

ESTUDIOS

EL DERECHO INDIANO Y SUS RAICES EUROPEAS: DERECHO COMUN Y PROPIO DE CASTILLA

Pronto se conmemorarán los nueve siglos de existencia de la Universidad de Bolonia, cuna del Derecho común.

Muchos dan por sentado que esta efemérides tiene alcance puramente europeo. No faltan motivos para pensar así, en vista de la enorme significación del Derecho común en el Viejo Mundo. Pero ello no debe llevar al olvido de la que tuvo en el Nuevo Mundo, desde el momento mismo de su descubrimiento.

Lo primero que hizo Colón al pisar tierra americana, el 12 de octubre de 1492, fue tomar posesión de ella a nombre de los Reyes de Castilla y León, Fernando e Isabel¹. Este acto representa la primera aplicación del Derecho común a las tierras y a los habitantes de América. En este sentido es también el punto de partida para la formación de un nuevo derecho, el derecho indiano.

Las páginas que siguen aspiran a evocar en apretada síntesis la significación del Derecho común en América española, uno de los capítulos más grandiosos de la expansión mundial de Europa.

INTRODUCCION

El Derecho indiano

Se llama Derecho indiano al que rigió en América española desde la época de los descubrimientos hasta la de la codificación, es decir, en términos generales, desde fines del siglo xv hasta la segunda mitad del siglo xix.

El vocablo indiano deriva de Indias, nombre que se dio a América a raíz del descubrimiento, porque entonces se creyó que

1. MORALES PADRÓN, Francisco. *Descubrimiento y toma de posesión*, en AEA, 12, 1955.

formaba parte del Asia. Cuando se comprobó que era un continente distinto, se le llamó Indias Occidentales para diferenciarla de las Indias Orientales o asiáticas.

El término indiano tiene un alcance general. Designa una época dentro de la historia de América española, que abarca desde el descubrimiento hasta la independencia, y las distintas manifestaciones históricas de ella, como son el arte y la literatura indios, la población y la sociedad indianas, la política y el Derecho indianos. Esta palabra data de esa época. Fue empleada por los autores de entonces. Así, por ejemplo, fray Jerónimo de Mendieta escribió una *Historia eclesiástica indiana*², y Juan de Torquemada una *Monarquía Indiana*³, Solórzano Pereira tituló una de sus obras *Política Indiana*⁴ y el padre Rosales llamó a Chile *Flandes Indiano*⁵. Vale la pena señalar de paso, que como las Filipinas también pertenecían a la Corona de Castilla, al igual que América española, se las incluyó dentro del concepto de indiano.

Elementos formativos

Los elementos formativos del Derecho indiano son tres, de desigual importancia: el Derecho castellano, los Derechos indígenas y el Derecho específico de Indias.

La vigencia del Derecho castellano en América española tiene un fundamento jurídico. Las Indias fueron incorporadas a la corona de Castilla y, en consecuencia, se extendieron a ellas las

2. MENDIETA, Jerónimo de: *Historia eclesiástica indiana*, México 1870. Esta obra, compuesta entre 1595 y 1604, permaneció inédita hasta 1870. Hay una nueva edición con *Estudio preliminar* de SOLANO PÉREZ-LILA, Francisco, BAE, 260-61, Madrid 1973.

3. TORQUEMADA, Juan de: *Primera parte de los veintiún libros rituales y Monarquía indiana*, Sevilla 1613, 3 vol., Madrid 1723.

4. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de: *Política indiana sacada en lengua castellana de los dos tomos del Derecho y gobierno municipal de las Indias Occidentales*, Madrid 1647. Varias ediciones posteriores: Madrid 1736, 1776, 1803, 1930 y en BAE 252-256, 1972.

5. ROSALES, Diego de: *Historia general del Reyno de Chile, Flandes indiano*. Esta obra fue compuesta c. 1636 y 1665 y circuló manuscrita hasta su edición. 3 vol., Valparaíso 1877-78.

instituciones y el Derecho de Castilla⁶ y no los de Aragón, Navarra, Cataluña o cualquier otro de los reinos o estados españoles.

La vigencia de los derechos indígenas para los distintos pueblos y comunidades aborígenes tuvo también un fundamento jurídico. Aparte de las razones de hecho que hacían imposible pensar en abolirlos, el Derecho específico de Indias reconoció expresa y ampliamente la vigencia de los múltiples y diversos derechos indígenas no sólo existentes al tiempo de la llegada de los europeos, sino también surgidos con posterioridad. La única limitación que se impuso a esta vigencia de los derechos indígenas fue la exclusión de prácticas contrarias a la fe católica, al Derecho natural o a la legislación real para Indias, como los sacrificios humanos, la antropofagia y demás⁷.

Pero el Derecho indiano es distinto del Derecho castellano y de los derechos indígenas que le precedieron y concurren a su formación. Además de estos dos elementos incluye un tercero:

6. *Ordenanzas de la audiencia de Santo Domingo*, 5 oct. 1511, texto en CDIAO 11, 546. Una edición más cuidada CHACÓN Y CALVO, José María *Cedulario cubano. Los orígenes de la colonización, 1493-1512*, Madrid s/f. *Ordenanzas de audiencias de 1528*, cap. 57 y *Ordenanza de audiencias de 1563* cap. 312. Ambas en ENCINAS, 2, 5. *Leyes Nuevas*, Valladolid, 4 julio 1542, cap. 18, ed. MURO OREJÓN, Antonio, en AEA 18, 1961. Así en las demás Ordenanzas, REIG SARTORRES, José: *Precedentes a las ordenanzas de 1563*, en su edición de las *Ordenanzas reales de la Real Audiencia de Quito*, 4 oct. 1563. Quito 1978, esp. 199 ss. Lo mismo se dispone en *Ordenanzas de Consejo de Indias*, El Pardo, 24 sept. 1571, cap. 14, Madrid 1585. Reimpresa Valladolid 1603, ahora ed. MURO OREJÓN, Antonio, en: AEA 14, Sevilla 1957 *Ordenanzas del Consejo de Indias*, Madrid, 1 agosto 1636, cap. 13, Madrid 1636, reimpresa Madrid 1681. Esta disposición pasó a la *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias*, 4 vols., Madrid 1681, 2, 2, 13.

7. *Ordenanzas de Audiencias*, nota 6, RC 12 julio 1530, recopiladas en 5,22, 2, *Leyes Nuevas de 1542*, nota 6, cap. 20. RC, Valladolid, 6 agosto 1555, recopilada en 2,1,4. Los textos originales en ENCINAS, 4, 355. *Provisión*, 11 marzo 1550, ENCINAS, 4, 60. MANZANO MANZANO, Juan: *Las Leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de las fuentes del Derecho indiano*, en RI 18, Buenos Aires 1967. DÍAZ REMENTERÍA, Carlos J.: *La costumbre indígena en el Perú hispánico*, en AEA 33, Sevilla 1976, GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel: *Derecho prehispano e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano. Notas para su estudio*, Madrid 1980. El mismo, *El elemento indígena en el Derecho indiano*, en RHD 11, Buenos Aires 1983

el Derecho específico de Indias. Su razón de ser es tratar de las materias que por su naturaleza no podían ser resueltas ni por el Derecho de Castilla, ni por los derechos precolombinos. Entre ellas se cuentan todas las derivadas del contacto y convivencia entre europeos e indígenas en el suelo americano y bajo el señorío de los reyes de Castilla. Tales son, por ejemplo, el derecho de los españoles a explorar y establecerse en América, el modo de realizar las expediciones de descubrimiento y población, la manera de fundar y organizar las ciudades, la evangelización y el buen tratamiento de los indígenas, su condición jurídica bajo el poder de los reyes de Castilla que, entre otras cosas, les aseguraba la conservación de su lengua y de sus costumbres y, por tanto, también de su Derecho⁸.

Articulación de los elementos formativos

La forma de aplicación de estos tres elementos constitutivos fue establecida por el Derecho indiano. Este punto es clave para la configuración del mismo como un marco unitario dentro del cual se encuadran sus diversos elementos formativos.

Para resolver esta cuestión, así como muchas otras surgidas a raíz de la expansión española en América, que eran también nuevas para los juristas de la época, se acudió al Derecho común.

El Derecho común se cuenta entre las máximas creaciones del genio europeo. Como se sabe, es un Derecho de juristas, vale decir, un Derecho científico, que se cultivó y difundió a partir de las universidades europeas desde el siglo XII hasta el XIX⁹ y en las hispanoamericanas desde el siglo XVI hasta el XIX¹⁰. Su fundamento es el estudio de textos jurídicos romanos y canónicos con la mira de elaborar un Derecho de validez general llamado,

ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo: *Los derechos indígenas*, en RHD 14, 1986. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La costumbre jurídica en la América española, siglos XVI-XVIII*, *ibid.*, esp. 403 ss.

8. Ver nota 6. En esos textos se mandan aplicar las leyes de Castilla a falta del Derecho municipal de Indias.

9. Sobre concepto y significación del Derecho común, WIEACKER, Franz: *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft*, en el mismo: *Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944; CALASSO, Francesco: *Introduzione al diritto comune*, Milán 1951. El mismo: *Medio Evo del diritto*, Milán 1954. COING, Helmut: *Handbuch*

por eso mismo, Derecho común. Por consiguiente, el Derecho común se considera superior a los múltiples Derechos propios de cada lugar, región o reino, a los que, en atención a su limitado ámbito de vigencia, califica de Derecho propio.

El gran papel que juega el Derecho común en la historia de los Derechos europeos y también en la historia del Derecho indiano, se explica ante todo porque era el único que se estudiaba en las universidades. En cambio, el o, mejor dicho, los Derechos propios se consideraban como algo extraño a los estudios universitarios, de lo cual se ocupaban más bien prácticos del Derecho, que hombres formados científicamente.

Derecho específico o municipal de Indias

Esta distinción entre Derecho común y Derecho propio sirvió de base para integrar los tres elementos formativos del Derecho indiano en un solo todo coherente¹¹. Se asimiló el Derecho específico de Indias a los Derechos locales o municipales de Castilla, que allí eran parte del Derecho propio. Por eso, se le llamó Derecho municipal de Indias, lo que a primera vista —literalmente— parece incomprensible, dada la inmensa extensión territorial de

der Quellen und Literatur der Neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3 tomos aparecidos hasta ahora en 6 volúmenes, München 1973-82, 1 y 2.

10. GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier: *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*, Santiago 1954. PESET REIG, Mariano: *Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVII*, en AHDE 45, Madrid 1975. PÉREZ PERDOMO, Rogelio: *Los juristas en la crisis de la sociedad colonial venezolana 1790-1830*, en GARCÍA PELAYO, Manuel: *Homenaje a*, 2 vol. Caracas 1980, 1. LEVAGGI, Abelardo: *Derecho indiano y Derecho romano en el siglo XVIII*, en *Anuario histórico-jurídico ecuatoriano* 5, Quito 1980. El mismo: *El Derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos*, en: REHJ 10 Valparaíso 1985. PEÑA PEÑALOZA, Roberto Ignacio: *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba 1614-1807*, Córdoba 1986. BRAVO LIRA, Bernardino: *El Derecho común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en IC 15, Francfort 1988 ahora en su *Derecho Común y derecho propio en el nuevo Mundo*, Santiago 1989.

11. CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge, y CASTILLO FERNÁNDEZ, Vicente: *Derecho procesal indiano*, Santiago 1951. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, en AHDE 21, Madrid 1951, esp. pp. 612 y 617, nota 19; ahora en el mismo: *Estudios de Historia del Derecho indiano*, Madrid 1952.

América española, tantas veces superior no sólo a la de un concejo o municipio castellano, sino a la de la misma Castilla. Pero, no se trata de una equiparación entre las Indias y un concejo o municipio castellano, sino de la determinación del lugar que dentro del Derecho indiano corresponde al Derecho específico de Indias.

Por ser Derecho propio, es de *aplicación preferente* frente a los demás. Esta solución es lógica, porque la razón de ser de este Derecho es —como sabemos— ocuparse precisamente de las cuestiones jurídicas nuevas a que da origen la expansión española en América y que, como tales, eran desconocidas, tanto para el Derecho castellano como para los diversos Derechos indígenas prehispánicos.

El Derecho castellano en Indias

Dentro de la dualidad Derecho común-Derecho propio, la posición del Derecho común corresponde en América al Derecho castellano. Esto significa que el Derecho castellano se aplica *siempre que no haya Derecho propio* sobre una materia, vale decir, Derecho específico de Indias. En consecuencia, el Derecho castellano tiene en América española vigencia general. Se acude a él cada vez que hay que llenar vacíos del Derecho específico de Indias.

En la práctica esta situación no es excepcional, como a primera vista pudiera pensarse. Antes bien, es la *regla general*, de ordinaria ocurrencia en un vastísimo orden de materias, que se rigen por el Derecho castellano, ya que el Derecho específico de Indias se circunscribe fundamentalmente a tratar de los aspectos nuevos que presenta la vida jurídica en América española. En todo lo demás, o mejor dicho, en todas las instituciones y prácticas jurídicas de origen europeo, que son la mayoría, se aplica el Derecho castellano. Así sucede en materia de matrimonio, derecho de familia y sucesiones, de propiedad, de negocios jurídicos y de delitos y penas, de procedimiento civil y penal. Todos estos aspectos se rigen íntegra o casi íntegramente por el Derecho castellano. A ellos deben agregarse otros regidos por el Derecho específico de Indias en las que el Derecho castellano juega un gran papel supletorio, como es el caso de las ordenanzas de Audiencias.

El Derecho común en Indias

Con el Derecho de Castilla se introduce en América el Derecho común europeo, dentro del cual está inserto el castellano. Así lo anota en 1630 Antonio de León Pinelo al tratar de los tribunales y oficios instituidos en Indias, «los cuales —explica— en su ejercicio y uso guardan el Derecho Real (de Castilla) y Común, mientras por cédulas y ordenanzas particulares (Derecho específico o municipal de Indias) no está revocado, mudado o alterado»¹².

En otras palabras, el Derecho castellano no es un todo homogéneo y autosuficiente. Antes bien, entre sus elementos formativos se cuentan, hablando en términos muy generales, dos estratos de distinta procedencia, carácter y alcance. Uno más antiguo, de raíz altomedieval, es fundamentalmente consuetudinario y se recoge en parte en los fueros. El otro, más reciente, de origen bajomedieval, es el Derecho común, que, como su nombre lo indica, pretende una validez más amplia que el Derecho propio, dentro de toda la cristiandad¹³. De él ya hemos dicho algo. Aquí baste recalcar que es un Derecho culto, elaborado en las universidades y manifestado sobre todo a través de libros jurídicos, por medio de los cuales logra, de hecho, una vigencia europea¹⁴. A él también acuden los juristas abocados a resolver los problemas nacidos de la expansión ultramarina de España y Portugal¹⁵.

Así, pues, el Derecho indiano se inserta de dos maneras en la corriente viva del Derecho común: por mediación del Derecho castellano que rige en América española y directamente a través de los juristas que concurren a elaborar el Derecho específico de Indias.

12. LEÓN PINELO, Antonio de: *Tratado de confirmaciones reales*, Madrid 1630 2 1, 3, hay ed facsímil MOLINARI, Diego, Luis, Buenos Aires 1922 y Arcila Farías, Eduardo, Caracas 1979.

13. BARRERO, Ana María: *El Derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra*, en *Atti del Convegno de Varenna*, Mián 1980.

14. WIEACKER y COING, nota 9. CRUZ, Guilherme Braga da: *O direito subsidiário na história do direito português*, en: *Revista portuguesa de História* 14, Coimbra 1973.

15. ZAVALA, Silvio: *Las instituciones jurídicas de la conquista de América*, Madrid 1935, 2ª ed, corregida y aumentada, México 1971. HÖFFNER, Joseph: *Kolonialismus und Evangelium, Spanische Kolonialethik*, Tréveris 1947, hay

Los derechos indígenas: subsistencia y multiplicidad

Finalmente, los derechos indígenas son considerados en general como derechos personales, esto es, aplicables solamente a quienes tienen la condición de aborígenes, es decir, de miembros de un grupo a que ese derecho pertenece. Por eso poseen una vigencia limitada, restringida a determinado núcleo o población aborígen. Excepcionalmente, hay casos de instituciones indígenas que fueron recogidas por el Derecho específico de Indias y extendidas a poblaciones distintas de aquellas a que originariamente pertenecían. Un ejemplo de ello es la *mita*, forma de realización de trabajos públicos por turnos tomada del Derecho incaico¹⁶.

En resumen, la importancia práctica de los elementos formativos del Derecho indiano no coincide con el lugar jerárquico que cada uno tiene dentro del conjunto. Así, el Derecho específico de Indias, que está en primer lugar por ser de aplicación preferente, en la práctica sólo rige materias muy determinadas. Es como un estrato superior que cubre tan sólo una zona de la vida jurídica y deja, por tanto, al descubierto la mayor parte de ella.

Esto mismo explica que el Derecho castellano, a pesar de estar en segundo lugar, por ser de aplicación general, sea en la práctica

trad. castellana, Madrid 1957, 2.^a ed., mejorada. Tréveris 1969. M3NZANO MANZANO, Juan: *La incorporación de las Indias a la corona de Castilla*, Madrid 1948. GIMÉNFZ FERNÁNDEZ, Manuel: *Bartolomé de las Casas*, 2 vol., Sevilla 1953 y 1960. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *El Derecho Común ante el Nuevo Mundo*, en: *Revista de Estudios políticos* 80, Madrid 1985. El mismo: *Las Indias en el reinado de Felipe II. La solución del problema de los justos títulos*, en: *Anuario de la Asociación Francisco Vitoria* 13, Madrid 1959-60, ahora ambos en *Estudios*, nota 11. El mismo, *La Universidad de Salamanca en la formación del derecho indiano*, en: CINDI 3, Madrid 1973. El mismo: *La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, en: AHDE 44, Madrid 1974, ahora ambos en El mismo: *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho indiano*, Madrid 1987. MENÉNDEZ PIDAL, Ramón: *El Padre Las Casas, su doble personalidad*, Madrid 1963. BATAILLON, Marcel: *Études sur Bartolome de Las Casas*, París 1965. GÓNGORA, Mario: *Studies in the colonial history of the Spanish America*, Cambridge 1975. BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho Común y Derecho Natural en el Nuevo Mundo. Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española*, en REHJ 11, 1986. Ahora en *Derecho Común*, nota 10.

16. Ver nota 7, BASADRE, Jorge: *El régimen de la mita*, Lima 1937.

el de más frecuente y ordinaria vigencia. Es como un estrato inferior que en el hecho cubre casi todo el ámbito de la vida jurídica; ya sea directamente en las materias no tratadas por el Derecho específico de Indias, ya sea indirectamente en las materias tratadas por ese Derecho. Por eso el Derecho castellano es el eje del Derecho indiano, que sólo se distingue de él en las variantes introducidas por el Derecho específico de Indias o por alguno de los Derechos indígenas.

En cuanto a los múltiples Derechos indígenas, cada uno tiene una vigencia personal, esto es, restringida a determinado grupo o población aborígen. Su situación práctica es en cierto modo similar a la de los derechos forales en Castilla durante la Edad Moderna, si bien comparativamente estos derechos indígenas son más fuertes.

Derecho indiano y derecho europeo

El Derecho indiano es el primer Derecho propiamente americano. Los derechos indígenas prehispánicos tenían un radio de vigencia en general sumamente estrecho. Ni aún los más difundidos pueden considerarse como americanos, ya que rigieron sólo en una parte muy limitada del continente. Así como los europeos fueron los primeros en descubrir la unidad física del mismo e imponerle un nombre que lo abarcara en su totalidad —el de América—, así también fueron ellos los forjadores de la unidad cultural del Nuevo Mundo, a través de la religión, la lengua y, no en último término, el derecho. Los que antes eran extraños, entre sí por tener creencias, lenguas, costumbres y demás diferentes y por vivir ajenos unos a otros, comenzaron a compartir una serie de formas culturales, desde México y Florida hasta el Río de la Plata y Chiloé.

Las formas jurídicas indianas, sin dejar de ser americanas —nacidas en el Nuevo Mundo y para resolver los problemas surgidos allí por la penetración europea— son una respuesta europea a estos problemas americanos.

Así pues, el Derecho indiano tiende desde el primer momento a buscar soluciones análogas a las europeas para sus propias necesidades, que son distintas de las del Viejo Mundo. De esta manera, el Derecho europeo —si se puede hablar así— en dos de sus ver-

tientes, Derecho común y Derecho propio de Castilla, constituye un marco de referencia constante para el Derecho indiano. Así ocurre en sus orígenes y a lo largo de las sucesivas épocas de su historia. El Derecho indiano surge y madura en relación con el europeo, lo que más que señal de dependencia de él, lo es de comunidad con él.

En consecuencia, el Derecho indiano tiene vida propia —como no podía ser menos— y se diferencia netamente de los derechos europeos. En este sentido, hay que considerarlo como una prolongación o variante americana del derecho europeo. En cuanto tal, es similar a las distintas ramas en que éste se diversifica en el Viejo Mundo. El Derecho indiano no es sino una rama más de este derecho europeo, paralela al Derecho francés, castellano o alemán, pero que florece en ultramar y que abarca un área incomparablemente más extensa que la de sus similares europeos.

Derecho indiano y Derecho común

La elaboración del Derecho indiano se lleva a cabo en parte en América y Filipinas, por los propios habitantes de estos territorios, sean personas comunes, juristas o gobernantes, y en parte en España, por el Rey y su Consejo de Indias, así como por juristas y teólogos a quienes se consulta las cuestiones más arduas.

En general, las diversas formas de elaboración del derecho pueden agruparse en tres: costumbre¹⁷, legislación¹⁸ y literatura jurídica¹⁹. Estas tres fuentes del derecho tuvieron gran significación en la época indiana.

Tal vez uno de los rasgos más destacados del Derecho indiano es la contribución, en muchos casos decisiva, de los juristas a su elaboración.

17. LEVENE, Ricardo: *El Derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del Derecho indiano* en: *The Hispanic American Historical Review* 3, 2, Baltimore 1920. AVILA MARTEL, Alamiro, y BRAVO LIRA, Bernardino: *Aporte sobre la costumbre en el Derecho indiano*, en RCHHD 10, Santiago 1984. Ahora en su *Derecho Común*, nota 10. Tau, nota 7.

18. Ver nota 11. BRAVO LIRA, Bernardino: *Vigencia de las Siete Partidas en Chile*, en: REHJ 10, 1985. Ahora en su *Derecho Común...*, nota 10.

19. Ver notas 10 y 15.

Los más célebres letrados y teólogos fueron llamados desde muy temprano por la Corona para que dieran su parecer en las más graves cuestiones jurídicas planteadas por el descubrimiento y la expansión española en América. Luego, en el gobierno de las Indias tuvieron parte preponderante los letrados, como miembros de las Reales Audiencias residentes en la propia América o del Real y Supremo Consejo de Indias, residente junto al monarca en la capital de la monarquía. Finalmente, desde el siglo XVI en adelante se cultiva el derecho en las universidades de América española y florece una literatura jurídica indiana cada vez más rica²⁰.

Esta literatura jurídica está formada principalmente por dos tipos de obras que, en cierto modo corresponden a dos de los elementos fundamentales del Derecho indiano: el Derecho específico para Indias y el Derecho castellano. Pertenecen al primer grupo los libros que tratan de temas específicamente indianos, como son el Real Patronato, la gobernación temporal de las Indias, la condición jurídica de los indígenas, la fundación de ciudades, las encomiendas y demás. En cambio, pertenecen al segundo grupo los libros que tratan del Derecho castellano vigente en América, comentarios a las leyes de Castilla y demás en materias civiles, penales, procesales, etc.

En atención a la contribución de los juristas y en particular del Derecho común a la elaboración del Derecho indiano, pueden distinguirse en su historia tres grandes períodos. En primer lugar, una etapa fundacional (1492-1571) en la que se sientan las bases del Derecho indiano. Corresponde a la introducción del Derecho común en el Nuevo Mundo. Luego, una etapa de apogeo del Derecho y la literatura jurídica indiana (1575-1750) caracterizada por el florecimiento del Derecho común en el Nuevo Mundo. Finalmente, una etapa de afirmación del Derecho patrio o nacional frente al Derecho común (1750-1900), que culmina en la codificación. Ella corresponde al repliegue del Derecho común en Europa y en el Nuevo Mundo.

20. LEVENE, nota 18. GIBERT, Rafael: *Ciencia jurídica española*, Granada 1971, 2.ª ed. ampliada, Granada 1982. GARCÍA-GALLO: *La ciencia...*, nota 15, BRAVO LIRA, nota 10.

ETAPA FUNDACIONAL (1492-1571)
DERECHO COMUN Y DERECHO NATURAL
EN EL NUEVO MUNDO

Es un período eminentemente creador, en el que se plantean y resuelven los problemas fundamentales del Derecho indiano. Ellos son de dos tipos: doctrinales y prácticos. Los doctrinales miran a fundamentar jurídicamente la expansión española, es decir, el derecho de los reyes de Castilla sobre las Indias y, como contrapartida, a los derechos de los indígenas americanos frente al rey. La discusión sobre estas cuestiones se conoce con el nombre de *Polémicas de Indias*. En ella participaron de una u otra forma los principales juristas y teólogos españoles de la época.

Las cuestiones prácticas miran al régimen de las expediciones de descubrimiento y población y al del asentamiento europeo en América; reparto de tierras, buen tratamiento de los indígenas, fundación de ciudades, gobierno político y eclesiástico y demás.

Lo propio de esta etapa fundacional, como su nombre lo indica, es el surgimiento de las instituciones fundamentales del Derecho indiano. Ellas se forjan en las primeras décadas del establecimiento europeo como consecuencia de este asentamiento estable en las nuevas tierras y en medio de su población aborígen.

Esta época inicial termina cuando surge una literatura jurídica indiana que poco a poco pone al Derecho indiano a la altura de los europeos de la época.

Derecho común y Derecho natural

La elaboración de las nuevas formas jurídicas propias del Derecho indiano se hace a menudo a partir del Derecho común, que por ser el único estudiado en las universidades, goza de una indiscutida superioridad a los ojos de los letrados. Pero también a propósito de estos temas americanos se opondrá al Derecho

común, fruto de la ciencia humana, el Derecho natural que tiene a Dios por autor, en cuanto creador de la propia naturaleza²¹.

La partición del mundo

Inicialmente la expansión ultramarina de Castilla se planteó de un modo similar a la de Portugal, sobre la base del Derecho común. Así sucede en las capitulaciones de Santa Fe ajustadas entre los Reyes Católicos y Colón antes del descubrimiento; en la petición de las tierras descubiertas y por descubrir, dirigida por los Reyes Católicos al Papa inmediatamente después de la vuelta de Colón, y en las bulas de donación, por las que el Pontífice les concedió las que se hallaren navegando hacia el Occidente, que no pertenecieran a príncipes cristianos en la Navidad de 1492, con el encargo de evangelizar a los naturales de ellas.

Esta potestad pontificia para conceder tierras no poseídas por príncipes cristianos era generalmente aceptada por los autores de Derecho común, entre los que destaca Enrique de Susa, el Hostiense; estaba expresamente reconocida en Castilla en las *Siete Partidas* y había servido a los portugueses para fundamentar su expansión a lo largo de las costas de Africa²².

La validez de la donación pontificia fue reconocida internacionalmente por el tratado de Tordesillas (1493) mediante el cual Castilla y Portugal, las dos únicas potencias europeas comprometidas en la expansión ultramarina, se repartieron el mundo. Se fijó entonces el límite entre las posesiones castellanas y portuguesas en una línea que corría de polo a polo a 370 leguas al Occidente de la más occidental de las Islas Azores. Las tierras

21. Ver nota 15. Además, ZAVALA, Silvio: *Servidumbre natural y libertad cristiana según los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII*, Buenos Aires 1944. CARRO, Venancio D. *La teología y los teólogos españoles ante la conquista de América*, Madrid 1944. HANKE, Lewis: *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Filadelfia 1949, trad. castellana, Buenos Aires 1949. HUNEEUS, Andrés: *Las polémicas de Indias en Chile durante el siglo XVI*, Santiago s/f (1956).

22. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en Africa y en Indias*, en: AHDE 27-28, Madrid 1957-58. Ahora en el mismo. *Orígenes*, nota 15. El mismo: *Las Indias en el reinado de Felipe II*, en sus *Estudios*, nota 11.

situadas al occidente de ella corresponderían a Castilla y las situadas al oriente, a Portugal, en cuya demarcación quedó comprendida la porción oriental del actual Brasil.

Fines de la expansión

Basados en la donación pontificia, los Reyes Católicos determinaron los fines oficiales de la expansión y la condición jurídica de los indígenas.

Sobre los fines se dispuso que el primer y principal objetivo de la expansión española en las Indias era la evangelización de los naturales de ella, encargada por el Papa a los Reyes de Castilla. A este objetivo se subordina o debe subordinarse todo: *salus animarum suprema lex esto*. Así lo dispuso en su testamento Isabel la Católica²³ y lo reiteran sucesivamente Felipe II en 1571²⁴ y Felipe IV en 1636 en las *Ordenanzas del Consejo de Indias*²⁵ y Carlos II en la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680:

«Según la obligación y cargo con que somos Señores de las Indias y Estados del Mar Océano, ninguna cosa deseamos más que la publicación y ampliación de la ley evangélica y la conversión de los indios a nuestra Santa Fe Católica»²⁶

Lo mismo repite en las instrucciones a los virreyes o en la *Ordenanza para nuevos descubrimientos y poblaciones* de 1573:

«El fin principal que nos mueve a hacer nuevos descubrimientos es la predicación y la dilatación de la Fe Católica y que los indios sean enseñados y vivan en paz y policía»²⁷.

23. Isabel de Castilla: *codicilo, Medina del Campo, 23 noviembre 1504*, en. Ministerio de Asuntos Exteriores, *Testamento y codicilo de Isabel la Católica*, Madrid 1956, p. 66.

24. *Ordenanzas* de 1571, nota 6, cap. 5.

25. *Ordenanzas* de 1636, nota 6, cap. 8.

26. *Recopilación*, nota 6, 2, 2, 8.

27. *Ordenanzas para nuevas poblaciones y descubrimientos*, 13 julio 1573, texto en ENCINAS 4, 232 ss. Sobre la finalidad misional de la expansión, que no excluye otras políticas económicas y demás. RICARD, Robert: *La conquête spirituelle du Mexique*, París 1933, trad. castellana, México 1977. SIERRA, Vicente D.: *El sentido misional de la conquista de América*, Madrid 1944. Ko-

En este texto se señala, además, el fin político de la expansión, esto es, la dilatación de la monarquía, que debe pacificar y civilizar a los vasallos indígenas y que está en segundo lugar entre los fines oficiales de la expansión.

Condición jurídica de los indios

Como fácilmente se advierte, todo lo anterior es el presupuesto para determinar la condición jurídica de los indígenas. No se les considera como esclavos, según se hacía entonces con los infieles. Tampoco se les expulsa o extermina de los territorios ocupados por los europeos, como hicieron en el siglo xvii los ingleses con los infelices aborígenes en Norteamérica. En lugar de eso se reconoce a los indígenas como vasallos libres de la corona. Es decir, se les iguala jurídicamente a los vasallos europeos de los reyes de Castilla. Por lo mismo, los caciques indígenas son equiparados a los nobles o hijosdalgos de Castilla. En consecuencia, salvo excepciones, el Derecho indiano no conoce la esclavitud de los indios²⁸.

Por otra parte, los reyes asumen el papel de protectores de estos vasallos suyos indígenas frente a sus otros vasallos europeos. Con objeto de cautelar sus derechos que ellos mismos, por su

NETZKE, Richard: *Estado y sociedad en las Indias*, en: EA 8 Sevilla 1951, SPECKER, Johannes: *Die Missionsmethode in Spanische Amerika in 16. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung der Konzilien und Synode*, Maguncia 1953. ARMAS MEDINA, Fernando de: *La cristianización del Perú (1532-1600)*, Sevilla 1953. YBOT, León Antonio: *La Iglesia y los eclesiásticos en la empresa de Indias*, 2 vol., Barcelona 1954 y 1963. BRAVO LIRA, nota 15. Últimamente, RAMOS, Demetrio (ed.): *Historia General de España y América*, hasta ahora 17 vol. aparecidos, Madrid 1982 adelante.

28. RC 30 octubre 1503 en KONETZKE, Richard: *Colección de Documentos para la Historia de la Formación social de Hispanoamérica 1493-1814*, 3 vol., Madrid 1953-62, *Ordenanzas reales para el buen tratamiento y regimiento de los indios*, Burgos, 27 enero 1512, en AEA 13, Sevilla 1956. Ver nota 21. Además, ZAVALA, Sílvio: *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires 1944. OLIVEROS, Marta: *La construcción jurídica del régimen tutelar del indio*, en: RI 18. 1967. CASTAÑEDA, Paulino: *La condición miserable del indio y sus privilegios*, en: AEA 28, 1971. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La condición jurídica del indio*, en RIVERA DORADO, Miguel (ed.): *Antología de España y América*, Madrid 1977, ahora en *Orígenes*, nota 15.

inferioridad cultural, no son capaces de hacer valer, se les asimila a las personas menesterosas o miserables del Derecho común —viudas, menores y demás—, que gozaban de una serie de privilegios en materia patrimonial, penal y procesal²⁹.

Tal es el punto de partida de una frondosa legislación protectora de los indígenas, sin parangón en la historia de la expansión ultramarina de Europa. Uno de los problemas que suscitó esta legislación fue el de conseguir su efectivo cumplimiento. Pero no puede decirse, por eso, que careciera de todo efecto práctico y quedara reducida a una simple declaración de principios. Aunque en general, las autoridades residentes en Indias podían suspender el cumplimiento de la ley injusta, es decir, obedecerla pero no cumplirla, se prohibió expresamente hacerlo respecto de las leyes que favorecían a los indígenas, cuya ejecución no podía suspenderse³⁰. Así pues, esta legislación protectora se aplicó en bastante medida y contribuyó a elevar la condición real del indígena³¹. El solo hecho de contener esta legislación protectora es una de las glorias del Derecho indiano³². A él se

29. Ver nota 21 y 28. Además, ZOLEZZI, Guido: *Historia del salario indígena en el período colonial*, Santiago 1941. ZAVALA, Silvio: *La evolución del régimen del trabajo en Ensayos*, nota 27. BAYLE, Constantino: *El protector de indios*, en AEA 2, Sevilla 1945. MEZA VILLALOBOS, Néstor: *Política indígena en los orígenes de la sociedad chilena*, Santiago 1951. ROMEU ARMAS, Antonio: *Código del trabajo del indígena americano*, Madrid 1953. LOHMAN VILLENA, Guillermo: *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid 1956. SILVA VARGAS, Fernando: *Tierras y pueblos de indios en el reino de Chile*, Santiago 1962. SALVAT MONGUILLOT, Manuel: *El trabajo en el Derecho indiano*, en WALKER LINARES, Francisco: *Homenaje a...* Santiago 1968. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *El trabajo en el período hispánico*, en RI, Buenos Aires 1968. JARA, Alvaro: *Los asientos de trabajo y la provisión de mano de obra para los no encomenderos en la ciudad de Santiago, 1586-1600*, Santiago 1969, ahora en el mismo, *Trabajo y salario indígena, siglo XVI*, Santiago 1987. MARILUZ URQUILJO, José María: *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*, Buenos Aires, nueva edición, Buenos Aires 1978.

30. GÓNGORA DEL CAMPO, Mario: *El Estado en el Derecho indiano. Época de fundación 1492-1570*, Santiago 1951, esp. p. 282 ss. y 238, 249 y 261 ss. GARCÍA-GALLO, nota 11. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La ley «se obedece pero no se cumple»*. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho indiano, en AHJE 4, Quito 1980.

31. Ultimamente, BRAVO LIRA, nota 15

32 Ver notas 15 y 21.

añade el de la incansable lucha de la Corona y de la Iglesia por asegurar el buen tratamiento de los indígenas.

Esta lucha está íntimamente relacionada con la finalidad misional, pues se pretende atraer a los aborígenes a la fe a través del contacto con los europeos. Con el mismo objeto se restringe el pase para ir a Indias a personas que no sean cristianos viejos, esto es, a los recién convertidos, y de buenas costumbres.

Los justos títulos

El problema del maltrato a los indígenas dio lugar a la polémica acerca de los justos títulos de los Reyes de Castilla sobre las Indias. La disputa estalló en 1511 en Santo Domingo, con la denuncia de los abusos que se cometían contra los indígenas hecha por el dominico Fray Antonio Montesinos.

Para estudiar la cuestión Fernando el Católico convocó una junta de teólogos y letrados en Burgos en 1512. En ella participaron el primer jurista de Castilla en esa época, doctor Juan López de Palacios Rubios (1447-1523) y el no menos destacado teólogo dominico Fray Matías de Paz. La junta confirmó la validez de la donación pontificia como título para la adquisición de las Indias y lo dispuesto por los Reyes Católicos sobre la libertad de los indígenas y su instrucción en cosas de la Fe. Además, fijó las condiciones bajo las cuales se les podía lícitamente mandar que trabajasen: siempre que ello fuera compatible con su adoctrinamiento en la fe y sus condiciones físicas, que tuvieran horas y tiempos de descanso, casa y hacienda propia y se les pagara un salario conveniente. En estos términos era lícito encomendar a los indígenas, esto es, confiar su cuidado a un europeo a cuyo servicio se les ponía ³³.

Las encomiendas

Larga fue la lucha que debió librar la corona para hacer realidad estos derechos. Por una parte, la cuestión de los justos títulos tomó un nuevo giro a partir de 1520, debido a la interven-

33. Ultimamente, AVILA MARTEL, Alamiro: *Labor de Palacios Rubios en la legislación de Castilla e Indias*, en *Historia* 21, Santiago 1986.

ción del dominico Fray Bartolomé Las Casas (1474-1566). Las Casas se basó en el Derecho natural, de origen divino, para impugnar los títulos fundados en el Derecho común, de origen humano, y condenar en bloque la acción española en el Nuevo Mundo³⁴.

Por otro lado, a medida que se hacían nuevos descubrimientos, aumentaba la perplejidad frente a la manera de ser y costumbres de los indígenas. Los aztecas en Norteamérica y los incas en Sudamérica eran muy diferentes de los pobladores de las Antillas primitivamente descubiertas. En todas partes se planteaba el mismo problema: cómo conciliar la libertad de los indígenas con la encomienda de ellos a los españoles para que trabajasen en sus casas, fincas o minas.

La solución surgió en América, de un magistrado, el presidente de la Audiencia de Nueva España, Sebastián Ramírez de Fuenleal († 1547) en 1532 y fue acogida y aplicada por la Corona a partir de 1536. Consistió en una transformación de la primitiva encomienda de trabajo en *encomienda de tributo*, es decir, el derecho otorgado al encomendero no fue, en adelante, el de hacer trabajar en su provecho a los encomendados, sino el percibir para sí el tributo que los indígenas encomendados debían al rey, en cuanto vasallos libres. De este modo se creyó haber resuelto varios problemas a la vez: el del respeto de la libertad y derechos de los indígenas, el del premio o recompensa a los descubridores y pobladores por sus servicios prestados al rey al traer a su señorío las nuevas tierras y, en fin, el de evitar que ellos se transformaran en señores semif feudales, con un poder directo sobre los indios que se interpondría entre esos indios y la Corona³⁵.

34. Ver notas 15 y 21. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Las Casas, jurista*, en Instituto de España, *Sesión de apertura del curso académico 1974-1975*, Madrid 1975.

35. Sobre la encomienda hay abundante bibliografía. Todavía es fundamental ZAVALA, Silvio: *La encomienda indiana*. Madrid 1935, hay nueva edición complementada, México 1973. KIRKPATRICK, F. A.: *La encomienda sin tierras*, en RCHHG 102, Santiago 1943. BELAÜNDE GUIMASSI, Manuel: *La encomienda en el Perú*, Lima 1945 ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *La reglamentación de las encomiendas en territorio argentino*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires 1946.

Francisco de Vitoria

Poco después, en 1539, llegó a su punto culminante la controversia sobre los justos títulos, en momentos en los que Carlos V pensó abandonar el Perú y mandó suspender nuevas expediciones debido a las opiniones de quienes sostenían que era legítima la retención o adquisición de esos territorios. Intervino, entonces, el dominico Fray Francisco de Vitoria (1486-1546), catedrático de Salamanca. Como Las Casas, se apoyó en el Derecho natural y rechazó uno a uno los títulos fundados en el Derecho común. Pero, a diferencia de su hermano de orden, propuso nuevos títulos fundados en el Derecho natural, además del de la sumisión voluntaria admitida por Las Casas. Estos títulos eran oponibles a todos los hombres fueran o no cristianos por ser de Derecho natural. Con ello Vitoria dio al *ius gentium*, Derecho internacional o de gentes, el carácter de Derecho natural o derivado del Derecho natural. Por eso se le ha llamado el padre del Derecho internacional³⁶.

La legislación no tardó en recoger estos criterios, como lo muestran, por ejemplo, las *Leyes Nuevas* de 1542 y la *Instrucción sobre descubrimientos* de 1544³⁷. Por las Leyes Nuevas se tomaron importantes medidas destinadas a hacer más efectiva la protección de los indígenas vasallos del rey de Castilla y se intentó incluso la abolición paulatina de las encomiendas. Esto último provocó tal resistencia entre los españoles del Perú, que se alzaron contra el rey, quien se vio obligado a desistirse de la medida. En consecuencia, en lugar de suprimirlas se las reglamentó mediante tasas y ordenanzas.

La instrucción de 1544 se refiere a las nuevas expediciones y, por consiguiente, al trato a los indígenas que todavía no se habían sometido al rey de Castilla. Se manda evitar en lo posible el uso de la fuerza contra ellos. Por eso no se habla ya de conquista, sino de pacificación. De este modo, se llega aquí también a una solución definitiva, reiterada posteriormente en las ordenanzas de descubrimientos de 1573, según la cual: «los descubrimientos no se den con título y nombre de conquistas, pues aviéndose de hacer

36. Ver nota 21.

37. Ver nota 6.

con tanta paz y caridad como deseamos, no queremos que el nombre de ocasión ni color para que se pueda hacer fuerza o agravio a los indios»³⁸.

Señorío sobre el territorio y la población

No obstante, la controversia sobre los justos títulos prosiguió y en ella terciaron juristas de la talla de Juan Ginés de Sepúlveda (1497-1574) y teólogos de tanto renombre como el dominico Domingo de Soto (1495-1560). Finalmente se llegó a una solución que conciliaba con cierto modo títulos de Derecho común con títulos de Derecho natural. Desde las ordenanzas de descubrimientos de 1556 se distingue entre la adquisición del señorío sobre los territorios y sobre sus habitantes. La donación pontificia se refiere al territorio y no a sus habitantes que son libres e independientes por Derecho natural. En consecuencia, el rey como dueño del territorio puede enviar a tomar posesión de él, pero en relación a los indígenas sólo le cabe concertar en pie de igualdad con ellos tratados de amistad o de alianza u obtener de ellos su sumisión voluntaria³⁹.

Estos principios se extienden también a los indígenas de los territorios ya incorporados a la corona de Castilla para consolidar los derechos de ésta sobre ellos, sea por un reconocimiento voluntario o por otros medios, como la compra de sus derechos hecha a los descendientes de los Incas en Perú. De esta manera se concluye por fundamentar oficialmente la adquisición de las Indias conjuntamente en títulos de Derecho común y de Derecho natural:

«Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos somos Señores de las Indias occidentales...»⁴⁰.

La ciudad indiana

El asentamiento europeo en América se hizo fundamentalmente bajo formas urbanas. La ciudad indiana es a la vez centro

38. *Ordenanzas*, nota 27, cap. 234.

39. GARCÍA-GALLO: *Las Indias en el reinado...*, nota 15.

40. *Recopilación*, nota 6, 3, 1, 1.

de la vida social, económica, cultural y religiosa y foco difusor de estas formas de vida europeas en el medio indígena circundante. La vida jurídica refleja esta primacía de la ciudad ⁴¹.

El establecimiento permanente de los europeos comienza con la fundación de ella. A lo cual sigue el reparto de tierras en propiedad y de indígenas en encomienda a los nuevos vecinos y la erección de parroquias, para la atención religiosa de los fieles y evangelización de los infieles.

El reparto de tierras se fundamenta en el Derecho común, según el cual corresponden al rey, como consecuencia de su señorío sobre el territorio, las tierras vacantes, es decir, sin dueño, que dentro de él hubiere. Así, pues, las mercedes de tierra sólo pueden hacerse en tierras vacantes, esto es, que no pertenezcan a los indígenas. Por eso, se otorgan con la cláusula *sin perjuicio*, o sea, sin perjuicio de los derechos de los indígenas ⁴².

Asimismo, tras la fundación de la ciudad se inician repartos de indígenas en encomienda a los más destacados nuevos vecinos.

41. La bibliografía sobre la ciudad indiana es inmensa. Unos dos mil títulos reúne SOLANO, Francisco de: *Proceso urbano iberoamericano desde sus orígenes más remotos hasta principios del siglo XIX*. Estudio bibliográfico, en el mismo, coordinador: *Estudios sobre la ciudad iberoamericana*, en RIN 1975. En materia institucional, DOMÍNGUEZ COMPANY, Francisco. *Estudio sobre las instituciones locales hispanoamericanas*, Caracas 1981, con abundante bibliografía; CHEVALIER, François: *Les municipalités indiennes*, en *Nouvelle Espagne 1520-1620*, en AHDE 15, Madrid 1945. PALM, Erwin, Walter: *Los orígenes del urbanismo imperial en América*, México 1951. HOUSTON, J. M.: *The foundation of colonial town in Hispanic America*, en BECKINSALE, R. P. y HOUSTON, J. M.: *Urbanization and its problems* (ed), Oxford 1968. SALVAT MONGUILLOT, Manuel: *Los representantes de la república*, en RCHHD 6, Santiago 1970. GÓNGORA, nota 15, pp 98 ss. LOHMAN VILLENA, Guillermo: *Los regidores del cabildo de Lima desde 1535 hasta 1635. Estudio de un grupo de dominio*, GUARDA, Gabriel: *Tres reflexiones en torno a la fundación de la ciudad indiana*, ibíd. El mismo: *Historia urbana del reino de Chile*, Santiago 1978. ACADEMIA CHILENA DE LA HISTORIA: *Fundación de ciudades en el reino de Chile*, Santiago 1986.

42. OTS Y CAPDEQUÍ, José María: *El régimen de la tierra en América española en el período colonial*. Ciudad de Trujillo 1946. CHEVALIER, François: *La formation des grandes domaines au Mexique*, París 1952. BORDE, Jean y GÓNGORA, Mario: *Evolución de la propiedad rural en el Valle del Puanque*, 2 vol., Santiago 1956. HUNEEUS, nota 21, SILVA VARGAS y MARILUZ, nota 29.

La ciudad comprende no sólo su traza o planta, sino también sus términos, es decir, el territorio circundante sujeto a su jurisdicción. Jurídicamente la ciudad es una comunidad o república formada por los vecinos y moradores de su planta y sus términos, a cuya cabeza está el Cabildo, Justicia y Regimiento. Como lo indica su nombre, tiene una triple función: como *cabeza* de la comunidad tiene su representación ante los poderes superiores: real y eclesiástico; como *justicia*, corresponde a sus alcaldes la jurisdicción civil y criminal dentro del radio urbano de la ciudad y como *regimiento*, corresponde a sus regidores atender todo lo relativo al bien público de la ciudad y sus habitantes ⁴³.

Finalmente, la ciudad es también la sede de una o más parroquias, cuyos curas tienen a su cargo el culto divino, la administración de los sacramentos y la instrucción religiosa de la feligresía. Para la evangelización de los indígenas y la atención espiritual de los convertidos se instituyen doctrinas ⁴⁴.

Los reinos indianos

Por encima de los núcleos locales o municipales, se constituyen las grandes unidades territoriales o políticas.

Políticamente las Indias fueron incorporadas a la Corona y no al reino de Castilla. Esto significa que no se las consideró como simple suelo, sin personalidad política propia, y, por tanto, susceptible de sometimiento a una potencia extranjera. Antes bien, se las consideró como otros reinos, similares a Castilla y a los demás europeos, dotados de los mismos atributos que ellos. Por esta razón se las calificó y organizó bajo la forma de Estado —o Estados— de las Indias y no de colonias, sometidas a una metrópoli, como posteriormente, lo hicieron otras potencias europeas en su expansión ultramarina, desde el siglo XVII hasta el XX ⁴⁵.

43. SALVAT Y DOMÍNGUEZ, nota 41.

44. LARRAIN EYZAGUIRRE, Iván: *La parroquia ante el derecho civil chileno o Estatuto jurídico de la parroquia*, Santiago 1956.

45. MANZANO, nota 15. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La unión política de los Reyes Católicos y la incorporación de las Indias. En torno a una polémica*, en *Revista de Estudios Políticos* 30, Madrid 1950, ahora en *Estudios*, nota 11.

Los reinos de Indias contaron con todos los elementos que entonces configuraban un Estado: territorio, población y naturaleza (es decir, nacionalidad), instituciones, gobierno y legislación propios. Así se dice, por ejemplo, en las ordenanzas para el Consejo de Indias de 1571: «siendo de una misma corona los *reinos* de Castilla y de las Indias, las leyes y manera del gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más conforme que ser pueda; los de nuestro consejo en las leyes y establecimientos que para aquellos *estados* ordenen procuren reducir la forma y manera del gobierno de ellos al estilo y manera en que son regidos y gobernados los *reinos* de Castilla y León, en cuanto hubiere lugar y se sufriere, por la diversidad y diferencia de las tierras y naciones»⁴⁶.

Conforme a este criterio el gobierno propio de los reinos de Indias se modeló según el del reino de Castilla. Al frente de él estuvo el rey con el Consejo de Indias que, al igual que el Consejo de Castilla, recibió los apelativos de *real* y *supremo*, para significar que asistía inmediatamente al monarca y que no tenía otro por encima de él⁴⁷.

Asimismo, se introdujeron y adaptaron a Indias las principales instituciones de gobierno de Castilla: gobernadores, audiencias reales, corregidores y demás. Con ellas penetró el Derecho común que, al igual que en la Europa de la época, sirvió de base en Indias para articular el gobierno en sus dos vertientes: eclesiástica y temporal. Así lo muestra, entre otras cosas, el papel fundamental

LEVENE, Ricardo: *Las Indias no eran colonias*, Buenos Aires 1951. DEUSTUA PIMENTEL, Carlos: *Concepto y término «colonia» en los testimonios documentales del siglo XVIII*, en *Mercurio peruano* 330, Lima 1954. Ultimamente, CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo: *América Hispánica (1492-1898)*, Madrid 1983. BRAVO LIRA, Bernardino, nota 15. El mismo: *El concepto de Estado en las leyes de Indias durante los siglos XVI y XVII*, en RCHHD 11, 1985. El mismo: *La noción de Estado de las Indias en la Recopilación de 1680*, en ICAZA DUFOUR, Francisco (coordinador): *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Estudios histórico jurídicos*, 4 vol., México 1987, 4.

46. *Ordenanzas del Consejo de Indias* de 1571, 14, de 1636, 13, nota 6. Recopilación 2,2, 13.

47. SCHAFER, Ernst: *El consejo real y supremo de las Indias*, 2 vol., Sevilla 1935 y 1947. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *El Consejo y los secretarios en el gobierno de las Indias en los siglos XVI y XVII*, en RCHHD 11, 1985, ahora en *Orígenes*, nota 15.

que juega una institución como el oficio en el Derecho indiano, tanto en materia canónica como temporal⁴⁸.

El gobierno de las Indias

El gobierno de las Indias comienza a cobrar forma en las Capitulaciones de Santa Fe, de 1492, que concedieron a Colón los cargos de Almirante, Virrey y Gobernador General y puede estimarse completo en 1571 cuando se promulgan las nuevas ordenanzas del Consejo de Indias, elaborados por Juan de Ovando. El avance en esta materia, más que en otras, es gradual y diferenciado. Se prueba primero una solución, luego otras hasta encontrar una satisfactoria⁴⁹.

De esta suerte se llega a dotar a las Indias de un gobierno propio, separado del de los otros reinos de la monarquía. Al igual que el de ellos, depende directamente del rey, asistido por un cuerpo permanente, supremo y especializado, análogo al que existe para Castilla, para Aragón y los otros reinos. Tal es el ya mencionado Real y Supremo Consejo de Indias, establecido en 1524. Su competencia es universal, tanto en cuanto al territorio —abarca todas las Indias— como en cuanto a la materia —gobernación espiritual y gobernación temporal en sus cuatro ramos. En consecuencia, tanto los nombramientos como la legislación y en general todo lo referente a Indias se estudió por el Consejo⁵⁰.

Gobernación espiritual y temporal

La gobernación espiritual abarca toda la intervención que corresponde al rey en materia eclesiástica. Primero por la bula de donación de 1493 se encarga a los Reyes de Castilla la evangelización de los indígenas y luego se les otorga en 1508, el patronato

48. BRAVO LIRA, Bernardino: *Oficio y oficina, dos etapas en la historia del Estado indiano*, en RCHHD 198. Ahora en su *Derecho Común*, nota 10

49. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Los orígenes de la administración territorial de las Indias. El gobierno de Colón*, en AHDE, 1944, ahora en *Estudios*, nota 11. PIETSCHMANN, Horst: *Staat und staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas*, Münster 1980. BRAVO LIRA, Bernardino: *Monarquía y Estado en Chile*, en BACH 96, 1985. El mismo: *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago 1986.

50 Ver 47.

universal sobre la Iglesia de Indias. Este último incluye, entre otras cosas, el derecho de presentación de candidatos idóneos para las dignidades eclesiásticas del Nuevo Mundo, que en consecuencia sólo podían ser conferidas a personas presentadas por el rey. Surge así un Derecho eclesiástico indiano con instituciones propias en materias tales como evangelización de los indígenas o el Real Patronato⁵¹.

La gobernación temporal comprende cuatro ramos principales: gobierno, justicia, guerra y hacienda.

Sobre esta base se deslinda la competencia de las distintas instituciones de gobierno radicadas en América y Filipinas. A diferencia del Consejo de Indias, su radio de acción es especializado, tanto por lo que se refiere a la materia como al territorio. Se establece así una cuádruple división de competencias. Políticamente el territorio se divide en gobernaciones, a cargo de un gobernador; judicialmente, en distritos a cargo de una Real Audiencia; militarmente, se instituyen capitanías generales, a cargo de un capitán general y para efectos de hacienda, se erigen en distintos puntos Cajas Reales, con un área jurisdiccional propia, a cargo de oficiales reales de hacienda.

Sin perjuicio de lo anterior se establecen dos virreyes, uno en México y otro en Perú con una competencia amplísima en cuanto al territorio y a la materia, pues comprenden gobernación espiritual y temporal. Estos magistrados tienen generalmente potestad de legislar: el virrey y los gobernadores mediante bandos y la audiencia, mediante autos acordados⁵².

51. La literatura de la época y la bibliografía sobre la Iglesia en Indias y el Real Patronato son inmensas. Ver nota 26. AYALA DELGADO, Francisco Javier: *Iglesia y Estado en las leyes de Indias*, en *Estudios Americanos* 6, Sevilla 1950. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: *Las regalías mayestáticas en el Derecho canónico indiano*, en *AEA* 6, 1950. GUTIÉRREZ ARCE, Manuel: *Regio Patronato indiano*, en *AEA* 11, 1954. EGAÑA, Antonio de: *La teoría del regio vicariato español en Indias*, en *Analecta Gregoriana* 95, Roma 1958. El mismo: *El regio patronato hispano-indiano, su funcionamiento en el siglo XVI*, en *Estudios de Deusto* 6, Bilbao 1958. LETURIA, Pedro S. J.: *Relaciones de la Santa Sede e Hispanoamérica 1493-1835*, vol. 1 *Epoca del Real Patronato 1493-1800*, Roma 1959. HERA, Alberto de la: *El regio vicariato de Indias en las bulas de 1943*, en *AHDE* 29, 1959. El mismo: *El regalismo borbónico en su proyección indiana*, Madrid 1963

52 GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La constitución política de las Indias españolas*.

Costumbre indiana

Buena parte de las instituciones indianas se implantan y desarrollan por la vía consuetudinaria, lo cual no excluye la intervención de la legislación en múltiples aspectos para regular, por ejemplo, la fundación de ciudades, la concesión de mercedes de tierra, el reparto de encomiendas y sobre todo la evangelización y buen trato de los indígenas y el buen gobierno.

Conforme al Derecho común se distinguen en el Derecho indiano tres tipos de costumbre según su relación con la legislación. La primera es la costumbre *secundum legem* —conforme a la ley— a la cual pertenecen por ejemplo, las formalidades para tomar posesión de la tierra concedida en una merced. La segunda es la costumbre *praeter legem* —fuera de la ley— que la complementa, como son todas las que se refieren al cabildo, su competencia, sus actas, sus acuerdos. La tercera es la costumbre *contra legem* —contraria a la ley— que prima sobre ella siempre que sea positiva —es decir, consista en actos y no en el simple incumplimiento de la ley—; posterior a la ley y tenga cierta duración que varía según se trate de leyes civiles o canónicas⁵³.

en Ministerio de Asuntos Exteriores, *Conferencias Curso 1945-1946*, Madrid 1946. El mismo: *Los principios rectores de la organización territorial de las Indias*, en AHDE 40, 1970. Ahora ambos en El mismo: *Estudios*, nota 11. El mismo: *Las Audiencias de Indias: su origen y caracteres*, en Academia Nacional de la Historia, *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Caracas 1975, ahora en El mismo: *Orígenes*, nota 15. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *El sistema político indiano*, en RI 6, 1946. El mismo: *La condición jurídica de las Indias*, en *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, ut supra SÁNCHEZ BELLA, Ismael: *Las Audiencias y el gobierno de las Indias siglos XVI y XVII*, en REHJ 2, 1977. GÓNGORA, nota 29. SCHAFER y GARCÍA-GALLO, nota 47, PIETSCHMANN y BRAVO LIRA, nota 49.

53. Ver nota 17. Además, ALTAMIRA, Rafael: *Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la Historia del Derecho Indiana. La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 31-40, México 1946-48. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La costumbre como fuente del Derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán*, en CINDI 3, Madrid 1973. El mismo: *La costumbre en el Derecho indiano del siglo XVIII. La doctrina jurídica y la práctica rioplatense a través de los cabildos*, ibid. 4, México 1976. DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, en RCHHD 7, 1978.

Legislación indiana

Uno de los obstáculos para su aplicación es su frondosidad y dispersión. Para remediar esta situación se intenta compilar las diversas leyes. Así lo hizo en 1548 el virrey Antonio de Mendoza en México con las ordenanzas y leyes de la Audiencia⁵⁴, lo que luego, cuando pasó al Perú como virrey reprodujo allí en 1552⁵⁵. Por su parte, el fiscal de la Audiencia de México, Vasco de Puga, reunió en un cedulaario publicado en 1563, la legislación real recibida por la Audiencia desde 1525 hasta 1562⁵⁶.

En España hubo un proyecto más ambicioso. El visitador y luego Presidente del Consejo de Indias Juan de Ovando (15?-1575) se propuso formar un código con todas las disposiciones reales dictadas para Indias. No llegó a completar la obra, pero algunas partes del proyecto se promulgaron separadamente como ordenanzas. Entre ellas están la del Consejo de Indias de 1571 y la de descubrimientos y poblaciones de 1573, que hemos citado más arriba. Estas ordenanzas marcan el fin de la etapa fundacional del Derecho indiano y el comienzo de una nueva fase de consolidación⁵⁷.

54. *Ordenanzas y compilación de leyes, hechas por el muy ilustre señor don Antonio de Mendoza* México 1548 ed. facsimilar, Madrid 1945. MALACÓN, Javier: *Las ordenanzas y compilación de leyes del virrey Mendoza para la Audiencia de Nueva España*, en RHA 37-38, 1954.

55. *Ordenanzas y compilación* , en CDIAO 8, 55 ss.

56. *Provisiones, cédulas, instrucciones de Su Majestad...*, México 1563, ed. factsímil con presentación de ZAVALA, Silvio, México 1985.

57 JIMÉNEZ DE LA ESPADA, Marcos: *El Código ovandino*, Madrid 1891; MAURTUÁ, Víctor: *Antecedentes de la Recopilación de Indias*, Madrid 1906, 19 a 181 SCHAFER, nota 51, 1, 129 ss. DE LA PEÑA CÁMARA, José: *Nuevos datos sobre la visita de Juan de Ovando al Consejo de Indias 1567-1568*, en AHDE 12, 1935. El mismo: *La copulata de leyes de Indias y las ordenanzas ovandinas*, en «Revista de Indias» 6, Madrid 1941. El mismo: *Las redacciones del libro de la gobernación espiritual y la Junta de Indias de 1568*, íbid. 5, Madrid 1941. MANZANO MANZANO, Juan: *Historia de las recopilaciones de Indias*, 2 vol., Madrid 1950 y 1956. GARCÍA-GALLO: *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en «Atlántida» 2, Madrid 1964, ahora en sus *Estudios*, nota 15. MARTIRÉ, Eduardo: *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de Indias*, en «Historia del Derecho» 1, Guayaquil 1982. SÁNCHEZ BELLA, Ismael: *Dos estudios sobre el Código de Ovando*, Pamplona 1987.

El Derecho castellano en Indias

Al asentamiento europeo en América sigue el rodaje ordinario de la vida jurídica: la celebración de negocios jurídicos de todo género, civiles, comerciales o mineros; la sucesión por causa de muerte; las guardas de los menores e incapaces; la comisión de delitos y sus penas; así como los procedimientos ante la judicatura civil o criminal. Todo esto se rige casi exclusivamente por el Derecho castellano, más o menos adaptado a América en algunos casos, por la costumbre o la ley indiana y complementado por el Derecho común.

El Derecho real de Castilla en Indias

La legislación castellana aplicada en Indias y, por tanto, incorporada al derecho indiano está compuesta principalmente por tres grandes cuerpos jurídicos, cuya prelación se fija en las *Leyes de Toro*. En primer lugar están las propias *Leyes de Toro*, de 1505, que son obra del destacado jurista, Juan López de Palacios Rubios y tratan de materias tales como matrimonio, filiación y sucesión por causa de muerte⁵⁸. En segundo lugar, a falta de los anteriores, se recurre al *Ordenamiento de Alcalá* de 1348, también un conjunto de leyes sobre materias diversas: procesales, penales, contractuales y sucesorias. Finalmente, a falta de las anteriores, se recurre a las *Siete Partidas*, obra de Alfonso X, cuya elaboración terminó sólo en el siglo XIV. Son una especie de suma jurídica, que comprende todo el Derecho de la época; desde el eclesiástico y político hasta el de contratos y obligaciones, guardas y sucesiones, procesal civil, penal y procesal penal. La edición oficial más calificada de las *Partidas* data de 1555 y es obra de otro gran jurista, que fue además, consejero de Indias, Gregorio López (1496-1560). López añadió al texto una glosa o comentario que adquirió gran autoridad. Debido al contenido parcial del resto de la legislación, que sólo trata de materias muy determinadas las *Partidas*, como cuerpo general de Derecho, fueron en la práctica el de más ordinaria aplicación tanto en Castilla como en Indias⁵⁹.

58. Ver nota 33.

59. BRAVO LIRA, nota 17

La legislación real de Castilla se recopiló por primera vez en las *Ordenanzas Reales de Castilla* de 1484 y por segunda vez en la *Nueva Recopilación* de 1567. En ella se incluyen naturalmente las *Leyes de Toro* y se modifica el orden de prelación para anteponer a ellas la propia Recopilación.

Junto con esta legislación se introduce también en América la literatura jurídica castellana. Esta llega a su apogeo en el siglo XVI. Se exponen y comentan las leyes de Castilla, a menudo en relación al Derecho común. Entre los juristas más usualmente consultados y seguidos en América están el ya mencionado Palacios Rubios, autor de un comentario a las *Leyes de Toro* y de un tratado sobre el real patronato; Antonio Gómez, autor de *Variae resolutiones iuris communi et regii* (Salamanca 1552)⁶⁰ y *Ad Leges Taurii commentarium absolutissimum* (Salamanca 1555)⁶¹ reimpresso en Madrid en 1794 y Diego de Covarrubias (1512-77), llamado el Bártolo español, autor de *Variae Resolutiones* (1555)⁶².

Literatura jurídica

En esta etapa se añade a la literatura jurídica castellana otra indiana, todavía incipiente, representada sobre todo por los escritos de los teólogos y juristas que intervinieron en la polémica de Indias. Además, se elaboran los primeros tratados, como el del oidor y presidente de la Audiencia de Charcas Juan Matienzo (1510?-1579) sobre el *Gobierno del Perú*, compuesto por 1567⁶³

Especial atención recibió la ética y el derecho de contratos. El dominico Tomás de Mercado (15?-1576), catedrático de la Universidad de México, publicó en Sevilla en 1569, una *Suma de tratos y contratos* que comprende cuatro libros: sobre mercaderes, compañías y contratos; sobre cambios; sobre usuras y sobre restitu-

60. GOMEZII, Antonius: *Variae resolutiones iuris communi et regii*, Salamanca 1552.

61. El mismo, GOMEZII, Antonius: *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, Salamanca 1555, reimpresso, Madrid 1794.

62. COVARRUBIAS a LEYVA, Didacus: *Opera omnia. Practicae quaestiones, variae resolutiones*, 2 vol., Venecia 1597.

63. MATIENZO, Juan: *Gobierno del Perú*, ed. LOHMANN VILLENA, Guillermo. París-Lima 1967, con *Estudio preliminar*.

ción⁶⁴. En su segunda edición, impresa asimismo en Sevilla, en 1571, esta obra jurídica y moral sobre el comercio fue completada con un quinto libro dedicado a la ley moral como fundamento de las obligaciones. De ello se ocupa también Bartolomé de Albornoz (152?-157?), que fuera el primer catedrático de institutas en la Universidad de México, en su *Arte de contratos*, publicado en Valencia en 1573⁶⁵.

Varios autores investigan las costumbres indígenas para poder aplicarlas, como lo hizo en el Perú el oidor de la Audiencia de Lima, Hernando de Santillán (c1519-75) con las de los incas en su *Relación del origen, descendencia, política y gobierno de los Incas*⁶⁶ y en México con las de Nueva España Alonso de Zorita (1512-c1585), por veinte años sucesivamente oidor de la Audiencia de Santo Domingo, de Guatemala y de México, en su *Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España*⁶⁷. Por su parte Juan Polo de Ondegardo, colaborador del Virrey Toledo en el Perú, escribe una *Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros*⁶⁸.

Los estudios de Derecho

En cuanto al estudio científico del derecho, se inicia en las Universidades de México y Lima fundadas en 1551. La de México contó con cátedras de Cánones, Decretos, Leyes e Institutas y la

64. MERCADO, Tomás de: *Suma de tratos y contratos*, Sevilla 1569. Ediciones posteriores, Sevilla 1571 y 1587.

65. ALBORNOZ, Bartolomé: *Arte de los contratos*, Valencia 1573. SOTO KLOSS, Eduardo: *El Arte de los contratos de Bartolomé de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI*, en RCHHD 11, 1985.

66. SANTILLÁN, Hernando: *Relación del origen, descendencia, política y gobierno de los Incas*, en JIMÉNEZ DE LA ESPADA, Marcos: *Tres relaciones de antigüedades peruanas*, Madrid 1879.

67. ZORITA, Alonso: *Breve y sumaria relación* ., ed. GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín: *Nueva colección de documentos para la Historia de México* 3, México 1891, también en CDIAO 2, y ed. RAMÍREZ CABAÑAS, J., México 1942. GARCÍA-GALLO: *La ciencia jurídica*, nota 15.

68. POLO DE ONDEGARDO, Juan: *Relación* , en CDIAO 18, sin indicación de autor GARCÍA-GALLO: *La ciencia jurídica*, nota 15.

de Lima de Leyes, Institutas, y Prima y Víspera de Cánones. Es decir, en ambas sólo se estudió el Derecho común⁶⁹.

En resumen, en el período 1492-1571 concurren a la formación del Derecho indiano diversos factores.

En primer lugar, tenemos la costumbre indiana que en muchos casos se superpone a la legislación específica para Indias o a la legislación castellana.

Enseguida tenemos la ley indiana, esto es, dictada para Indias, ya sea por autoridades residentes en la propia América, como gobernadores u obispos, ya sea por autoridades que residen en España, como son el rey y su Real y Supremo Consejo de Indias.

A su vez, esta legislación indiana es elaborada en las materias más arduas a la luz de dictámenes jurídicos y teológicos de los más eminentes autores de la época. Así sucede, como hemos visto, en todo lo que toca al tratamiento de los indígenas: su condición de vasallos de la Corona y la consiguiente libertad, así como el régimen protector como personas menesterosas, sin olvidar la encomienda reformada, cuya concepción surgió, como vimos en México.

Con todo, la regla general es la aplicación del Derecho castellano siempre que no haya costumbre ni legislación indiana.

Más allá del Derecho castellano como marco de referencia fundamental dentro del cual se elabora el Derecho indiano, está el Derecho común. Su presencia es muy acusada, no sólo en la literatura jurídica, en la legislación, sino muy principalmente a través del arbitrio judicial. Los jueces interpretan y aplican las leyes según la doctrina de los juristas.

69. Ver nota 10, EGUIGUREN, Luis Antonio: *La Universidad Mayor de San Marcos*, Lima 1951. CARREÑO, Ana María: *La real y pontificia universidad de México*, México 1961. RODRÍGUEZ CRUZ, Agueda María, O. P.: *Historia de las universidades hispanoamericanas*, 2 vol., Bogotá 1973.

II

APOGEO DEL DERECHO Y DE LA LITERATURA JURIDICA INDIANOS 1571-1750

FLORECER DEL DERECHO COMUN EN EL NUEVO MUNDO

Es una etapa de consolidación del Derecho indiano. Más que surgimiento de nuevas instituciones, hay una estabilización de las existentes. A la variedad e incertidumbre propia de los primeros tiempos sucede un decantamiento que permite fijar y, a veces, generalizar determinadas soluciones. Así se elaboran las grandes obras doctrinales y legislativas de la época.

El cultivo científico del Derecho se amplía gradualmente hasta abarcar casi la totalidad de la vida jurídica. Como la base de estos estudios jurídicos es el Derecho romano y canónico, enseñado en las universidades, se reafirma la proyección del Derecho común sobre el Derecho indiano.

En suma, este período se caracteriza por la madurez de las instituciones jurídicas y la riqueza de la literatura jurídica.

Estos rasgos se advierten ya desde fines del siglo XVI. En el Perú, el virrey Francisco de Toledo (1569-1581) realiza una gran obra de gobierno. Fruto de ella son las *Ordenanzas del Perú* sobre indios, minería, trabajo de los indígenas, gobierno de las ciudades indianas e indígenas. Recopiladas por el virrey Marqués de Montesclaros en 1610, fueron impresas junto con las de otros virreyes, por Tomás de Ballesteros en sus *Ordenanzas del Perú*, publicadas en Lima 1685. Esta obra fue reeditada con adiciones en 1752⁷⁰.

En México, fray Juan Focher, franciscano, catedrático de Decreto de la Universidad, elabora un manual para misioneros *Itinerarium catholicorum*, publicado en Sevilla en 1574 en el que

70. *Primer tomo de las ordenanzas e instrucciones que el Excmo. Sr. D. Francisco de Toledo, virrey, lugarteniente y capitán general de los Reinos del Perú dio y hizo para su buen gobierno, el tiempo que lo estuvo a su cargo*, Lima 1610, hay otra edición, Lima 1794. BALLESTEROS, Tomás: *Tomo primero de las ordenanzas del Perú*, Lima 1685, nueva edición, Lima 1752.

trata del patronato⁷¹. Sobre el mismo tema escribe en Lima otro franciscano, Miguel de Agía, su tratado *De exhibendis auxiliis*, publicado en Madrid en 1600⁷².

En España el capitán Bernardo Vargas Machuca, después de haber luchado en Italia y en el Nuevo Mundo, publica *Milicia y descripción de las Indias*, impresa en Madrid 1599⁷³, en la que se ocupa de la vida militar.

Por su parte, el Consejo de Indias encarga a Diego de Encinas, simple oficial de la escribanía, la compilación de las leyes despachadas para las Indias, que por su abundancia y dispersión resultaban inaccesibles. Encinas las reúne y ordena por materias en un cedulario impreso para uso del Consejo en cuatro tomos en Madrid el año 1596: *Libro primero de Provisiones, Cédulas...*⁷⁴.

Hevia Bolaños

Pero la gran época de la literatura jurídica indiana se abre con la obra de Juan Hevia Bolaños, *Curia Philippica*, publicada en Lima en 1603⁷⁵. Se trata de un libro de derecho procesal que alcanzó una asombrosa difusión en América española y en España durante más de dos siglos y medio, desde principios del siglo XVII hasta la codificación en el siglo XIX. Se lo usa no sólo por estudiantes sino también por jueces y abogados. En el siglo XVII se hicieron catorce ediciones de la *Curia*, en el siglo XVIII otras quin-

71. FOCHER, Juan: *Itinerarium*, Sevilla 1574, ed. EGUILUZ, Antonio, con versión castellana, Madrid 1960.

72. AGIA, Miguel de OFM: *De exhibendis auxiliis, sive de invocatione utriusque brachi, tractatus*, Madrid 1600.

73. VARGAS MACHUCA, Bernardo: *Milicia y descripción de las Indias*, Madrid 1599, hay otra ed., Madrid 1892.

74. ENCINAS, Diego de: *Libro primero de Provisiones*, 4 vol., Madrid 1596, ed. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *Cedulario indiano*, 4 vol., Madrid 1945-46. GARCÍA-GALLO Alfonso: *El cedulario de Encinas en sus Orígenes* nota 15 pp. 131 ss.

75. HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philippica*, Lima 1603. LOHMANN VILLENA, Guillermo: *En torno a Juan de Hevia Bolaños, la incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros*, en AHDE 31, Madrid 1961. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, en prólogo a reimpresión de *Curia Philippica Mexicana* (México 1850, 2.ª ed., México 1858), México 1978, quien atribuye esta versión de la obra de Hevia Bolaños a Juan N. Rodríguez de San Miguel.

ce y en el siglo XIX al menos tres. En 1807 al establecerse la cátedra de práctica en las universidades españolas, se recomienda como texto la *Curia*⁷⁶.

Hevia Bolaños es, además, autor de otra obra no menos célebre y difundida: el *Labyrintho del comercio terrestre y naval*, dedicado, como lo indica su título, al derecho mercantil que apareció en Lima en 1617. Desde su sexta edición en 1644 hasta comienzos del siglo XIX se publicó conjuntamente con la *Curia Philipica*, como una segunda parte, no menos de veinticinco veces⁷⁷.

Solórzano Pereira

El estudio científico del Derecho indiano culmina con Juan de Solórzano Pereira (1575-1655). Solórzano cursó en la Universidad de Salamanca ambos Derechos, es decir, Derecho romano y Derecho canónico. Luego fue catedrático en esa universidad. A los treinta y cuatro años vino a América como oidor de la Audiencia de Lima con el encargo de procurar la efectiva aplicación de las reales cédulas de 24 de noviembre de 1601 y 26 de mayo de 1609, sobre abolición de los repartimientos de indígenas y de preparar una recopilación de las leyes de Indias. Después de casi veinte años en el Perú, fue nombrado fiscal del Consejo de Hacienda y volvió a España. Designado en 1629 miembro del Consejo de Indias, pasó en 1633 a ser su fiscal, oficio que desempeñó por más de veinte años hasta su jubilación en 1654. Murió en 1655⁷⁸.

Solórzano fue uno de los mayores juristas de su época y, sin disputa, el primero entre los indianos. A pesar de haber tantos y tan distinguidos autores que se ocuparon del Derecho indiano, ninguno trató los temas fundamentales con más profundidad y versación que Solórzano. A ello le ayudó su formación jurídica en el Derecho común como estudiante y catedrático de Salamanca, su

76. ALVAREZ DE MORALES, Antonio: *La «Ilustración y la reforma de la universidad en la España del siglo XVIII»*, Madrid 1971, p. 195.

77. HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Labyrintho del comercio terrestre y naval*, Lima 1617. Ver LOHMANN, nota 75.

78. LEVENE Ricardo: *Historia del Derecho argentino* 11 vols. Buenos Aires, 1945-58, I., 243 ss.

vasta experiencia en los asuntos indianos, primero durante casi veinte años en la Audiencia de Lima y luego, durante dieciséis en el Consejo de Indias y su asombroso conocimiento de los juristas, teólogos y demás autores que escribieron sobre las Indias

De indiarum iure

Al año siguiente de su retorno a España, publicó en Madrid el primer tomo de su monumental tratado *De indiarum iure*. Diez años después, en 1639, publicó el segundo y último⁷⁹ y en 1647 una versión refundida y más elaborada en lengua castellana que tituló *Política Indiana*⁸⁰.

De indiarum iure abarca los principales temas del Derecho indiano. El primero tomo tiene por objeto *de iusta Indiarum occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione*, es decir, el justo descubrimiento, adquisición y retención de las Indias. Está dividido en tres libros dedicados a cada una de estas materias. En el segundo, sobre la adquisición de las Indias se ocupa de los justos títulos, no como una cuestión abierta sino zanjada. De ahí que concluya fundamentando la retención de las Indias en una serie de títulos de Derecho común y de Derecho natural que culmina en la donación pontificia como primero y principal. Esta misma solución será la que acoja la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680, en cuya preparación y revisión tuvo parte muy destacada el propio Solórzano.

El segundo tomo de *De indiarum iure* versa sobre *de iusta Indiarum occidentalium gubernatione*, es decir, sobre el gobierno de las Indias. Pero, aquí esta palabra está tomada en sentido lato que comprende, además de la gobernación espiritual y temporal, todo lo referente a los indígenas.

79. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan: *Disputationem de indiarum iure: sive de iusta Indiarum occidentalium inquisitione, acquisitione et retentione*, Madrid 1629 y *De Indiarum iure: sive de iusta Indiarum occidentalium gubernatione*, Madrid 1639.

80. Ver nota 4. Hay reimpresiones modernas. OTS y CAPDEQUÍ, José María, 5 vol., Madrid 1930 y la misma en *Biblioteca de Autores españoles*, vol 252-256, Madrid 1972.

Política indiana

La *Política indiana* es una obra más madura y actualizada pero sobre el mismo tema. Está dividida en seis libros. El primero corresponde al tomo primero de *De indiarum iure*. Los otros cinco, a los libros en que se subdivide el tomo segundo de la citada obra. Fue reeditada con breves notas sobre la legislación posterior por Francisco Ramiro de Valenzuela en 1736 y reimpressa en Madrid en 1803⁸¹.

Es digna de atención la descripción que hace Solórzano de la política legislativa del Consejo de Indias, al que, como sabemos, él mismo pertenecía. Dice que el Consejo:

«ha procurado gobernar y contener las provincias de ellas (las Indias) en Leyes y ordenanzas no solo justas sino ajustadas y convenientes a lo que el gobierno, temple, disposición y necesidad de cada una de ellas le ha parecido convenir, dejando en lo demás en su fuerza y vigor las comunes y generales que están dadas y promulgadas para los reinos de Castilla y León»⁸²

Aquí se ve cómo se conjugan las leyes especiales para Indias, con su diversidad y adaptación a las distintas situaciones existentes allí, con las leyes comunes y generales de Castilla vigentes también en Indias.

El propio Solórzano trata en sus obras prácticamente de todas las materias que en su época comprendía el Derecho indiano, con excepción de las que se regían por el Derecho de Castilla que, como sabemos, son amplísimas, pues entre ellas se comprenden: matrimonio, familia, negocios jurídicos, sucesión por causa de muerte, delitos y penas, procedimientos judiciales. Estas materias son estudiadas tanto por autores indianos, entre los que se cuenta Hevia Bolaños, por ejemplo, como por autores españoles, entre los que figuran un Gregorio López o un Antonio Gómez.

Comentarios a las Leyes de Castilla.

En relación a este último, Diego Gómez Cornejo, oidor de la Audiencia de Guatemala, luego de la de México y finalmente cate-

81. SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de: *Política indiana*, Madrid 1736, editada por Valenzuela, Francisco Ramiro de , otra ed., Madrid 1803.

82. *Op. cit.*, nota 1, V, 16, II.

drático de la Universidad de Osuna, publicó en 1598 en Salamanca unas *Adiciones a los comentarios del doctísimo Antonio Gómez*⁸³. Por su parte, el fiscal de la Audiencia de Buenos Aires y luego oidor de la de Guatemala, Diego Ibáñez de Faria, publicó en 1659-60 en Madrid unas *Additiones a las Variarum Resolutionum* de Diego de Covarrubias, que fueron reimpresas en Madrid en 1660, luego en Lyon en 1676 y 1687 y en Ginebra, en 1762⁸⁴.

A los autores anteriores deben agregarse los comentadores de la *Nueva Recopilación de Leyes de Castilla*, de los cuales los de mayor autoridad en España y en Indias son Juan Matienzo, el autor de *Gobierno del Perú*, que posteriormente, en 1580 publicó en Madrid sus *Commentaria in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae*, referentes a matrimonio, sucesión y contratos, reimpre-sos en 1594, 1597 y 1611⁸⁵; Alfonso de Acevedo (1518-98), autor de *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constituciones*, aparecido en Salamanca desde 1583 hasta 1598⁸⁶ y Juan Gutiérrez (1535-1618), cuyo comentario se publicó desde 1588 hasta 1610⁸⁷.

También es muy consultada en Indias la *Política para corregidores y señores de vasallos*, de Jerónimo Castillo de Bobadilla publicada en Madrid en 1597⁸⁸.

83. GÓMEZ CORNEJO, Diego: *Adiciones a los comentarios del doctísimo Antonio Gómez*, Salamanca 1598. GARCÍA-GALLO: *La ciencia*, nota 15, p. 196, nota 130.

84. IBÁÑEZ DE FARIA, Diego: *Additiones, enuncleationes et notae ad librum primum variarum resolutionum II. ac Rv. D.D. Didaci Covarrubias a Leiva*, Madrid 1659-60, otras ed. Lyon 1688, Ginebra 1728. GARCÍA-GALLO: *La ciencia*, nota 15, p. 196, nota 130. LEVAGGI, Abelardo: *Escritos de Diego Ibáñez de Faria como fiscal de la primera audtencia de Buenos Aires*, en RI 26, Buenos Aires 1980-1981.

85. MATIENZO, Juan: *Commentaria in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae*, Madrid 1580. Reimpresos en 1594, 1597 y 1611.

86. ACEVEDO, Alfonso de: *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constituciones*, 6 vol. Salamanca 1583-1598. COING nota 9, 2 p. 306.

87. GUTIÉRREZ, Juan: *Practicarum quaestionum civilium, libros 1 y 2*, Salamanca 1589, reeditados Madrid 1593. La obra completa comprende nueve libros. El tercero apareció en Madrid en 1593 y fue reeditado junto con la publicación de los libros cuarto y quinto en Francfort en 1607. Los libros quinto a séptimo se publicaron en Madrid en 1612 y en Francfort en 1615. El mismo: *Opera Omnia*, Francfort 1629-69, Lyon 1647-70 y 1730 y Ginebra 1730-31.

88. CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo: *Política para corregidores y señores*

León Pinelo

Contemporánea de Solórzano es otra de las figuras cumbres del Derecho indiano, Antonio de León Pinelo (1592?-1660). Estudió ambos Derechos en la Universidad de Lima, donde tuvo por discípulo y amigo a Gaspar de Escalona y Agüero, que habría de destacarse también como jurista eminente. En Lima fue catedrático y comenzó a trabajar en un proyecto de recopilación de las leyes de Indias. Luego, pasó a España, donde continuó hasta su muerte en esta empresa⁸⁹. En 1630 publicó en Madrid su *Tratado de las confirmaciones reales*, relativos a los oficios públicos vendibles y la encomienda en Indias⁹⁰.

Escalona y Agüero

Gaspar de Escalona y Agüero (c1590-1659) nació en La Plata, hoy Sucre, Bolivia. Estudió derecho en Lima y desempeñó varios cargos importantes en el gobierno del Perú y de Chile. Su obra más conocida es un magistral tratado sobre la hacienda real del Perú, *Arcae Limensis Gazophilacium regium Perubicum* aparecida en Madrid en 1647⁹¹, el mismo año que la *Política Indiana* de Solórzano. Este fue un libro de consulta obligada y se lo reeditó dos veces en Madrid, en 1675 y en 1775.

Preocupado por los males que sufrían los indios y por el incumplimiento de las leyes dictadas en su favor, concibió el proyecto de elaborar un código peruano que debería refundir en castellano, en forma breve y sencilla, las leyes dictadas para pro-

de vasallos en tiempos de paz y de guerra, Madrid 1597, hay reimpresión, Madrid 1978, con estudio preliminar de GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Castillo de Bobadilla, semblanza personal y profesional de un juez del antiguo régimen*, en AHDE 45, 1975, ahora en el mismo: *Gobierno e instituciones en la España del antiguo régimen*, Madrid 1982.

89. MANZANO, MARTIRÉ, ambos nota 57. Ver nota 118.

90. Ver nota 12.

91. ESCALONA Y AGÜERO, Gaspar de: *Arcae Limensis. Gazophilacium regium Perubicum, administrando, calculandum, conservandum*, Madrid 1647, 1755 y 1775. Cito esta última edición.

tegerios por los virreyes, gobernadores, audiencias, etc., del Perú, a fin de que, junto con aprender a hablar y leer en castellano, conocieran sus derechos y deberes y pudieran hacerlos valer⁹².

Otros autores

Solórzano, León Pinelo y Escalona y Agüero marcan la cumbre de la literatura jurídica indiana. En su época florece una serie de juristas de menor vuelo.

Uno de ellos es Pedro Mexía de Ovando, Alcalde mayor de la Española, quien en su *Libro memorial práctico...*, impreso en 1639⁹³ estudió la situación jurídica y real de los indios. Sobre las personas en general escribió Alfonso Pérez de Lara, alcalde del crimen de la Audiencia de Lima y luego fiscal y presidente de la de Galicia, un *Compendium vitae hominis*, publicado en Valladolid en 1629⁹⁴. A los privilegios de las personas miserables dedicó el oidor de la Audiencia de Santa Fe (Bogotá) Gabriel Alvarez de Velasco (15?-1658) su *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, que vio la luz en Madrid en 1630 y fue reeditado en 1663 y en 1739⁹⁵.

Otra obra capital de esta época es el *Laberynthus creditorum* sobre concurso de acreedores de Francisco Salgado de Somoza (1595-1652), aparecido en 1646 y en boga hasta la codificación⁹⁶. No

92. GARCÍA-GALLO, Alfonso: *El proyecto de Código Peruano de Gaspar de Escalona y Agüero*, en AHDE 17, Madrid 1946, pp. 889 ss. Ahora en él mismo: *Estudios*, nota 11, pp. 367 ss.

93. MEXÍA DE OVANDO, Pedro: *Libro Memorial práctico de las cosas memorables que los Reyes de España y el Consejo Supremo y Real de las Indias han proveído para el gobierno político del Nuevo Mundo...*, s/l 1639. GARCÍA-GALLO: *La ciencia.*., nota 15, p. 184, nota 85.

94. PÉREZ DE LARA, Ildephonsus (Alphonsus): *De anniversariis et capellanis libri duo*, Madrid 1608, Maguncia 1610, Madrid 1621. El mismo: *Opera omnia*, 3 vol. Lyon 1733, 1757.

95. ALVAREZ DE VELASCO, Gabriel: *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, parte primera, Madrid 1630; tercera parte, Madrid 1636; en dos partes, Lyon 1643; completo, Ginebra 1739.

96. SALGADO DE SOMOZA, Francisco: *Laberyntus creditorum*, Lyon 1651-52. Como se indica enseguida es además autor de un *Tractatus de supplicatione ad Sanctissimum a litteris et bulla apostolicas*, Lyon 1664. Además, sobre recurso de fuerza, *Tractatus de regia protectione vi oppressorum appellationum a causis et iudicibus ecclesiasticis*, Lyon 1669.

menos importantes son los tres volúmenes *De contractibus*, del jesuita Pedro de Oñate (1567-1646), provincial del Paraguay, editados en Roma 1646-54 probablemente el principal tratado de Derecho común sobre la materia ⁹⁷.

Literatura jurídica posterior a la «Política Indiana»

En el siglo que sigue a la publicación de la *Política Indiana*, la literatura jurídica se enriquece en una serie de temas.

Tres importantes tratados sobre el real patronato son el *Gobierno eclesiástico pacífico* del agustino quiteño fray Gaspar de Villarroel (1587-1665) obispo de Santiago de Chile y luego arzobispo de Charcas, impreso en Madrid en 1656-7 y reimpresso en 1738 ⁹⁸; el *Tractatus de supplicatione* de Francisco Salgado de So-moza publicado en Lyon en 1664 ⁹⁹ y el *De Regio Patronatu Indiarum* del fiscal de las audiencias de Guatemala, Quito y Lima, Pedro Frasso (1630-169?), publicado en Madrid en 1677 y reeditado en 1775 ¹⁰⁰.

En Lima se imprime en 1685 el *Discurso juridico...*, de Juan Luis López, marqués del Risco ¹⁰¹. Posterior es la obra de Antonio

97. OÑATE, Pedro de: *De contractibus*, 3 vol., Roma 1641-1654. BRAVO LIRA, nota 10.

98. VILLARROEL, Gaspar de: *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*, 2 vol., Madrid 1656-57, 1, p. 4. GONZÁLEZ ZAMARRAGA, Antonio de: *Fray Gaspar de Villarroel O.S.A., Obispo de Santiago de Chile*, en AEA 14, Sevilla 1957. BRAVO LIRA, Bernardino: *El problema de la bula de la Cena en tres juristas indianos del siglo XVII*, en VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, *Actas y Estudios* 1, Buenos Aires 1984.

99. Ver nota 96.

100. FRASSO, Pedro: *De Regio Patronatu Indiarum ac aliis nonnullis regaliis Regibus Catholicis in Indiarum Occidentalium imperio pertinentibus. Quaestiones aliquae desumptae in ala quinquaginta capta partitae*, Madrid, 2 vols., 1677-79. SÁNCHEZ BELLA: *Los comentarios a las Leyes de Indias*, en AHDE 24, 1954. ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando: *El pensamiento regalista de don Pedro Frasso en su obra «De regio patronatu indiarum»*, en RCHHD 12, 1986.

101. LÓPEZ, Juan Luis, marqués del Risco: *Discurso legal teológico práctico en defensa de la provisión y ordenanza de gobierno de 20 de febrero de 1684*, Lima 1685. El mismo: *Observaciones político-sacras sobre la Real Cédula de 17 de diciembre de 1689*, Lima 1690.

José Alvarez de Abreu, *Víctima Real Legal*, sobre las vacantes eclesiásticas aparecida en Madrid en 1726 y reeditada en 1769 ¹⁰².

Sobre la condición de los indígenas, con el propósito de facilitar el respeto de sus derechos, Alfonso de la Peña Montenegro compuso un manual para los párrocos de indios, donde expone sus derechos y la forma de hacerlos valer: *Itinerario para párrocos de indios*, publicado en Madrid en 1668 y reimpresso muchas veces a lo largo de un siglo en Amberes en 1678, 1726, 1727, 1754 y de nuevo en Madrid en 1771 ¹⁰³. Del protector general de indios del Perú trató Matías del Campo y de la Reynaga en un *Memorial histórico jurídico* sobre ese oficio impreso en Madrid en 1671 ¹⁰⁴.

En México, el oidor de la Audiencia, Juan Francisco Montemayor (1620-85), conocido por otros trabajos jurídicos, publicó en 1658 un tratado sobre presas y botín de guerra, *Discurso político histórico y jurídico* ¹⁰⁵. Esta obra fue reeditada, con añadidos, dos veces en Amberes, en 1683 y en 1688. Montemayor es también autor de un comentario a las sentencias de la Audiencia de Santo Domingo, *Excubationes...*, impreso en México en 1667 ¹⁰⁶.

Diversos autores se ocuparon del comercio con Indias y su regulación. Uno de los más notables es José Veitía y Linage

102. ALVAREZ DE ABREU, Antonio José, Marqués de la Regalía: *Víctima real legal. Discurso jurídico histórico sobre las vacantes... de las Iglesias de Indias pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno y absoluto dominio*, Madrid 1726. Otra edición, Madrid 1769.

103. PEÑA MONTENEGRO, Alonso de la: *Itinerario para Párrocos de Indios, en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*, Madrid 1668. Hay reimpresión con introducción de REIG SATORRES, José: *Anuario histórico-jurídico Ecuatoriano* 9, Guayaquil 1985. MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo: *Alonso de la Peña Montenegro y la costumbre jurídica entre los indios*, en «Terceras jornadas americanistas de Valladolid», Valladolid 1977.

104. CAMPO Y LA REYNAGA, Matías del: *Memorial histórico jurídico sobre el oficio de protector de indios*, Madrid 1671.

105. MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, Juan Francisco: *Discurso político, histórico y jurídico del Derecho y repartimiento de presas y despojos...*, México 1658; reeditado con añadido y aumentado con algunas máximas y preceptos o reglas militares en Amberes 1683 y 1688.

106. MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, Juan Francisco: *Excubationes semicentum ex decisionibus Regiae Chancellariae sancti Dominici insulas, vulgo dictae Española, totius Novi Orbis primatis, compaginatas*. México 1667.

(1623-88), oficial de la Casa de Contratación de Sevilla y luego consejero del Consejo de Indias, autor del monumental *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla 1672¹⁰⁷.

De las reformas introducidas por el *Proyecto de 1720* en el comercio se ocupó Gerónimo de Ustariz (167?-c1740) en su *Teoría y práctica de comercio y marina*, publicada en Madrid en 1724 y reeditada con ampliaciones en 1757¹⁰⁸. Un examen del régimen comercial y sus variaciones ofrece José Gutiérrez de Rubalcava en su *Tratado histórico, político y legal del comercio en las Indias Occidentales*, impreso en Sevilla en 1750¹⁰⁹.

En materia penal debe mencionarse el *Tractatus de re criminali* de Lorenzo Matheu y Sanz (1618-1680), publicado en Lyon en 1686, con más de diez ediciones hasta fines del siglo XVIII¹¹⁰.

Murillo Velarde

Pero, sin duda, el jurista más eminente que, por así decirlo, cierra esta época es Pedro Murillo Velarde (1696-1743) catedrático de la Universidad de Manila, autor de un *Cursus iuris canonici Hispani et Indici*, impreso en Madrid en 1743¹¹¹, y de una *Práctica de testamentos*, publicada en México en 1755 y reeditada varias veces hasta 1890¹¹². Ambas obras alcanzaron enorme difusión y se emplearon comúnmente hasta la codificación.

107. VEITÍA Y LINAGE, José de: *Norte de la contratación de las Indias occidentales*, Sevilla, 1672. Hay una reedición con una nota biográfica de SOLANO, Francisco de, Madrid 1982.

108. USTARIZ, Gerónimo de: *Teoría práctica de comercio y marina*, Madrid 1724, 1757. Hay una reimpresión, Madrid 1968.

109. GUTIÉRREZ DE RUBALCAVA, José: *Tratado histórico, político y legal del comercio en las Indias Occidentales*, Sevilla 1750.

110. MATHEU Y SANZ, Lorenzo: *Tractatus de re criminali*, Lyon 1686. PALAU, nota 140, señala 11 ediciones posteriores hasta 1776. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu y Sanz 1618-1680*, en AHDE 41, 1971.

111. MURILLO VELARDE, Pedro: *Cursus iuris canonici Hispani et indici*, 2 vol, Madrid 1743, reimpreso en Madrid 1763 y 1791. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo: *Pedro Murillo Velarde s.j. un canonista del siglo XVIII*, en RCHHD 12, 1986. BRAVO LIRA, nota 10.

112. MURILLO VELARDE, Pedro: *Práctica de testamentos en que se resuelven los casos más frecuentes*, Manila 1745, numerosas reediciones poste-

Las instituciones

Finalmente, también corresponde a esta época otro género de obras que alcanzará su apogeo en la segunda mitad del siglo XVIII. Nos referimos a las exposiciones del derecho vigente, según el orden y plan de las Institutas romanas. Un primer antecedente se encuentra en las obras de Antonio Pichardo de Vinuesa (1565-1631), *Institutiones romano-hispanicae*, publicadas en 1589¹¹³.

En la primera mitad del siglo XVIII tenemos a Tomás Martínez Galindo con su *Phoenix Jurisprudentiae Hispanicae*, publicada en Sevilla en 1715¹¹⁴ y, sobre todo, a José Berní y Catalá (1712-87), el verdadero iniciador del género, con su *Instituta civil y real*, publicada en Valencia en 1745 y reeditada en 1760 y 1775¹¹⁵.

Del derecho patrio o nacional se ocupó Fernando de Messa, en su *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, publicado en Valencia en 1747 y en su *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas*, publicada también en Valencia en 1752¹¹⁶.

Recopilación

Paralelos al florecimiento de la literatura jurídica son los esfuerzos por recopilar tanto la legislación real, dictada en España, como la legislación territorial, dictada en Indias.

Por lo que toca a la primera, los primeros antecedentes de estos esfuerzos los encontramos a los tiempos de Juan de Ovando. Bajo su dirección se compuso la *Copulata de Leyes de In-*

riores en Madrid, México, Buenos Aires, Lima, Santiago de Chile, hasta la de París 1869. Ver BRAVO LIRA, Bernardino: *El Derecho indiano después de la independencia en América española. Legislación y doctrina jurídica*, en «Historia» 19, Santiago 1984, p. 31. Ahora en su *Derecho Común...*, nota 10.

113. PICHARDO DE VINUESA, Antonio: *Institutiones romano-hispanicae*, 1589.

114. MARTÍNEZ GALINDO, Tomás: *Phoenix iuriprudentiae hispanicae sive Instituta hispana*, Sevilla 1715. LUIG, Klaus: *Institutionen Lehrbücher des nationalen Rechts im 17 und 18. Jahrhundert*, en IC 3, 1970.

115. BERNÍ Y CATALÁ, José: *Instituta civil y real*, Valencia 1760.

116. MESSA, Fernando de: *Arte histórico y legal*, Valencia 1747 El mismo: *Oración que exhorta a estudiar las leyes de España*, Valencia 1752

dias, especie de índice de todas las leyes dictadas para Indias, cuyos extractos o sumarios se ordenaron en siete libros con arreglo al plan trazado por el mismo Ovando. Por entonces, Alonso de Zorita comenzó a trabajar en la recopilación. Luego se imprimió el *Cedulario*, de Diego de Encina en 1596. Insatisfecho con este trabajo, el Consejo de Indias encargó la obra a Diego de Zorrilla, que había sido provisor y visitador en Quito. Pero su labor tampoco mereció aprobación y Rodrigo de Aguiar y Acuña (15?-1629), consejero de Indias y antes oidor de la audiencia de Quito, asumió la tarea en 1616¹¹⁷.

Mientras tanto, se preparaban en Lima otros dos proyectos, uno de Juan de Solórzano y el otro de Antonio de León Pinelo, cuyo método y forma expuso en 1623 su autor en un *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*¹¹⁸. Pinelo pasó a trabajar junto a Aguiar, que en 1628 publicó en Madrid, a modo de anticipo de la futura obra, unos *Sumarios de la Recopilación*¹¹⁹. Muerto Aguiar el año siguiente, Pinelo fue encargado de terminar el proyecto, pero elaboró otro que, revisado por Solórzano, fue aprobado por el Consejo en 1636, mas no por el rey.

Tras la muerte de Solórzano y de Pinelo, el Consejo ordenó poner al día el proyecto aprobado en 1636 por una junta que in-

117. Ver nota 57, GARCÍA-GALLO, Alfonso: *La recopilación de leyes de Indias de Alonso de Zorita*, Estudio preliminar a Bernal, Beatriz (ed.) Zorita, Alonso: *Leyes y ordenanzas reales de las Indias*, México 1974, ahora en sus *Orígenes*, nota 15.

118. LEÓN PINELO: *Discurso sobre la importancia y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales*, Madrid 1623, reeditado con Estudios Bibliográficos de José Toribio Medina y prólogo de Aniceto Almeyda, Santiago 1956. SÁNCHEZ BELLA, Ismael: *Hallazgo de la recopilación de las Indias de León Pinelo* en Jb 24, 1987. El mismo: *La obra recopiladora de Antonio de León Pinelo* en ICAZA DUFOUR, nota 45, 4.

119. AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo: *Sumarios de la recopilación general de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas, instrucciones y cartas que acordadas por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado para las Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano*, Madrid 1628. SÁNCHEZ BELLA, Ismael: *Publicación de los «Sumarios» de Aguiar y su utilización en España e Indias*, en *Justicia, Sociedad y Economía en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid 1983

formó desfavorablemente acerca de él. En vista de ello, Fernando Jiménez Paniagua preparó otro que fue promulgado en 1680¹²⁰.

La Recopilación de 1680

La recopilación de Leyes de Indias contiene sólo legislación dictada por el rey. Está dividida en nueve libros, formados por 218 títulos y 6.377 leyes. El Libro I trata de la Iglesia, el real patronato y las universidades. El Libro II está dedicado a las leyes, el Consejo de Indias y las audiencias. Allí se contiene la Ley 8 del Título II, tomada de las ordenanzas del Consejo de Indias de 1571, Capítulo 5, reiterado en las nuevas ordenanzas de 1636, que manda: «el principal cuidado del Consejo sea la conversión de los Indios y poner Ministros suficientes para ella».

El Libro III trata del gobierno y de la guerra. Se ocupa de los oficios reales y de los virreyes y gobernadores. La Ley I del Título I reproduce la fundamentación oficial del señorío real sobre las Indias: «Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas y por descubrir y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla».

El Libro IV está dedicado a los descubrimientos y a la fundación de ciudades, repartimientos de tierra, comercio, minería y obrajes. El Libro V se ocupa principalmente de la Justicia, las personas que en ella intervienen: jueces, abogados, alguaciles y los recursos contra las sentencias: apelación y suplicación.

El Libro VI está dedicado a los indios. Es el más impresionante. Revela el enorme esfuerzo por transmitirles no sólo la fe católica, sino también un modo de vida más humano. Comienza por su libertad, luego trata del tributo, de los protectores de indios, de los caciques, de la encomienda y del servicio personal.

El Libro VII está dedicado en general a los delitos y las penas y el VIII a la Real Hacienda, sus ingresos y su administración por los oficiales reales.

Finalmente, el Libro IX trata del comercio entre España y las

120 MANZANO Y MARTIRÉ, nota 57. GARCÍA-GALLO, Concepción: *La obra recopiladora entre 1636 y 1680* en ICAZA DUFOUR, nota 45. 4

Indias, la Casa de Contratación que regula el tránsito de personas y de mercaderías y las flotas y galeones por medio de los cuales se transportan.

La recopilación dispuso expresamente que subsistían vigentes las leyes reales no recogidas en ella, siempre que no fueran contrarias a las recopiladas. Además, su promulgación no afectó a la vigencia de la legislación, dictada en América, que no fuese contraria a ella, según se dice expresamente en la Ley I del Título I del Libro II: «Y mandamos que no se haga novedad en las Ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad y las que estuvieren hechas por cualquier comunidades y universidades y las Ordenanzas para el bien y utilidad de los indios hechas o conformadas por nuestros Virreyes o Audiencias Reales para el buen gobierno, que no sean contrarias a las de este libro, las cuales han de quedar en el vigor y observancia que tuvieron siendo confirmadas por las Audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba y revoca...». No obstante, la recopilación generalizó diversas soluciones jurídicas que hasta entonces habían regido sólo en una parte de las Indias ¹²¹.

La *Recopilación de 1680* es, en el plano legislativo, lo que la *Política Indiana* en el plano jurisprudencial, la expresión máxima del Derecho indiano del Barroco. Publicada en 1681, se mantuvo en vigencia hasta la segunda mitad del siglo XIX. Fue sucesivamente reimpressa en 1744, 1756, 1791 y 1841.

Comentarios y notas

La *Recopilación* dio lugar a diversos comentarios y notas. El más temprano se debe a Juan Luis López, marqués del Risco (1640?-1700) y versa sobre el Patronato: Se titula *Observaciones Theo-políticas* y fue publicado en dos tomos en Lima el año 1689 ¹²².

121. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación*, en RCHHD 11, 1985.

122. LÓPEZ, Juan Luis, marqués del Risco: *Observaciones theopolíticas en que se ilustran varias leyes de los reinos de las Indias*, 2 vol., Lima 1689
GÓNGORA DEL CAMPO, Mario: *Estudios sobre el galicanismo y la Ilustración católica en América española*, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* 125, Santiago 1957.

Posteriores son los *Commentaria in legum Indicarum Recopilationem* de Juan del Corral Calvo de la Torre (1666-1737), oidor de la audiencia de Santiago de Chile, impresos bajo el patrocinio del Consejo de Indias en Madrid en 1751-56, pero que no se pusieron en circulación, en espera de su conclusión, que nunca llegó ¹²³.

También en América se procura recopilar la legislación. El oidor de la Audiencia de México, Juan Francisco Montemayor, antes citado, reimprimió por orden del Virrey un volumen de los *Sumarios* de Aguiar ¹²⁴, y publicó en 1678 otros *Sumarios* propios que incluyen, además de la legislación real posterior a la recogida por Aguiar, que llegó hasta 1628, la legislación particular de México contenida en los autos de gobierno de la Real Audiencia y en los mandamientos y ordenanzas de los virreyes ¹²⁵.

Ya hemos visto que una labor análoga para el Perú fue realizada por Tomás de Ballesteros en sus *Ordenanzas del Perú*, publicadas en 1685 y reimpresas con adiciones en 1752 ¹²⁶.

Legislación y estudios de derecho

La legislación posterior a la Recopilación es muy extensa. Dentro de ella sobresale por sus consecuencias la abolición de las encomiendas a partir de 1720, si bien es cierto que ya habían perdido gran parte de su significación ¹²⁷.

En cuanto a los estudios jurídicos, esta es una época de auge

123. CORRAL CALVO DE LA TORRE, Juan: *Commentaria in legum indiarum Recopilationem*, Madrid 1751-1756. Hay un ejemplar en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. TORRE REVELLO, José: *Comentarios a las leyes de Indias de Juan de Corral y Calvo de la Torre*, La Plata 1932. SÁNCHEZ BELLA, nota 100. SILVA Y MOLINA, Abraham de: *Oidores de la Real Audiencia de Santiago de Chile durante el siglo XVIII*, *Anales de la Universidad de Chile* 113, Santiago 1903, pp. 43-44, pp. 69 a 72

124. Ver nota 119.

125. MONTEMAYOR Y CÓRDOBA DE CUENCA, Juan Francisco: *Sumario de las cédulas, órdenes y provisiones reales que se han despachado por Su Majestad para la Nueva España y otras partes*, México, 2 vols., 1678. Ver nota 119.

126. Ver nota 70.

127. GONZÁLEZ POMÉS, María Isabel: *La encomienda indígena en Chile durante el siglo XVIII*, en *Historia* 5, Santiago 1966.

en las universidades, donde se cultivaba desde antes, como son las de España y, en América, las de México y Lima, así también como en aquéllas donde se erigen cátedras de Derecho, entre las que se cuentan las de Guatemala (1680) y Chuquisaca (1681)¹²⁸. La enseñanza versa fundamentalmente sobre Derecho común, es decir, leyes o Derecho romano y cánones o Derecho canónico. De ahí la enorme proyección que el Derecho común mantiene sobre el Derecho indiano.

El Derecho indiano y los derechos europeos

La época 1571-1750 es decisiva en la historia del Derecho indiano, al menos si se lo considera en relación al Derecho común. En el curso de ella el Derecho indiano supera su situación de relativa dependencia frente al Derecho europeo —común y castellano— propia de la época fundacional. Ahora alcanza su madurez y en cierto modo se sitúa en pie de igualdad con los distintos derechos europeos más o menos enraizados en el Derecho común y similares al Derecho castellano.

Esta madurez del Derecho indiano se refleja en la consolidación de sus instituciones, la estabilización de la legislación y, por encima de todo, el vuelo que alcanza su cultivo científico.

Esta literatura jurídica no tiene parangón en la historia de la expansión europea. Es única por su riqueza, variedad y altura. Está representada por más de setenta juristas, indianos de origen o que trabajan sobre Derecho indiano, y por un número superior de obras publicadas por los principales impresores de la época no sólo de América, en Lima o en México, sino de Europa, en Madrid, Lyon, Ginebra, Francfort o Roma.

A través de estos autores y obras el Nuevo Mundo deja oír su voz en el Viejo, en las universidades y entre los juristas, aunque éstos no siempre reparan en que tales autores, si bien son españoles, en el sentido de vasallos del rey de España, compusieron sus obras al otro lado del océano.

128. Ver nota 69. LANNING, John Tate: *The University of the Kingdom of Guatemala*, Nueva York 1955.

En la medida en que América cuenta con esta literatura jurídica propia, sin importar hasta qué punto ella sea reconocida como tal en Europa, supera esa situación inicial de relativa dependencia frente al Derecho europeo, común y castellano. Como por otra parte esta literatura jurídica propia no es más que una prolongación del Derecho común y castellano en función de las necesidades y aspiraciones indianas, ella coloca al Derecho indiano en un plano similar a la de los distintos derechos europeos.

Así, pues, en esta época el Derecho indiano se sitúa, por así decirlo, a la altura de los derechos europeos, a los que está unido por compartir con ellos las mismas raíces en el Derecho común. La dependencia inicial ha sido sustituida por una especie de comunidad.

Por eso, a partir de esta época, la suerte del Derecho indiano es, en términos generales, la misma de los derechos castellano y portugués y por consiguiente, también, la de los demás derechos europeos.

III

AFIRMACION DEL DERECHO PATRIO O NACIONAL FRENTE AL DERECHO COMUN 1750-1900

OCASO DEL DERECHO COMUN

Esta es una época de afirmación del Derecho indiano. Si en la etapa anterior se puso en cierto modo a la altura de los derechos europeos, ahora, al igual que éstos, tiende a sobreponerse al Derecho común, en cuanto derecho patrio o nacional.

Esta tendencia se abre paso en la segunda mitad del siglo XVIII y triunfa en el siglo XIX con la codificación. Sus inicios están conectados con el resurgimiento de la monarquía española —mejor dicho, hispanoindiana—, la diferenciación nacional de sus reinos americanos y el auge de la Ilustración. Bajo este signo se lleva a cabo una revisión del Derecho indiano que se prolonga, más allá de la desmembración de la monarquía, en sus distintos Estados sucesores de España y de América, hasta culminar en todos ellos en la codificación.

El Derecho indiano no desaparece, ni podía desaparecer, con la independencia política de América. Antes bien, pervive, se transforma para adaptarse a las condiciones de cada Estado y sirve de base, en mayor o menor medida, a los nuevos códigos¹²⁹.

La codificación permite al Derecho indiano sobreponerse al Derecho común, pero al precio de dejar de ser un derecho de juristas y convertirse en mero derecho legislado.

Las grandes líneas de la afirmación del Derecho indiano son la legislación reformadora, la contraposición con el Derecho común, la crítica al derecho vigente, el auge de los prácticos y la renovación de la doctrina jurídica. Todas ellas preceden y preparan la codificación.

129. BRAVO LIRA, Bernardino: *El derecho indiano después de la independencia en América española. Legislación y doctrina jurídica*, en *Historia* 19, Santiago 1984. Ultimamente, MAYORGA GARCÍA, Fernando: *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia*, en RCHHD 14, Santiago 1988 (en prensa).

Legislación reformadora

La nueva legislación reformadora comienza a principios del siglo, pero su culminación se produce en el último tercio. Su volumen es abrumador y abarca un sinnúmero de materias.

Singularmente significativos son los cambios e innovaciones en materia comercial, a partir del *Proyecto para galeones* de 1720 hasta llegar al *Reglamento de Comercio libre de 1778* extendido en 1789 a México y Venezuela que hasta entonces permanecían al margen de él¹³⁰. Este nuevo régimen fue seguido de la erección de una serie de consulados en los países americanos, tales como los de Caracas, Buenos Aires, Santiago de Chile, Veracruz y demás y de la unificación del Derecho mercantil mediante la extensión a toda América de las *ordenanzas de Bilbao* de 1737¹³¹.

En materia gubernativa se estructura una Administración, organizada no sobre la base de los antiguos oficios sino de las nuevas oficinas que ahora se establecen. Entre ellas las de mayor jerarquía son las secretarías o ministerios, a través de los cuales el rey ejerce su poder y que relegan a un segundo plano a los antiguos consejos, como el Consejo de Indias¹³².

130 Al respecto hay una abundante bibliografía. LEVENE, Ricardo: *Investigaciones acerca de la Historia económica del Virreinato del Plata*, La Plata 1927-28. MUÑOZ PÉREZ, José: *La publicación del reglamento de comercio libre a Indias de 1778*, en AEA 4, 1947. ARCILA FARIAS, Eduardo: *El siglo ilustrado en América. Reformas económicas del siglo XVIII en Nueva España*, Caracas 1955. BRAVO LIRA, Bernardino: *Notas sobre el reglamento de comercio libre de 1778 y el régimen jurídico del comercio indiano*, en CIMAI 3, Madrid 1972. BERNAL, A. M. (coordinador): *El comercio libre entre España y América*, Madrid 1987.

131. BRAVO LIRA, nota 130.

132. BRAVO LIRA, *op. cit.* (notas 3 y 4). Falta un estudio de conjunto sobre la formación de la administración en España y América española. Ver ESCUDERO, José Antonio: *Los secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vol., Madrid 1969. El mismo: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España. La Junta Suprema de Estado*, 2 vol., Madrid 1979. GARCÍA GALLO, Alfonso: *La división de competencias administrativas en España en la Edad Moderna*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1971, pp. 289 ss. MARTÍNEZ CARDÓS José: *Estudio preliminar a Fernández Espeso, Carlos y Martínez Cardós. José, Primera Secretaría de Estado. Ministerio de Estado. Disposiciones orgánicas (1705-1936)*, vol. I, Madrid

En América se erigen dos nuevos virreinos, el de Nueva Granada definitivamente en 1739 y el de Buenos Aires en 1776. Asimismo, se establece la capitania general de Venezuela y se refuerza la independencia de las gobernaciones de Cuba, Guatemala, Quito y Chile. En cada virreinato o gobernación la oficina de mayor jerarquía es la secretaría, establecida en Méjico en 1742, en Nueva Granada en 1772, en Perú en 1775 y en Buenos Aires en 1777 y en Chile en 1784. Además se reforma el gobierno interior con la implantación de las intendencias, primero en Cuba en 1764 y luego sucesivamente en Venezuela en 1776, en el Virreinato de Buenos Aires 1782, cuya *ordenanza* se extiende a los virreinos de Perú en 1784 y de Méjico en 1787 y a los reinos de Quito en 1783, de Chile en 1786 y de Guatemala en 1786-7¹³³. Paralelamente, se reorganiza la hacienda y el ejército.

1972 MARILUZ URQUJO, José María: *Orígenes de la burocracia rioplatense. La Secretaría del Virreinato*, Buenos Aires 1974. MARTIRÉ, Eduardo: *El estatuto legal del oficial de la administración pública al crearse el virreinato del Río de la Plata*, en *Memorias del IV Congreso Internacional de Derecho Indiano*, Méjico 1976, pp. 471 y ss. BRAVO LIRA, notas 48 y 49.

133. Sobre las intendencias hay una amplia bibliografía. SANZ, Luis Santiago: *El proyecto de extinción del régimen de las intendencias de América y la ordenanza general de 1803*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5, Buenos Aires 1953. COMADRÁN, Jorge: *La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, en *Anuario de Estudios Americanos* 11 (Sevilla) 1954. MEADE ESTEVA, Mercedes: *La intendencia en San Luis de Potosí*, San Luis de Potosí 1956. LYNCH, John: *Spanish colonial Administration (1782-1810) The Intendant System in the Viceroyalty of the Río de la Plata*, Londres 1958, hay trad. castellana, Buenos Aires 1967. NAVARRO GARCÍA, Luis: *Intendencias en Indias*, Sevilla 1959. SOMAYOS GUEVARA, Héctor Humberto: *La implantación del régimen de Intendencias de Guatemala*, Guatemala 1960. DEUSTUA PIMENTEL, Carlos: *Las Intendencias en el Perú 1790-1796*, Sevilla 1965. MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, Gisela: *La intendencia en España y América*, Caracas 1966. La misma: *Las ordenanzas de Intendencias de Indias, cuadro para su estudio*, Caracas 1972. FISHER, Lillian Estelle: *The Intendant System in Spanish America*, Nueva York 1969. FISHER, J. R.: *Government and society in colonial Peru. The intendant System 1784-1814*, Londres 1970. FIETSCHMANN Horts: *Die Einführung des Intendents System*, Colonia-Viena 1972. COBOS NORIEGA, María Teresa: *El régimen de Intendencia en el Reino de Chile. Fase de implantación (1786-1787)*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago 1978), pp. 91 y ss., y sobre algunos aspectos judiciales. La misma: *Institución del Juez de Campo en el Reino de Chile durante el*

A la formación de la Administración corresponde su separación de la Judicatura que permanece como un conjunto de oficios. Por la *instrucción de regentes* de 1776 y por la propia *ordenanza de intendentes* de 1782 se acentúa la diferenciación entre la jurisdicción, cuyo ejercicio es privativo de los jueces y la administración que corresponde a las oficinas y empleados de gobierno¹³⁴.

Otra notable innovación es la introducción de las *Ordenanzas de Minería de Nueva España*, obra del mejicano Joaquín Velázquez de León (1732-1786) primero en México en 1783 y luego en Perú en 1785, Chile en 1786 y en otros países¹³⁵.

En fin, la acción reformadora abarca otros campos como el fomento de la economía y la difusión de las luces. Pero ellas no inciden directamente en nuestro tema, salvo lo que se refiere a los estudios jurídicos y a la afirmación del Derecho patrio de que pasamos a ocuparnos.

Derecho patrio o nacional y Derecho común

Por Derecho patrio o nacional se entiende fundamentalmente la legislación real de Castilla, contenida en la *Nueva Recopilación* y en otros cuerpos legales, como las *Siete Partidas*.

Este Derecho patrio se afirma frente al Derecho común. Concretamente se aspira a que el Derecho patrio sea aplicado en los tribunales con preferencia al romano y al canónico y se estudie en las universidades que hasta entonces sólo tenían cátedra de

siglo XVIII, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), pp. 85 y ss. REES JONES, Ricardo: *El despotismo ilustrado y los intendentes de la Nueva España*, México 1979. BARRERO GARCÍA, Ana María: *La materia administrativa y su gestión en las ordenanzas de Intendencias de América*, en AHDE 6, 1980. GARCÍA DE LOS ARCOS, María Fernanda: *La Intendencia en Filipinas*, Granada 1983.

134. BRAVO LIRA: *Historia de las instituciones*, nota 49.

135. MORENO DE LOS ARCOS, Roberto: *Apuntes bibliográficos de Joaquín Velásquez de León 1732-1786*, en *Historia mexicana* 25, México 1975, pp. 47-75. El mismo: *Las instituciones de la industria minera novohispana*, en LEÓN PORTILLA, Miguel y otros: *La Minería en México*, México 1978, pp. 66 y ss., esp. pp. 100 y ss. GONZÁLEZ (DOMÍNGUEZ), María del Refugio: *Panorama de la legislación minera en la historia de México* en *Jurídica* 12, México 1980, pp. 791 y ss., esp. pp. 800 y ss.

Derecho romano y de Derecho canónico y en las Academias de Práctica Forense que se establecen con el objeto de enseñarlo¹³⁶.

Las academias son una institución típica del siglo XVIII español y portugués. En 1776 se erigió la Academia Carolina de Practicantes juristas en Chuquisaca, en 1778 la Academia de Leyes Reales y Práctica forense en Santiago de Chile, en 1809 la Academia Pública de Jurisprudencia Teórico-Práctica y Derecho Real Pragmático de México, en 1815 la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, en 1831 la Academia de Jurisprudencia de La Habana y en 1839 la Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica de Montevideo.

Para hacer posible la enseñanza del Derecho patrio se compone una serie de obras destinadas a exponerlo en forma análoga a la que estaba en uso para el Derecho romano y el canónico, es decir, según el plan de las Institutas.

Entre ellas sobresalen por su difusión en España y en América española las *Instituciones de Derecho Civil de Castilla* de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel Rodríguez aparecidas en 1771 y reimpresas varias veces después en Madrid, en 1775, 1780, 1786, 1792, 1805 y 1806¹³⁷. Esta última fue ilustrada por el catedrático de Huesca Joaquín María Palacios con adiciones conforme a la Real Cédula de 5 de octubre de 1802, que señaló la obra de Asso y De Manuel como texto oficial para la enseñanza en las universidades. Su plan se ajusta a la división en tres libros de las institutas romanas, dedicados a las personas, a las cosas y a las acciones.

Según este modelo, Juan Sala Bañuls (1731-1806) compuso unas *Institutiones Romano-hispanae*, publicadas en 1788-89 y reeditadas numerosas veces¹³⁸. Mayor difusión alcanzó empero su manual *Ilustración del Derecho Real de España*, impreso en Valencia en

136. Sobre las Academias de Jurisprudencia existe una nutrida bibliografía. URIBE, Aquiles B.; *Fundación de la Universidad y de la Academia de Jurisprudencia*, Montevideo 1936. LEVENE, Ricardo: *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador, Manuel Antonio Castro*, Buenos Aires 1941. ESPINOZA QUIROGA, Hernán: *La Academia de práctica forense*, Santiago s/f (1955). GONZÁLEZ ECHENIQUE, Javier, nota 10.

137. ASSO Y DEL RÍO, Ignacio; JORDÁN DE Y DE MANUEL RODRÍGUEZ, Miguel: *Instituciones de derecho civil de Castilla*, Madrid 1771. LUIG, nota 114.

138. SALA BAÑULS, Juan: *Institutiones Romano-hispanae*, 1788-89. Varias veces reeditada, 5.ª ed., 2 vol., Madrid 1830.

1803 y luego múltiples veces en España y en América española: en México en 1803 y 1807-8, Madrid 1820 y 1832-34, Bogotá 1826, Guayaquil 1831, París 1837 y 1844¹³⁹. Además, hay ediciones mexicanas en 1807 y 1831 y 32, *Sala Mexicano* en 1845-49 y *Novísimo Sala Mexicano* en 1870, edición para Chile, *Sala hispano-chileno* de Vicente Salvá, publicada en París en 1845 y aún un *Sala adicionado* con apéndices para Chile, México y Venezuela aparecido también en París en 1867¹⁴⁰. Desde 1824 este manual reemplazó en España como texto oficial a las *Instituciones* de Asso y de Manuel¹⁴¹.

No menor difusión como texto de enseñanza tuvieron las *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias* del guatemalteco José María Álvarez (1777-1820) catedrático de la Universidad de Guatemala, publicadas en esa ciudad en 1818-20 y reeditadas posteriormente numerosas veces en España y en América española: México en 1826, Nueva York 1827, Madrid 1826 y 1839, Buenos Aires 1834, Guatemala 1854¹⁴².

Detras del auge de los libros de instituciones está la afirmación del Derecho patrio o nacional. Así en su *Compendio del Derecho público y común de España*, publicado en Madrid en 1784, Vicente Vizcaíno Pérez no vacila en decir que «las leyes patrias son nuestro Derecho común»¹⁴³. Por su parte, el mencionado profesor de la Universidad de Huesca y editor de las *Instituciones*

139. SALA BAÑUIS, Juan: *Ilustración del Derecho Real de España*, Valencia 1803.

140. Para las ediciones PALAU Y DULCET, Antonio: *Manual del Librero Hispanoamericano*, 2.ª ed., 23 vols, Barcelona 1948-69 18 pp 303-304 PESET REIG, Mariano: *Sala mexicano*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* 4, México 1987.

141. PESET REIG, Mariano: *La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII*, en *AHDE* 38, Madrid 1968.

142. ALVAREZ, José María: *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias* 4 vol., Guatemala 1818-20. Hay una reimpresión de la edición de Nueva York 1827, con estudio preliminar de GARCÍA LAGUARDIA, Mario y GONZÁLEZ, María del Refugio, sobre la obra de Álvarez y su difusión, en 2 vol., México 1982.

143. VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente: *Compendio del Derecho Público y Común de España*, 4 vol., Madrid 1784, p. CXL. Se remite al auto acordado del Consejo de Castilla de 4 diciembre 1713, en *Autos Acordados* 1,1,1 BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho Patrio o nacional en España, Portugal e Hispa-*

de Asso y De Manuel, Joaquín María Palacios, escribió una *Introducción al estudio del Derecho patrio*, que apareció en Madrid en 1803¹⁴⁴.

Crítica del Derecho vigente

La crítica del Derecho vigente se dirige principalmente contra la multiplicidad de las leyes, sus defectos y contradicciones y sobre todo, su falta de sistematización. Así cobra forma el ideal codificador, esto es, de reducir las antiguas leyes a un cuerpo ordenado, metódico y autosuficiente de disposiciones. En este sentido escriben entre otros, Pablo de Mora y Jaraba (1716-1748) en su *Tratado crítico. Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, publicado en Madrid en 1748¹⁴⁵ y Juan Francisco de Castro (1731-1790) en sus muy divulgados *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, impresos en Madrid en 1765¹⁴⁶.

Por resolución de 25 de septiembre de 1770 Carlos III ordenó preparar un código criminal, basado en las leyes existentes y adecuado a las necesidades de la época¹⁴⁷. En cumplimiento de ella, el mexicano residente en Madrid, Manuel de Lardizábal (1739-1820)¹⁴⁸ compuso su famoso *Discurso sobre las penas*, publicado en Madrid en 1782¹⁴⁹ mucho más concreto y realista que la célebre

noamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del XIX, en RCHHD 10. 1984, pp. 121 y ss., esp. 122 y ss. Ahora en su *Derecho Común...*, nota 10.

144. PALACIOS, Joaquín María: *Introducción al Estudio del Derecho Patrio*, Madrid 1803.

145. MORA Y JARABA, Pablo de: *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid 1748.

146. DE CASTRO, Juan Francisco: *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid 1765, 2.^a ed., ilustrada con citas de la Novísima Recopilación, 2 vol., Madrid 1829. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El pensamiento español en el proceso de codificación hispanoamericana: Los Discursos Críticos de Juan Francisco de Castro*, en REHJ 5, 1980.

147. CASABÓ RUIZ, Jorge R: *Los orígenes de la codificación penal en España. El plan de código criminal de 1787* en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22, Madrid 1969. El texto, pp 331-332

148. RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel: *Manuel de Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa Fe (Argentina 1964)

149. LARDIZÁVAL, Manuel de: *Discurso sobre las penas contraído en las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid 1782, reim-

obra *De los delitos y de las penas* de Beccaria (1738-84) aparecida en 1764 y traducida al castellano en 1774. La obra de Lardizábal sirvió de base al plan de Código criminal presentado en 1787.

La Novísima Recopilación

Pero no fue ésta la tendencia que prevaleció. Por Real Decreto de 15 de abril de 1798 se ordenó volver a recopilar toda la legislación vigente, a la antigua usanza. Esta monumental tarea fue concluida por Juan de la Reguera Valdelomar a quien se debe la *Novísima Recopilación de Leyes de España* de 1805.

La *Novísima Recopilación* es contemporánea de los tres grandes códigos, con los que culmina en Europa continental el movimiento codificador iniciado en Baviera, a mediados del siglo XVIII: el *Allgemeines Landrecht* (ALR) prusiano de 1794, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco, cuya versión definitiva es de 1811 y los *Cinq Codes* franceses promulgados desde 1804 hasta 1811, de los cuales el fundamental es el *Code Civil* de 1804¹⁵⁰.

La *Novísima Recopilación* se aplicó en prácticamente todos los países de Derecho castellano y en algunos como España, Cuba, Puerto Rico y Filipinas cuyo primer Código civil data sólo de 1889, rigió hasta fines del siglo XIX. Pero, desde muy temprano se levantaron voces que proponían reemplazar a la *Novísima* y en general a todos los antiguos cuerpos de Derecho castellano por códigos en los que se refundiera este Derecho patrio o nacional a la manera y estilo de los de Francia, Austria y Prusia¹⁵¹.

Uno de los primeros y más influyentes promotores de esta idea fue Francisco Martínez Marina (1754-1833), quien en su *Juicio Crítico de la Novísima Recopilación* escrito en 1815 pero publicado sólo en 1820¹⁵², rechazó decididamente el método de las recopila-

preso Madrid 1828. Ediciones posteriores, Madrid 1916 y 1967, con *Estudio preliminar* de ANTON ONECA, José, ver notas 206 y 213.

150. WIEACKER, nota 9, pp. 298 y ss. BRAVO LIRA, Bernardino: *La codificación en Chile dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana* en *Anales de la Universidad de Chile* (en prensa).

151. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor: *La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires 1977.

152. MARTÍNEZ MARINA, Francisco: *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid 1820, pp 13-14.

ciones y abogó por «formar un código legislativo digno de la nación española, por el estilo, orden y método de los que se han publicado en Francia, Prusia y Austria». Concretamente, Martínez Marina propuso: «formar un código completo de la legislación acomodado al carácter del genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales de las revoluciones pasadas... en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve y conciso, y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía de que son susceptibles...»¹⁵³.

Como se ve, la afirmación del Derecho patrio y la crítica de la legislación, lejos de ser incompatibles, van unidas. Esta es una característica de la Ilustración en los países de habla castellana y portuguesa, que es a la vez católica y nacional¹⁵⁴. La crítica está muy lejos de pretender emancipar al hombre de sus creencias y de su pasado, como sucede con los enciclopedistas franceses. Antes bien, respeta y aprecia la Revelación y las Antigüedades patrias, en particular la historia y el derecho. Por eso, se preocupa de estudiarlas con máximo rigor, hacer ediciones críticas de textos y realizar todo un trabajo erudito para separar lo que debe reconocerse como verdadero de lo que no son sino supersticiones, leyendas o prácticas infundadas.

Los prácticos

Un cuarto factor que contribuyó a esta renovación del derecho que se opera durante el siglo XVIII. Se trata del auge de un género

153. *Ibíd.*, p. 27.

154. MONCADA, Luis Cabral de: *Italia e Portogallo nel Settecento*, Roma 1949, ahora en *El mismo: Estudos de história do direito* 3, Coimbra 1950. BRAVO LIRA, Bernardino: *Universidad española y universidad hispanoamericana de la Ilustración al liberalismo* en *Historia* 11, Santiago 1972-73, esp. p. 502. *El mismo: Campomanes y la Ilustración en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 94, Santiago 1983. *El mismo: Jovellanos y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 9, Valparaíso 1984. *El mismo: Melo Freire y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Revista de Derecho* 9, Valparaíso 1984. *El mismo: Verney y la Ilustración católica y nacional en el mundo de habla castellana y portuguesa*, en *Historia* 21, Santiago 1986.

particular dentro de la literatura jurídica, el de los llamados prácticos del derecho, que ahora llega a su apogeo. Sus obras son fundamentalmente prontuarios destinados a facilitar el trabajo de los jueces, abogados y escribanos.

Gran fortuna tuvo la *Librería de Jueces* de Manuel Silvestre Martínez, aparecida en Madrid en 1763 y que alcanzó en 1791 su séptima edición¹⁵⁵. Modelo en este género es la *Librería de escribanos* o simplemente *Febrero* de José Bermúdez Febrero (1732-90) aparecida en Madrid en 1769, en tres volúmenes. Posteriormente, se la amplía, reedita y actualiza en España y en América hasta la segunda mitad del siglo XIX¹⁵⁶. José Marcos Gutiérrez añade a su *Febrero reformado* publicado en Madrid en 1801¹⁵⁷, tres volúmenes con una *Práctica criminal de España*, aparecidos en Madrid en 1804-06¹⁵⁸. Allí incluye un *Discurso sobre los delitos y las penas* suyo, que se apoya en gran medida en el de Lardizábal y que se usó como texto en las universidades. En 1824, el *Febrero* de Gutiérrez fue señalado como texto para la cátedra de práctica en las universidades españolas¹⁵⁹.

También actualizan y completan el *Febrero* otros editores: Miguel Aznar y Diego Notario¹⁶⁰; Eugenio Tapia (1776-1860)¹⁶¹; los mexicanos Anastasio de la Pascua¹⁶²; Manuel Dublán (1830-91) y

155. MARTÍNEZ, Manuel Silvestre: *Librería de jueces utilísima y universal, para abogados, alcaldes mayores y ordinarios*, Madrid 1763-68. Para las ediciones, PALAU, nota 140

156. FEBRERO BERMÚDEZ, José: *Librería de escribanos o Instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes. Primera parte*, 3 vol., Madrid 1769. Sobre las ediciones GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero o Librería de jueces y escribanos*, 4.ª ed., Madrid 1852, reseña crítica p. XIII y ss. LEIVA, Alberto David, *Aportes para un estudio de la obra de José Febrero*, en RI 22, 1971.

157. GUTIÉRREZ, José Marcos: *Febrero reformado y anotado*, 5 vol., Madrid 1801, varias ed. posteriores

158. GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, 3 vol., Madrid 1804-06, varias ed. posteriores.

159. Ver nota 141.

160. AZNAR, Miguel y NOTARIO, Diego: *Febrero Adicionado*, 7 vol., 1817, reimpresso en 1825.

161. TAPIA, Eugenio: *Febrero Novísimo*, 10 vols., 1828, Valencia 1837 5 vol., París 1861. El mismo: *Febrero Novísimamente redactado*, 1845

162. PASCUA, Anastasio de la: *Febrero Mexicano*, México 1834. El mismo: *Novísimo Febrero Mexicano*, 4 vol., México 1850.

Luis Mendez (1832-1809)¹⁶³; los españoles Florencio García Goyena (1783-1855), Joaquín Aguirre (1807-79)¹⁶⁴ y Juan Manuel de Montalbán (1806-89).

Análoga al Febrero es la *Práctica universal forense de los tribunales de España e Indias* de Francisco Antonio de Elizondo reeditada por sexta vez en Madrid en 1788¹⁶⁵.

Entre los prontuarios americanos ocupa el primer lugar la *Instrucción forense* de Francisco Gutiérrez Escobar (1750-1805), natural de La Paz, en la actual Bolivia, presidente de la Academia Carolina de practicantes juristas de Chuquisaca. Bajo el nombre de *Cuaderno o Cuadernillo de Gutiérrez* y a veces atribuido erróneamente a José Gutiérrez, circuló manuscrito y luego también impreso con las convenientes adaptaciones, en Lima en 1818 y 1846, en la propia Chuquisaca en 1830, en Chile en 1832 y 1846 y en Quito en 1842¹⁶⁶.

En materia penal, debe mencionarse el *Tratado universal teórico-práctico de los delitos y los del delingüentes*, de Senén Vilanova y Mañez, impreso en Madrid en 1807¹⁶⁷.

La doctrina jurídica

En cuanto a la doctrina jurídica, es muy significativo que se reediten obras de autores del siglo XVII. Así sucede, como sabemos, con la *Política Indiana* y sobre todo con los autores regalistas como Frasso.

Dentro de esta misma línea están Antonio Joaquín Rivadeneyra y Barrientos (1710-72), oidor de la Audiencia de México, autor de un *Manual compendio del Regio Patronato Indiano*, impreso en

163 DUBLÁN, Manuel y MÉNDEZ, Luis: *Novísimo Febrero Mexicano*, 2 vol., México 1870.

164. GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín: *Febrero reformado* II vol., 1841, reeditado en colaboración con Juan Manuel de MONTALBÁN. Madrid 1845-7, varias ediciones posteriores. La 4.ª ed., 6 vol., Madrid, 1852.

165 ELIZONDO, Francisco Antonio: *Práctica universal forense de los tribunales de España e Indias*, 6.ª ed., Madrid 1788.

166. GUTIÉRREZ, Francisco, *Instrucción forense*, Lima 1818, reeditado en 1846, Chuquisaca 1830, Santiago de Chile 1832, reeditado en 1846, Quito 1842.

167. VILANOVA Y MAÑEZ Senén: *Tratado universal teórico-práctico de los delitos y delincuentes*, Madrid 1807

Madrid en 1755¹⁶⁸, y Pedro José Parras, autor de *Gobierno de los regulares de América*, aparecido también en Madrid en 1783¹⁶⁹.

Por su parte, Francisco Antonio de Lorenzana (1722-1804) publica en 1769, en México, *Concilios primero y segundo celebrados en la ciudad de México*¹⁷⁰ y el jesuita Ciriacus Morelli (1718-95) da a la estampa sus *Fasti Novi Orbis*, en Venecia en 1776¹⁷¹.

Pero sin duda, la obra jurídica que gozó de más prolongada autoridad son los *Comentarios a las ordenanzas de Minas* del mejicano Francisco Javier Gamboa (1671-1794), oidor de las Audiencias de Santo Domingo y de México y luego regente de esta última, publicados en Madrid en 1761 y reeditados posteriormente incluso en inglés en Londres en 1830¹⁷². Los comentarios se refieren a las *ordenanzas de Nuevo Cuaderno* de Felipe II, no obstante continuaron gozando de autoridad después de que se dictaron las *Ordenanzas de Minería de Nueva España* en 1783 y aún después de la codificación. Esta persistencia de su autoridad, pese a los cambios de la legislación, es la mejor prueba de su gran altura jurídica.

En materia civil es digna de mención *De aequitate* de Miguel Bodega y Cuadra, publicado en Madrid en 1781¹⁷³ y sobre Derecho romano, el primer tratado hispanoamericano, debido al oidor de la Audiencia de Guatemala y de México y luego regente de la de Guadalajara, Eusebio Ventura Beleña (17?-94), *Instituta civilis*

168. RIBADENEYRA Y BARRIENTOS, Antonio Joaquín: *Manual compendio del Regio Patronato Indiano para su más fácil uso en materias conducentes a la práctica*, Madrid 1755.

169. PARRAS, Pedro José: *Gobierno de los Regulares de América, ajustado religiosamente a la voluntad del rey*, 2 vol., Madrid 1783.

170. LORENZANA, Francisco Antonio: *Concilios Provinciales primero y segundo celebrados en la Muy Leal ciudad de Méjico...* México 1769. SIERRA NAVA-LASA, Luis: *El cardenal Lorenzana y la Ilustración*, vol. 1, Madrid 1975

171. MOREL o MORELLI, Ciriacus (MURIEL, Domingo s.j.): *Fasti Novi Orbis*, Venecia, 1776.

172. GAMBOA, Francisco Xavier de: *Comentarios a las ordenanzas de minas*, Madrid 1761. Hay trad. inglesa, Londres 1830. Además, los Comentarios fueron reimpresos en México en 1874 y en 1898. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: *Biografía de Don Francisco Javier Gamboa*, México 1941.

173. BODEGA Y CUADRA, Miguel: *De aequitate dominii eminentis...* Madrid 1781.

hispano indiana. Elucidationes ad quatuor libros institutionum imperatoris Iustiniani, publicado en México 1787-88 ¹⁷⁴.

Aparte de otras trece ediciones de la *Curia Filípica*, de Hevia Bolaños, publicadas en el siglo XVIII, José Domínguez Vicente dio a la estampa una *Ilustración a la Curia Philipica*, en tres tomos, aparecida en Valencia en 1770 y reeditada en Madrid en 1790 ¹⁷⁵.

Sobre derecho militar Félix Roldán de Larriatégui publica una obra fundamental, *Juzgados militares de España e Indias*, impresos en Madrid en 1788 y varias veces reeditado hasta comienzos del siglo XIX ¹⁷⁶. Acerca de la renta del tabaco, cuyo estanco se introdujo en varios países americanos, tales como Cuba, México, Perú o Chile, y se convirtió en la primera de las rentas reales, Manuel Gardoqui publicó en Madrid en 1796 una *Instrucción para el gobierno del ramo del Tabaco en Cuba* ¹⁷⁷. Por lo que toca al Derecho penal, Vicente Vizcaíno Pérez es autor de un *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España*, publicado en 1797 ¹⁷⁸. El mismo año, aparecen en Madrid, las *Memorias históricas* de Rafael Antúnez y Acevedo sobre la legislación y gobierno del comercio entre España e Indias ¹⁷⁹.

Las colecciones de leyes

La necesidad de conocer la legislación posterior a la Recopilación de 1680, llevó a pensar en una nueva recopilación. Carlos III

174. ARENAL FERROCHIO, Jaime del: *Elucidationes, un libro mexicano del siglo XVIII*, en «Revista de Investigaciones Jurídicas», 3, México 1979. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, prólogo a su edición de BELEÑA, Eusebio Ventura: *Recopilación sumaria*, 2 vol., México 1981.

175. DOMÍNGUEZ VICENTE, José: *Ilustración y continuación a la Curia Philipica*, 3 vol., Valencia 1770. Otra ed. Madrid 1790.

176. COLÓN Y LARRATÉGUI, Félix: *Juzgados militares de España y sus Indias*, 4 vol., Madrid 1788-91. Varias ediciones posteriores, 4 ed., 4 vol., Madrid 1817.

177. GARDOQUI, Manuel: *Instrucción para el gobierno del Ramo del Tabaco en Cuba*, Madrid 1796.

178. VIZCAÍNO PÉREZ, Vicente: *Código y práctica criminal arreglada a las leyes de España*, Madrid 1797.

179. ANTÚNEZ Y ACEVEDO, Rafael: *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del comercio de los españoles con sus colonias en las Indias Occidentales*, Madrid 1797.

ordenó su formación en 1776, pero los trabajos preparatorios avanzaron poco y en definitiva nunca se terminó esta obra.

En parte para suplir su falta diversos autores hicieron colecciones de leyes. La más importante es, sin duda, la realizada en 1787 en México, por el ya nombrado Eusebio Ventura Beleña. Bajo el nombre de *Recopilación sumaria*. . comprende dos partes. La primera, reproduce la legislación real y particular de Nueva España, recopilada en 1678 por el oidor Juan Francisco Montemayor. La segunda, reúne los autos acordados de la Audiencia de México y las providencias del superior gobierno posteriores a las recopiladas por Montemayor y la legislación real posterior a la Recopilación¹⁸⁰.

En España, Antonio Xavier Pérez y López (1736-92) hizo en su *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, en 28 volúmenes impresos en Madrid 1791-1798¹⁸¹, una colección de extractos de las leyes de la Recopilación y posteriores, ordenada alfabéticamente por materias, si bien en muchos casos, inserta también las leyes literalmente. En el Perú, el franciscano italiano, Juan Matraya y Ricci (1752-183?) publicó *El Moralista Philaetico Americano* en Lima en 1819, en el que recogió en extracto las principales disposiciones posteriores a la Recopilación¹⁸².

Independencia y codificación

La última fase del Derecho indiano se inicia con la independencia de América y concluye con la codificación.

En todos los Estados sucesores de la monarquía pervive el Derecho indiano. Por regla general, a raíz de la independencia sólo se excluyen aquellas materias del Derecho indiano que pugnan con el nuevo sistema liberal de gobierno implantado en esos Es-

180. Ver nota 174.

181. PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier: *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, 28 vol., Madrid 1791-98.

182. MATRAYA Y RICCI: *El Moralista Philaetico Americano*, Lima 1819. Hay una reimpresión del *Catálogo cronológico de las pragmáticas reales cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales emanados después de la recopilación de las leyes de Indias, con Advertencia preliminar de MARILUZ UROUJO*, José María, Buenos Aires 1978

tados. En todo lo demás, como no podía ser menos, sigue vigente el Derecho indiano.

En algunos países esto se declaró, incluso, expresamente. Así, en Argentina, el *Reglamento* de 1817 dispone: «hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo gobierno español que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean contrarias a él libradas desde el 25 de mayo de 1810»¹⁸³, es decir, desde la instalación de la Junta de Gobierno en esa fecha.

Otro tanto se hizo en Chile en la *Constitución Provisora* de 1818: «interín se verifica la reunión del Congreso, juzgarán (los magistrados) todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá el remedio»¹⁸⁴.

En la Gran Colombia, formada por Nueva Granada, Ecuador y Venezuela la Constitución de 1821, llamada de Cúcuta, dispuso: «Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso»¹⁸⁵.

Al efecto, la ley sobre procedimiento civil del 13 de mayo de 1825 fijó el orden de prelación en que debían aplicarse las leyes: «Art. 1.º El orden en que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos y militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente: 1.º Los decretados o que en lo sucesivo se decreten por el Poder Legislativo. 2.º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionados hasta el 18 de marzo

183 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, y MARTIRÉ, Eduardo: *Manual de Historia de las Instituciones argentinas*, 5.ª ed., Buenos Aires 1981. Para esto y lo que sigue, BRAVO LIRA, nota 129.

184. *Constitución provisoria del Estado de Chile*, Santiago 1818, 5, 1, 2

185. *Constitución* de 30 agosto 1821, art 188, texto en GIL FORTOUL, José: *Historia constitucional de Venezuela*, 5.ª ed., 3 vol., Caracas 1867, 2 p. 572 ss MAYORGA GARCÍA, nota 129

de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República. 3.º Las leyes de la Recopilación de Indias. 4.º Las de la Nueva Recopilación de Castilla. 5.º Las de las Siete Partidas». Lo cual fue reiterado para Venezuela por ley de 3 de mayo de 1838¹⁸⁶.

Así, pues, la desmembración política de América española no alteró su unidad jurídica fundamental, dentro del ancho marco que el Derecho indiano dejaba a la diversidad regional y local. El Derecho vigente en los distintos Estados sucesores de la monarquía española siguió siendo básicamente el mismo. También las modificaciones que experimentó en lo sucesivo fueron similares. Están inspiradas en los ideales de la Ilustración que se abren paso a través del constitucionalismo y la codificación.

Constitucionalismo y Derecho político y eclesiástico indiano

El constitucionalismo tiene sus primeras manifestaciones en 1811 en Venezuela y Colombia y luego, en 1812 en España. A partir de entonces, se suceden una serie de ensayos constitucionales que no corresponde estudiar aquí¹⁸⁷. Baste decir que se transforma el gobierno y el derecho político y eclesiástico. Las nuevas instituciones constitucionales se superponen a las indianas. De esta manera en lugar del rey y el Consejo de Indias, de los virreyes o gobernadores, aparecen ahora juntas gubernativas, directores supremos, presidentes o simples caudillos, que son no sólo gobernadores, sino también jefes de Estado, es decir, en cierto modo, ocupan simultáneamente el lugar que tuvo el rey y los virreyes o gobernadores. Una asamblea parlamentaria reemplaza en parte al Consejo de Indias y a virreyes y gobernadores en sus funciones legislativas y la legislación misma se uniforma sobre la base exclusiva de la ley parlamentaria, esto es, expedida por el gobernante con el concurso del parlamento¹⁸⁸. Se restringe la com-

186. Id.

187. BRAVO LIRA, Bernardino: *Etapas históricas del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980)*, en REHJ 5, 1980. El mismo: *Historia de las instituciones*, nota 49.

188. BRAVO LIRA, Bernardino: *Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco*, en RDP 31-32, 1982. Ultimamente, el mismo: *La metamorfosis de la legalidad en Argentina desde el siglo XVIII hasta el siglo XX*, en «Revista Chilena de Derecho» 53, Santiago 1986.

petencia de la Real Audiencia en materias gubernativas y se reemplaza a este tribunal por otro de distinto nombre o a veces también de distinta competencia en materia judicial¹⁸⁹.

En cambio, el regalismo parece acentuarse, porque los gobernantes y las constituciones de los Estados sucesores de la monarquía reclaman para sí el patronato que tenía el monarca sobre la Iglesia. Al comenzar el siglo XIX se advierte una reacción antirregalista, representada en España por el *Discurso sobre la confirmación de los obispos* impreso en Cádiz en 1813¹⁹⁰ del Cardenal Pedro Iguanzo y Rivero (1764-1836) y en América por el *Ensayo sobre la supremacía del Papa*, de José Ignacio Moreno (1767-1841), publicado en Lima en 1831 y reeditado en Buenos Aires en 1834 y en Madrid en 1846¹⁹¹. Pero la tendencia contraria, que podría llamarse neorregalista es más fuerte. Ella preside la principal y más difundida exposición del Derecho canónico hispanoamericano en el siglo XIX, las *Instituciones de Derecho canónico americano* del obispo de Ancud (Chile), Justo Donoso (1800-68), impresa no menos de cuatro veces en Valparaíso 1848-49, en París en 1854, en Santiago en 1861-62 y en Friburgo de Brisgovia en 1909¹⁹². Donoso es también autor de un célebre *Diccionario teológico, canónico y litúrgico* que vio la luz en Santiago en 1855-57¹⁹³.

Colecciones legales

En lo demás el Derecho indiano subsiste hasta la codificación sin otras modificaciones que las introducidas por leyes aisladas. Incluso persiste la práctica de las colecciones legales.

189. BRAVO LIRA, Bernardino: *Judicatura e institucionalidad en Chile 1776-1876. Del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario*, en REHJ 1, 1976. El mismo: *Historia de las instituciones*, nota 49

190. INGUANZO Y RIVERO, Pedro: *Discurso sobre la confirmación de los obispos*, Cádiz 1813.

191. MORENO, José Ignacio: *Ensayo sobre la supremacía del Papa*, Lima 1831. Otras ed., Lima 1836, 3 vol., Madrid 1838, 2 vol., París 1846.

192. DONOSO, Justo: *Instituciones de Derecho canónico americano*, Valparaíso 1848-49. PALAU, nota 140, menciona fuera de las señaladas en el texto, otras dos hechas en París en 1863 y 1868.

193. DONOSO, Justo: *Diccionario teológico canónico y litúrgico*, 2 vol., Santiago 1855-57.

A la *Novísima Recopilación de Leyes de Castilla* de 1805 se añaden otras realizadas en varios de los Estados sucesores de la monarquía, tanto por iniciativa privada como con carácter oficial. A menudo son simples colecciones de leyes agrupadas por orden cronológico y no por materias, como se hace en una recopilación propiamente tal.

En Argentina se publicó un primer *Registro Nacional* en tres volúmenes, que recoge la legislación de 1825 a 1827¹⁹⁴. Le siguió en 1836, una obra privada, la *Recopilación de las leyes y decretos publicados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810 hasta el fin de diciembre de 1835*, debida a Pedro de Angelis y otros dos tomos aparecidos en 1841 y 1858 a los que se dio carácter oficial¹⁹⁵. Esta recopilación se refiere a la provincia de Buenos Aires¹⁹⁶. En 1863-64 publicó Ramón Ferreyra un segundo *Registro Nacional de la República de Argentina*, que abarca la década 1841-51¹⁹⁷. Pero, sin duda la recopilación más importante en Argentina es el *Nuevo Registro Oficial de la Nación*, obra de Aurelio Pardo Rojas, que comprende todas las leyes y decretos de alcance nacional dictados desde 1810 hasta 1873. Se publicó en Buenos Aires entre 1879 y 1884¹⁹⁸.

En México se publicó con carácter oficial, entre 1829 y 1840, una *Colección de órdenes y decretos de la soberana Junta Provisional Gubernativa y soberanos Congresos Generales de la nación mexicana*, en ocho volúmenes¹⁹⁹, que abarcan desde la indepen-

194. Provincias Unidas del Río de la Plata: *Registro Nacional 1825 1827*, 3 vol., Buenos Aires 1827.

195. ANGELIS, Pedro de: *Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810 hasta el fin de diciembre de 1835*, 3 vol., Buenos Aires 1836. PIÑAR, Jorge E.: *La Recopilación de leyes y decretos promulgados en Buenos Aires de Pedro de Angelis*, en RI 5, 1953.

196. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo: *Historia del Derecho argentino*, 2 vol., Buenos Aires 1969, 2, p. 395.

197. FERREYRA, Ramón: *Registro Nacional de la República Argentina*, 3 vol., Buenos Aires 1813-64.

198. ROJAS, Aurelio: *Registro Oficial de la Nación*, 6 vol., Buenos Aires 1879-84.

199. GALVÁN RIVERA, Mariano (editor): *Colección de órdenes y decretos de la soberana junta provisional gubernativa y soberanos congresos de la nación mexicana*, 8 vol., México 1829-40.

dencia en 1821 hasta 1873, debidos a Mariano Galván Rivera (1782-1876). Por el contrario, son una obra privada las monumentales *Pandectas Hispano-Mejicanas* de Juan N. Rodríguez de San Miguel (1808-77), aparecidas en 1839, y reeditadas en 1852²⁰⁰, que abarcan toda la legislación vigente desde las *Siete Partidas* hasta 1820, dispuestas conforme al plan de la *Novísima Recopilación*. El mismo autor publicó sin indicación de su nombre una *Curia Filípica Mexicana* en 1850, reimpressa en 1858²⁰¹.

En Colombia, en cambio, se procede en forma oficial a hacer una *Recopilación de las leyes de Nueva Granada*, obra del político y diplomático Lino de Pombo (1797-1862), que fue promulgada en 1845²⁰². En ella se reúnen y distribuyen en siete tratados todas las leyes dictadas desde 1821 hasta 1844 que estaban vigentes. Dentro de ella se incluye el Código penal de 1837 que, no es sino el español de 1822 al que nos referiremos enseguida con algunas modificaciones. En 1850 se publicó el *Apéndice de la Recopilación Granadina*²⁰³, debido al jurisconsulto e historiador José Antonio de Plaza y Racines (1807-1854), que agrupa las leyes dictadas desde 1845 hasta 1850, según los mismos siete tratados de la Recopilación de Pombo.

En Chile se ordenó en 1846 hacer una recopilación de las reales cédulas expedidas por los monarcas españoles para el gobierno del país hasta 1810. Pero ello no se llevó a efecto²⁰⁴.

200. RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N.: *Pandectas Hispano-Mejicanas o sea, Código General comprensivo de las leyes generales útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autor y prov' lencias conocidas por de Montemayor y Beleña y cédulas posteriores hasta 1820*, 3 vol., México 1839, reeditada en París 1852. Hay una reimpresión facsimilar con *Introducción* de GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María del Refugio, 3 vol., México 1980.

201. (RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N.) *Curia Philipica Mexicana*, México 1850, otra ed. 1858, reimpresión con prólogo de SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, nota 75.

202. *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*, Bogotá 1845 MAYORGA GARCÍA, nota 129.

203. *Apéndice a la Recopilación de leyes de la Nueva Granada*, Bogotá 1850. MAYORGA GARCÍA, nota 129.

204. *Decreto* 16 julio 1846, en *Boletín de las leyes y decretos del gobierno*, tomo 14, p. 168. *Decreto* 9 febrero 1848 nombra una comisión al efecto, *ib'd.*, 16, p. 37.

En cambio, hubo otros países como El Salvador y Guatemala donde se hicieron posteriormente recopilaciones. La de El Salvador data de 1855, fue obra de Isidro Menéndez y rigió de modo general hasta 1860, en que entró en vigor el código civil²⁰⁵. La de Guatemala rigió, también en términos generales hasta que se puso en vigencia el Código civil en 1877.

Codificación y Derecho indiano

Paralelamente avanza el movimiento codificador. Sus comienzos se remontan a 1822, el Código penal español, entre cuyos redactores se encontró Francisco Martínez Marina²⁰⁶. Su conclusión puede decirse que se produce en la primera década del siglo XX, con los códigos de procedimiento civil (1902) y penal (1907) de Chile. Para entonces, el grueso del derecho vigente en España y América española se hallaba ya codificado.

El carácter de la codificación es muy distinto al de la recopilación. A diferencia de ella no recoge y mantiene en vigor la legislación anterior. La refunde en un texto unitario que reemplaza a los hasta entonces vigentes, los cuales quedan derogados.

En términos generales, la codificación se realizó en dos formas: o bien mediante la adopción de códigos extranjeros, como los franceses, o bien mediante la elaboración de un código propio basado en el derecho vigente. En el primer caso, se sobrepuso al Derecho indiano un derecho extraño, como se hizo en Bolivia en 1831 en materia civil, al adoptarse el *Code civil* francés no sin modificaciones, basadas en el Derecho indiano²⁰⁷. Algo semejante

205. GUZMÁN, Mauricio: *Estudio preliminar a Código Civil de El Salvador*, Madrid 1954, p. 9, nota.

206. ANTÓN ONECA, José: *Historia del Código Penal de 1822*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 18, Madrid 1965, p. 263 ss. SAINZ CANTERO, José A.: *El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al código penal de 1822*, íbid. 20, Madrid 1967, p. 509 ss. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de código penal de 1822*, íbid. 30, Madrid 1977, p. 83 y ss. CASABÓ RUIZ, José Ramón: *Aplicación del código penal de 1822*, en «Estudios Penales. Libro homenaje a J.(osé) Antón Oneca», Salamanca 1982, p. 920 ss.

207. SILES HERNANDO: *Código civil concordado*, Santiago 1910.

se había hecho entre 1827 y 1829 en Oaxaca²⁰⁸ para no mencionar el caso de República Dominicana, donde, por razones muy singulares —la invasión haitiana— simplemente se tradujo el código francés²⁰⁹.

Codificación del derecho civil y penal

Lo ordinario es sin embargo, la elaboración de códigos propios, es decir, basados en el propio derecho, que en América española no es otro que el indiano, o bien, la adopción de uno de estos códigos en otros Estados sucesores de la monarquía hispano-indiana distintos de aquel en que se elaboró.

El mejor ejemplo de ello es el Código civil que redactó para Chile entre 1836 y 1855 el venezolano Andrés Bello (1781-1865) jurista y literato insigne²¹⁰. Este código no sólo fue fiel al Derecho indiano en su contenido, sino que, además, satisfizo cabalmente los ideales de renovación del derecho del siglo XVIII. En cuanto cuerpo ordenado, sistemático y completo de Derecho patrio o nacional, purificado de sus antiguos vicios, contradicciones e incertidumbres representó la realización más cabal de los intentos de afirmación del Derecho patrio o nacional, de crítica y superación de sus deficiencias y de formulación práctica del mismo, que se remontan al siglo anterior²¹¹.

208. *Código para el gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca 1828. *Código Civil. Libro Segundo. Para el gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca 1829. *Código Civil para el gobierno del Estado Libre de Oajaca*, Oajaca 1829. Hay una reedición de los tres libros en ORTIZ-URQUIDI, Raúl: *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México 1974, apéndice p. 119, 171 y 199. VÁZQUEZ PANDO, Fernando: *Notas para el estudio del Principio de efectividad*, tesis (Escuela Libre de Derecho), México 1970, esp p. 127 y p 158-9, nota 379.

209. MEJÍA RECART, Gustavo Adolfo: *Historia General del Derecho o Historia del Derecho Dominicano*, Santiago (República Dominicana) 1943.

210. Sobre Bello hay una extensa bibliografía, AMUNÁTEGUI, Miguel Luis: *Vida de don Andrés Bello* Santiago 1882. CALDERA, Rafael: *Andrés Bello*, Caracas 1935, varias ediciones posteriores. LIRA URQUIETA, Pedro: *Andrés Bello*, México 1948. ORREGO VICUÑA, Eugenio: *Don Andrés Bello*, Santiago 1949. AVILA MARTEL, Alamiro: *Andrés Bello, Breve ensayo sobre su vida y su obra*, Santiago 1981. MURILLO RUBIERA, Fernando: *Andrés Bello, historia de una vida y de una obra*, Caracas 1986.

211. GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Andrés Bello codificador*, 2 vol., Santiago 1982.

Por estar basado en el propio derecho y por su perfección formal, este código que es, además, un monumento de la lengua castellana alcanzó una significación relevante en el curso ulterior de la codificación civil en América española. Varios países lo adoptaron, otros lo utilizaron para elaborar un código distinto y, en fin, otros fueron en mayor o menor medida influidos por él.

Entre los países que adoptaron el Código civil de Chile están: Colombia, Panamá y El Salvador desde 1860, Ecuador desde 1851, Nicaragua desde 1871 y Honduras, primero desde 1880 hasta 1898, y luego, desde 1906 en adelante. Además, influyó sobre los de Uruguay (1869), Argentina (1871) y Paraguay (1876), así como sobre los de Venezuela (1873 y 1904), México (1871 y 1884), Guatemala (1877), Costa Rica (1888), España (1889), que se extendió a Cuba, Puerto Rico y Filipinas, y Brasil (1916)²¹².

Pero la difusión de este Código civil no fue un fenómeno único. Antes bien, sucedió algo semejante con el Código penal español de 1822, y con el de 1848.

Este último, obra principalmente de Manuel Seijas Lozano (1800-68)²¹³ fue objeto de unos celebrados comentarios del eminente jurista Juan Francisco Pacheco (1808-1865): *El Código penal concordado y comentado*, publicados en Madrid en 1848-49 y reeditados seis veces hasta 1888²¹⁴. Varios Estados de América española adoptaron con mayores o menores modificaciones este Có-

212. BRAVO LIRA, Bernardino: *Difusión del Código Civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués*, en REHJ 7, 1982.

213. Sobre Seijas Lozano, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Biografía de los ex presidentes y de los jurisconsultos anteriores al siglo XIX*, Madrid 1911, 1, 184 ss. ANTÓN ONECA, José: *El código penal de 1848*, y *D. Joaquín Francisco Pacheco*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» 18, Madrid 1965, 473 ss. CANDIL JIMÉNEZ, Francisco: *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del código penal de 1848*, *ibid.* 28, Madrid 1975, 405 ss. El mismo: *Manuel Seijas Lozano, Miembro de la Comisión General de Códigos*, *ibid.* 34, Madrid 1981, p. 413 ss.

214. PACHECO, Joaquín Francisco: *El código penal concordado y comentado*, Madrid 1848-49. Tuvo seis reediciones hasta 1888 que contribuyeron poderosamente a la difusión del código de 1848 y sus reformas posteriores. Sobre Pacheco. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *Biografías*. nota 213, I, 133 ss. ONECA, nota 213, CANDIL, nota 213.

digo: El Salvador en 1859, Perú en 1863, México en 1871, Venezuela en 1873, Chile en 1874, Nicaragua en 1879, Costa Rica en 1880, Guatemala en 1889 y Honduras en 1898. Además, se extendió a Cuba, Puerto Rico y Filipinas en 1872²¹⁵.

Codificación del derecho procesal

Después del Derecho civil y penal el tercer pilar de la codificación es el Derecho procesal. Abarca dos aspectos: la organización de la Judicatura, que, bajo el influjo del constitucionalismo, sigue una suerte, en cierto modo, parecida a la del derecho político indiano²¹⁶ y los procedimientos que, en general, permanecen fieles al Derecho castellano. Así lo muestran el *Código de Procederes* de Bolivia de 1830²¹⁷, las leyes de procedimiento civil de Ecuador en 1835, de Venezuela en 1836²¹⁸ y de Chile en 1837²¹⁹, el *Código General* de Costa Rica en 1841²²⁰ y, sobre todo, el *Código*

215. BRAVO LIRA, Bernardino: *Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana*, en REHJ 9, 1984.

216. LEVENE, nota 55, VI, p. 58-130, 324-338, VIII, p. 47-119, X, 69-111. Con motivo del centenario de la ley española se publicaron en 1970 una serie de estudios sobre la materia. AREAL, Leonardo Jorge: *Organización Judicial. Argentina*, Madrid 1970. GELSI BIDART, Adolfo: *Organización Judicial. Uruguay*, Madrid 1970. DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *La organización judicial en Colombia*, en Ministerio de Justicia (España), *Organización Judicial. Colombia, Ecuador, Venezuela*, Madrid 1970 p. 7 ss. LOVATO, Juan Isaac: *La Organización Judicial en Ecuador*, ibíd., p. 30 ss. RODRÍGUEZ URRACA, José: *La Organización Judicial en Venezuela*, ibíd., p. 67 ss. LASSO, nota 61, I *Organización Judicial*, Madrid 1970. RAMOS GONZÁLEZ, José María: *La ley orgánica del poder judicial de 1870. Principios que la informan*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» LX (228), Madrid 1970. MENDIETA, Joaquín: *Breve historial de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia*, en Corte Suprema de la Nación. *Libro homenaje a la Corte Suprema de Justicia de Bolivia*, Sucre 1977, 155. DURÁN PADILLA, Manuel: *Teoría y Realidad del Poder Judicial*, ibíd., p. 71 ss.

217. *Código de procederes*, promulgado el 14 noviembre 1832. *Código de procederes Santa Cruz*, Chuquisaca 1833. Reimpreso La Paz 1852.

218. XUMMEROW, Gert, Nota preliminar a SANOJO, Luis y VISO, Julián: *Estudios escogidos*, Caracas 1959, p. 7.

219. BRAVO LIRA, Bernardino: *Bello y la Judicatura. La codificación procesal*, en Departamento de Ciencias del Derecho, *Andrés Bello y el Derecho*, Santiago 1982, p. 119 ss. El mismo: *Los comienzos de la codificación en Chile. La codificación procesal*, en RCHHD, 9, 1948

de Procedimiento del Perú de 1852²²¹ y la *Ley de Enjuiciamiento* española de 1855²²². Muy influidas por ella son la *Ley de procedimiento federal* de 1863 de Argentina, el *Código de procedimiento civil y comercial* de la provincia de Buenos Aires de 1880 y el *código de procedimiento criminal* argentino de 1905²²³. Más tradicionales aún son los códigos chilenos de procedimiento civil (1903) y de procedimiento penal (1905).

En resumen, la etapa 1750-1900 es para el Derecho indiano, lo mismo que para la mayor parte de los derechos europeos una fase de afirmación como derecho nacional frente al Derecho común.

Esta culmina en la codificación que, junto con poner término a la supremacía del Derecho común sobre el derecho nacional, sienta las bases del predominio del derecho legislado sobre el derecho de juristas.

A partir de ella los estudios jurídicos, las decisiones judiciales y en general toda la vida jurídica tienden a centrarse en el derecho nacional codificado. Así las antiguas obras *doctrinales* del Derecho común se ven desplazadas por los nuevos cuerpos *legales* de derecho nacional.

En este sentido la codificación tiene un carácter conclusivo. En Europa continental y en América hispana pone fin a toda una época de la historia jurídica. El derecho de juristas, y su expresión máxima el Derecho común que predominaba hasta entonces en el Viejo y en el Nuevo Mundo, cede paso al Derecho legislado, recogido en Códigos y constituciones.

220. *Código General de la República de Costa Rica*, 1841, otra ed. Nueva York 1858. Consta de tres partes: civil, penal y procesal.

221. *Código de procedimiento civil*, Lima 1852.

222. *Ley de Bases* de 13 mayo 1855, en MANRESA Y NAVARRO, José María, MIGUEL, Ignacio y REUS, José: *La ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada*, Madrid 1856-61. A través de esta obra la ley española influyó considerablemente en América española. LASSO GAITÉ, Juan Francisco: *Crónica de la codificación española*, 5 vol., aparecidos, Madrid 1970-87, 2 Procedimiento Civil, Madrid 1972.

223. LEVAGGI, Abelardo: *Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX*, en RI 25, 1979. El mismo: *La codificación del procedimiento criminal en la Argentina en la segunda mitad del siglo XIX*, en «Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene», 11, Buenos Aires 1983. El mismo: *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, en RCHHD, 9, 1984

CONCLUSION

A modo de conclusión cabe recapitular las grandes etapas de la relación del Derecho indiano con el Derecho común, a lo largo de su historia, desde los orígenes a fines del siglo xv hasta la codificación en el siglo xix.

El Derecho indiano debe su existencia a la expansión europea. Su nacimiento no es sino una manifestación más de este fenómeno histórico que domina y define a la Edad Moderna. Así como se difunden en América las plantas y animales de Europa, la lengua y las costumbres de España y Portugal, la fe y la moral católica, así también nacen en el Nuevo Mundo un arte y una literatura propios, un derecho y unas instituciones propios. Este Derecho indiano se nutre del Derecho europeo en sus dos grandes vertientes: el Derecho propio de Castilla o Portugal y el Derecho común, cultivado hasta entonces en las universidades del Viejo Mundo y que a partir del siglo xvi comienza a cultivarse igualmente en las universidades de América española.

Pero en Iberoamérica la vigencia de este Derecho europeo no se restringe a una minoría de origen y cultura europeos, segregada del grueso de la población. Desde el primer momento se aplican el Derecho común y el Derecho castellano o portugués —a veces, incluso, en forma ingenua—, a los nuevos territorios y a sus habitantes. Se reconoce a los aborígenes como personas, se les atribuye la calidad política de vasallos, y para hacer efectivos sus derechos como tales, se les protege asimilándolos a las personas menesterosas; todos conceptos que ellos no podían ni entender ni desear ni reclamar. Pero, gracias a esto, su suerte no quedó a merced de los conquistadores. Mediante el Derecho, la monarquía y la Iglesia pudieron interponer su acción en favor de los aborígenes.

Problemas de este orden eran desconocidos en Europa. Por eso al aplicarse el Derecho común y el Derecho de Castilla y Portugal a territorios, poblaciones y situaciones distintas de aquellas en que nacieron, hubo que adaptarlos, modificarlos y enriquecerlos con nuevas soluciones. Así nace un Derecho indiano, forjado principalmente por europeos, con mentalidad europea, pero en función de la realidad americana.

Sin embargo, los juristas, los prácticos y la población en general, prefieren instintivamente soluciones conocidas, máxime en regiones remotas, donde la tendencia natural y casi inconsciente de los europeos es reproducir los modos de vida de sus lugares de origen. Por muchas razones cuesta recurrir a soluciones nuevas. Ellas se abren camino penosamente, sólo por necesidad, cuando parecen ineludibles. De ahí que el Derecho indiano nazca y crezca, como un nuevo retoño, en contacto estrecho —pegado— a esos dos añosos troncos, fuertes y vigorosos, que eran el Derecho propio de Castilla y el Derecho común.

Esta situación no tiene paralelo en la historia de la expansión mundial de Europa. Ella explica el surgimiento no sólo de instituciones indianas, sino también de esa pujante literatura jurídica que florece en el Nuevo Mundo, como si fuera una rama más del Derecho común o una simple variante del Derecho de Castilla. En otras palabras, por primera vez en su historia, Europa ve brotar fuera de su suelo un derecho de juristas enraizados en el Derecho común. Más aún desde el siglo xvii los autores indianos alcanzan un nivel científico similar al de los europeos de su tiempo y, con ello, el Derecho indiano se pone en cierto modo a la altura de los derechos europeos. De esto no hay ejemplo en ninguna otra parte del mundo, fuera de Hispanoamérica.

De ahí en adelante la historia del Derecho indiano corre paralela a la de los Derechos castellano y portugués y, por ende, a la de los demás derechos de Europa continental.

Una vez igualado a ellos en el siglo xvii, comparte la misma suerte. Se afirma junto con ellos en los siglos xviii y xix, como Derecho patrio o nacional frente al Derecho común y pasa de la recopilación a la codificación.

De esta manera el Derecho indiano al igual que los europeos se sobrepone al Derecho común, pero al precio de dejar de ser un Derecho prevalentemente de juristas para convertirse en un Derecho primordialmente legislado.

BERNARDINO BRAVO LIRA
Academia Chilena de la Historia
Universidad de Chile

ABREVIATURAS

AEA	Anuario de Estudios Americanos, Sevilla.
AHDE	Anuario Historia del Derecho Español, Madrid.
AHJE	Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Quito.
CDIAO	Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía, 42 vols. Madrid 1864-84.
CIHDI	Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios.
ENCINAS	Encinas, Diego de, Cedulaario indiano, 4 vol., Madrid 1596, ed García-Gallo, Alfonso, 4 vol., Madrid 1945-46.
IC	Ius Commune, Francfort
Jb	Jahrbuch f. Geschichte von Staat Wirtschaft u. Gesellschaft Lateinamerikas, Colonia-Viena.
RDP	Revista de Derecho Público, Santiago.
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Valparaíso.
RCHHD	Revista Chilena de Historia del Derecho, Santiago.
RHA	Revista de Historia de América, México.
RHD	Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires.
RI	Revista del Instituto de Historia del Derecho (Ricardo Levene), Buenos Aires.
RIN	Revista de Indias, Madrid.