobierno de las Indias, Madrid, Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, 2004, pp. 40-97, 150-181.

Berman, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica en Occidente*, Trad. Del Inglés de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 674.

Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*, México, UNAM, 1999, pp. 347.

Castañeda, Paulino "La condición miserable del indio y sus privilegios" en *Anuario de Estudios Americanos*, 1971, XXVIII, pp. 245-335.

<http://myslide.es/documents/la-condicion-miserable-del-indio.html>

Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1994, pp. 465.

\_\_\_\_\_, "Normas procesales tutelares de menores en Chile Indiano" en *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Vol. 9, Chile, 1983, pp. 77-110.

<http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/viewFile/25683/27013>

Duve, Thomas, "La condición jurídica del indio y su condición como persona miserabilis en el Derecho Indiano", en Mario Losano, *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, Giuffrè, 2004, Università degli Studi di Milano. Dipartimento Giuridico-Politico, Collana Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV, pp. 3-33.

Escrache, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de la Rosa y Cía., pp. 1544.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=364>

García Gallo, Alfonso, La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 495-704.

\_\_\_\_\_, El libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del *Espéculo a Las Partidas*", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21-22, 1951-1952, pp. 345-528.

Garriga, Carlos. "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", en *Historia y Derecho, Historia del Derecho*, Año IV, No. 16, (primavera, 2004), pp. 13-44.

G.R. Evans, *Law and Theology in the Middle Ages*, London and New York, Routledge, pp. 133.

González, María del Refugio, *El Derecho Indiano y el Derecho Provincial Novohispano*, México, UNAM, 1995, pp. 47-67.

González Jiménez, Manuel, "Alfonso X El Sabio (1241-1284)", en *Revista de Historia de El Puerto*, No. 38, 2007 (1er semestre), pp. 37-47, [http://www.revistadehistoriadeelpuerto.org/contenido/revistas/38/38\\_estudios\\_02.pdf](http://www.revistadehistoriadeelpuerto.org/contenido/revistas/38/38_estudios_02.pdf)

Grossi Paolo, *Derecho, Sociedad y Estado*, Trad. Del Italiana de José Ramos Narvaez, México, El Colegio de Michoacán: Escuela Libre de Derecho, UMSNH, 2004, pp. 250.

\_\_\_\_\_, *El Orden Jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 256.

Herrejón Carlos, "Tradición. Esbozo de algunos conceptos", en *Revista Relaciones*, No. 59, Colmich, pp. 135-149.  
<http://www.colmich.edu.mx/files/relaciones/059/pdf/>

Hesles, José Carlos, *El vuelo de Astrea: configuración jurídico política de la Monarquía Católica*, México, Porrúa, 2005, pp. 244.

Martínez, Martínez Faustino, "Acerca de la recepción del *Ius Commune* en el Derecho de Indias: Notas sobre las opiniones de los juristas indianos", en *Anuario Mexicano de la Historia del Derecho*, Volumen XV (2003), pp. 447-523.

\_\_\_\_\_, "El proceso canónico y la verdad" en *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Valencia, Universidad de Zaragoza, 2012. pp. 220.

Lira González, Andrés, *Idea de la protección Jurídica. Nueva España siglos XVI y XVII*, El Colegio de México, 1968. Tesis para optar a la Maestría en Historia, pp. 228.

Merryman, John, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 304.

Pirenne, Henri, *Historia de Europa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 172-176.

Traslosheros, Jorge, "Orden judicial y herencia medieval en la Nueva España" en *Historia Mexicana*, No. 220 (abril-junio, 2006) pp. 1105-1138.

\_\_\_\_\_, *Historia Judicial Eclesiástica de la Nueva España*, México, IIH/UNAM, 2014, pp. 201.

Tomás y Valiente, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta, Siglos XVI, XVII y XVIII*, 2ª ed., Editorial Tecnos, S.A., 1992, pp. 479.

\_\_\_\_\_, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 398.