FRANCISCO JOSÉ CUENA BOY
Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Cantabria

LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO INDIANO DE LOS INDÍGENAS

I. El punto de partida de mi análisis lo constituye la nueva consideración de los derechos locales a raíz de la extensión de la ciudadanía romana del año 212 d.C. Tras la *Constitutio Antoniniana*, los nuevos ciudadanos seguían apegados a sus anteriores "derechos populares" y pretendían, muy naturalmente, que los mismos fueran tenidos en cuenta a la hora de encauzar judicialmente sus controversias. En esta situación, la consideración de la *consuetudo civitatis vel provinciae* como fuente complementaria o subisidaria, en la medida en que no se opusiese al "orden público" romano, recibe un impulso decisivo.

El núcleo de fuentes jurídicas romanas que interesan al tema de la prueba de la costumbre lo forman un pasaje de los *libri de officio proconsulis* de Ulpiano (D.1.3.34)[1], un fragmento de las *quaestiones* de Calístrato que recuerda un rescripto de Septimio Severo referido a las condiciones jurídicas locales o provinciales (D. 1.3.38)[2] y otro rescripto análogo de Alejandro Severo (C. 8.52[53].1)[3].

---

[1] D. 1.3.34, Ulp. 4 *de off. procons.*: *Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit*

[2] D. 1.3.38, Call. 1 *quaest.*: *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.*

[3] C. 8.52(53).1, *Imp. Alexander A. Apro evocato*: *Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae* (a. 224). La primera frase de este rescripto se repite en C. 8.10.3; en realidad se trata de la misma constitución: cfr. G. LOMBARDI, "C. 8, 52[53], 1", en *SDHI* 17 (1951) p. 283 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

La idea que parece desprenderse de estos pasajes es que la aplicación judicial de la costumbre local o provincial depende de que su existencia haya sido debidamente acreditada, siendo la reiteración de sentencias anteriores que la hayan tomado en consideración el medio de prueba adecuado a estos efectos. Esta "prueba de la costumbre" se refiere, con absoluta claridad, a la costumbre en sentido sustancial, o sea, a la norma consuetudinaria que podría proporcionar la sustancia de la sentencia judicial. No se trata, así pues, de una mera praxis procesal, a la que aluden otros textos con las expresiones *mos iudiciorum* o *consuetudo fori*[4].

En esta breve exposición no tiene cabida un ejercicio de crítica textual sobre los pasajes que nos interesan. Baste decir a este respecto que las interpolaciones y alguna incorrección gramatical señaladas en ellos por varios autores[5], o bien no son convincentes o bien no afectan al núcleo de información que ofrecen sobre la prueba de la costumbre.

En D. 1.3.34 la *consuetudo* alude al derecho consuetudinario de las ciudades y provincias; es decir, la costumbre es reconocida como fuente del derecho en el ámbito local y provincial. Por eso es una hipótesis no sólo verosímil, sino que debió de darse con frecuencia en la práctica, que los litigantes invocaran la correspondiente *consuetudo* ante el tribunal del gobernador[6]. Frente a tal posibilidad, Ulpiano indica al procónsul la necesidad de comprobar la existencia de aquella costumbre, a cuyo fin le sugiere el valor primario de las decisiones judiciales como medio de prueba: *pri-*

---

4 Vid. la referencia de algunos textos en L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano* I. *Dalla Repubblica all'eta dei Severi*, Napoli, 1971, p. 157 nt. 51.

5 En D. 1.3.34 se ha señalado la incorrección ortográfica de la frase *contradicto aliquando iudicio*; en D. 1.3.38, la interpolación del *nam* inicial y de las palabras *consuetudinem aut*; y en C. 8.52(53).1, el origen compilatorio del período *nam et consuetudo*-fin. Vid., entre otros, LOMBARDI, "C. 8, 52[53], 1" cit., p. 282 s., 286 s., e ID., "Sul titolo 'quae sit longa consuetudo' (8.52[53]) nel Codice giustinianeo", en *SDHI* 18 (1952) p. 22 s., 51 s.; B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Graz-Köln, 1966, p. 33 nt. 11; F. GALLO, *Interpetazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1971, p. 189; P. VAN WARMELO, "D. 1.3 ('De legibus senatusque consultis et longa consuetudine')", en *Studi Volterra* I, Milano, 1971, p. 421; W. FLUME, *Gewohnheitsrecht und römisches Recht*, Opladen, 1975, p. 35 s.; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 52 nt. 20; U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*2, Padova, 1995, p. 21.

6 Cfr. W. WALDSTEIN, "Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom", en *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, p. 118 nt. 70.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

mum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit. Las sentencias pronunciadas en juicio contradictorio se consideran, por tanto, la prueba más eficaz (aunque acaso no la única admisible) de la existencia y los términos de la norma consuetudinaria[7].

El fragmento de Ulpiano no indica la necesidad de un número determinado de sentencias para dar por probada la existencia de una costumbre. De las otras fuentes se desprende que ha de tratarse de decisiones frecuentes y de sentido coincidente; así, el rescripto de Alejandro Severo requiere al gobernador que sentencie *probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt* (C. 8.52[53].1), y por su lado Calístrato (Septimio Severo) habla de *res perpetuo similiter iudicatae* (D. 1.3.38); ambas expresiones se refieren al mismo concepto[8].

Algunos autores ven en el pasaje de Calístrato una relación entre costumbre y sentencia judicial distinta de la que Ulpiano diseña en D. 1.3.34 entre la *consuetudo* como derecho sustancial y los precedentes como medio de prueba de su existencia. Según esta opinión, la frase *ambiguitates quae ex legibus proficiscuntur* de D. 1.3.38 se refiere a incertidumbres surgidas en la interpretación de una ley determinada[9] y consideran, por tanto, que la costumbre de la que habla Calístrato debe ser entendida como costumbre o praxis judicial interpretativa de la ley.

Sobre este problema me parece preferible la interpretación de Lombardi, aceptada por Bove, según la cual las *ambiguitates quae ex legibus proficiscuntur* son incertidumbres acerca de la norma aplicable al caso concreto[10]. Por lo tanto, son dudas de esta naturaleza, y no dudas me-

---

7 Vid. LOMBARDI, "Sul titolo" cit., p. 51, 57; U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a.M., 1955, p. 517; GALLO, *Interpretazione* cit., p. 195; BOVE, *o.c.*, p. 147; M. KASER, "Das Urteil als Rechstquelle im römischen Recht", en *Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien, 1978, ahora en ID., *Römische Rechstquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, 1986, p. 61 s.; VINCENTI, *o.c.*, p. 31.

8 LOMBARDI, "Sul titolo" cit., p. 52; cfr. también BOVE, *o.c.*, p. 156 s., sobre C. 8.52(53).1.

9 Para lo cual se apoyan los autores en D. 1.3.37, Paul. 1 *quaest.*: *Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo*. Cfr. en este sentido VACCA, *o.c.*, p. 51 s.; VINCENTI, *o.c.*, p. 30 ss.

10 Cfr. LOMBARDI, "Sul titolo" cit., p. 51 nt. 129, subrayando la analogía sustancial de D. 1.3.38 con C. 8.52(53).1; BOVE, *o.c.*, p. 149 s.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

ramente interpretativas de la ley aplicable, las que Severo dispuso que fuesen resueltas con un ojo puesto en la costumbre y otro en las *res iudicatae*. Ahora bien, dado que los precedentes judiciales no fueron reconocidos nunca en Roma como fuente del derecho[11], la única forma de tomarlos en consideración a los efectos de resolver las mencionadas *ambiguitates ex legibus* era como prueba de la existencia de la norma, y llegado el caso, como prueba de la existencia y el contenido de la norma consuetudinaria.

A modo de conclusión, de las fuentes analizadas se desprenden las ideas siguientes sobre la prueba de la costumbre en la experiencia romana en el periodo sucesivo a la *Constitutio Antoniniana*:

a) la continuidad en la vigencia de los derechos peregrinos tras la extensión de la ciudadanía, dentro de los límites del "orden público" romano y bajo la consideración técnica de costumbres locales o provinciales;

b) la necesidad de probar la existencia de la costumbre alegada por uno de los litigantes para que la misma pueda tener aplicación en el pleito concreto;

c) la prioridad de las sentencias judiciales dictadas en juicio contradictorio como medio de prueba de la existencia y los términos de aquella costumbre;

d) la necesidad de que esas sentencias sean frecuentes y conformes en su sentido.

II. Los principios romanos sobre la prueba de la costumbre fueron recibidos y reinterpretados en la tradición jurídica bajomedieval. En términos generales[12], el conocimiento de la costumbre por el juez no se presupone salvo que se trate de costumbre *notoria* o *in scriptum redacta*; fuera de estos dos casos, la costumbre es considerada como un hecho y por lo tanto debe ser alegada y su existencia probada por el litigante interesado. Los medios de prueba son los ordinarios, es decir, testigos y documentos. En Francia (en el "pays de droit coutumier") y en los Países Bajos se practica también la averiguación *per turbam*, esto es, por la declaración de diez testigos que deponen sobre las condiciones de aplicación de la costumbre[13].

---

11 Vid. al respecto KASER, *o.c.*, p. 51 ss., y las conclusiones generales de VINCENTI, *o.c.*, p. 92 s. (cfr. p. 25 s., específicamente sobre D. 1.3.38).

12 Cfr. en general H. COING, *Derecho privado europeo* I, Madrid, 1996, p. 178; A. GARCÍA Y GARCÍA, "Antecedentes medievales de la moderna problemática sobre la costumbre", en *La consuetudine tra diritto vivente e diritto positivo*, a cura e con introduzione di M. TEDESCHI, Catanzaro, 1998, p. 15 ss., p. 32 sobre la prueba de la costumbre.

13 Vid. R. FILHOL, "La preuve de la coutume dans l'ancien droit français", en *La preuve* II. *Moyen Age et temps modernes* (Recueils de la Societé Jean Bodin pour

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

Sobre la costumbre como hecho pasible de prueba se pronuncia la Glosa a propósito de C. 8.52(53).1 en los términos siguientes:

"Sed cum consuetudo est ius, ergo non probatur ius: quod non debet esse: ut [D. 22.3.5 pr.]. Sed dic illud in iure scripto, quod est certum et finitum: ut [D. 22.6.2] at hic non scriptum pendet ex facto: quod factum est necesse probari: ut hic dicitur"[14].

Sólo partiendo de esta consideración de la costumbre como un hecho se explican los juristas la necesidad de probar su existencia, pues, por lo demás, la costumbre es derecho y como tal, en principio, no necesita prueba. Por otro lado, la introducción de la costumbre se realiza, según la Glosa, "*per duas sententias latas intra decem annos*"[15], o sea, se necesita cierto número de actos conformes (concretamente sentencias) producidos a lo largo de un período de tiempo determinado.

Serán los comentaristas los que se encarguen de precisar que la costumbre se puede introducir tanto por actos judiciales como por actos extrajudiciales, pues lo importante en ambos casos es la frecuencia de actos y el *tacitus consensus populi*[16]; de cualquier modo, Bártolo advierte que las sentencias en juicios contradictorios por las que los jueces declaran la existencia de la costumbre (D. 1.3.34) no crean ésta en realidad,

---

l'histoire comparative des institutions XVII), Bruxelles, 1965, p. 360 ss.; A.E. LAPIEZA ELLI, *Historia del Derecho romano*, Buenos Aires, 1981, p. 294 s.; L. WAELKENS, "L'origine de l'enquête par turbe", en *TR* 53 (1985) p. 337 ss.; J.F. POUDRET, "Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIIIe et XIVe siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe", en *RHDFE* 65 (1987) p. 71 ss., espec. 79 ss. Dado que la "turba" se expresa por boca de uno solo de sus componentes, se llegará a exigir el testimonio de dos "turbas" por aplicación de la regla *testis unus, testis nullus*; el número de diez testigos como integrantes de una "turba" deriva de D. 47.8.4.3.

14 Gl. *probatis his* in C. 8.52(53).1; cfr. POUDRET, *o.c.*, p. 77.

15 Gl. *diuturna* in D. 1.3.33; cfr. gl. *inveterata* in D. 1.3.32: "sed qualiter decennio consuetudo introducitur? Responde si bis fuerit iudicatum in illo tempore: vel libellum, vel querimoniam propositam contra talem consuetudinem spreuerit iudex"; AZO, in *Summa Codicis* "Quae sit longa consuetudo", ed. *Corpus Glossatorum juris civilis* II, Torino, 1966, p. 324.

16 Cfr. BARTOLO, *In duodecim libros Codicis*, Basilea, 1562, p. 810, commin C. 8.52(53).1, num. 19: "quia consuetudo inducitur per tacitus consensum populi, ut saepius est ostentum, qui potest colligi, et declarari, etiam per actus extraiudiciarios, sicut per iudiciarios"; BALDO, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venecia, 1599, fol. 178, comm. in C. 8.52(53).1, num. 2: "ad consuetudinem inducendam ac probandam, requiritur actuum frequentia".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

sino que solamente la prueban y la reconocen una vez que ya está establecida[17]. Por último, los testigos llamados *ad consuetudinem probandam* deben deponer, según la común doctrina de los comentaristas, sobre los tres extremos siguientes: *usus populi*, *frequentia usus* y *temporis diuturnitas*.

Por lo que respecta a las Partidas, el título segundo de su libro primero trata "del uso, e de la costumbre, e del fuero". El uso es la acción que, repetida sucesivas veces y sin imposición a lo largo de un tiempo prolongado, da origen a la costumbre[19]; ésta es ya derecho, y precisamente derecho no escrito nacido del uso y que por el uso se prueba. En su glosa al sumario del título indicado, Gregorio López subraya la diferencia de uso y costumbre diciendo que aquél *sonat factum* y ésta *ius*; por eso, *ad probandam consuetudinem*, el testigo debe deponer *de usu*, pues nada probaría si se limitase a decir que la costumbre existe[20]. De esta manera, el uso, como hecho, parece situarse tanto al principio de la costumbre como en el momento de la prueba de su existencia y aplicación.

Según la ley 5ª (*Partidas* I,2), la norma consuetudinaria nace, prescindiendo de otras condiciones, por el uso del pueblo durante diez o vein-

---

17 BARTOLO, *In duodecim libros Codicis* cit., p. 812, comm. in C. 8.52(53).1, num. 32; el razonamiento de Bártolo se refiere a los actos judiciales en general e incluye, por tanto, el rechazo de la demanda planteada en contra de la costumbre o desconociendo su existencia.

18 Vid. BARTOLO, *In duodecim libros Codicis* cit., p. 813, comm. in C. 8.52(53).1, num. 32, a diferencia de Azón, para el cual los aspectos sobre los que debían deponer los testigos eran éstos (según los expone Bártolo, *ibid.*, p. 812): "primus videlicet quod perpetuo sit obtentum, sine contradictione. Secundum est modus, quod testes deponant, quod libelli querimoniarum non fuerunt recepti. Tertius modus est, quod testes deponant, quod fuerit bis obtentum in contradictorio iudicio"; BARTOLO, *In universum civile ius commentaria* (*Digestum vetus*), Basilea, 1562, p. 44, comm. in D. 1.3.32, num. 23-24; B. DE CHASSENEUX, *Consuetudines Ducatum Burgundiae*, Lugduni, 1582, p. 43, proemium, in textu ibi, *lesquels ils ont examiné*: "(...) testes debent deponere tria, scilicet usum populi, frequentia usus, et temporis diuturnitatem".

19 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *De aquellas cosas* in *Partidas* I, 2, 1: "Ergo plures actus requiruntur ad inducendam consuetudinem, et non sufficeret unus actus (...) unde nec sufficiet binus actus, nisi ex his resultet tacitus consensus populi: quia consuetudo inducit ex his quae frequenter fiunt [C. 8.52(53).1]"; la repetición de actos debe ser, además, no simultánea sino sucesiva.

20 G. LÓPEZ, gl. *Uso* in *Partidas* I, 2; cfr. R. GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, "Costumbre a partir de las Partidas", en *RFDUC*, Monográfico nº 9 (1985), p. 46.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

te años "como en manera de costumbre", siempre que en ese tiempo "fueren dados, concegeramente dos juycios por ella", o que un juez hubiera confirmado su existencia y validez rechazando la pretensión del litigante que la contradecía. Como se puede apreciar, los requisitos exigidos por la ley para la introducción de la costumbre coinciden en cierta medida con aquellos elementos de hecho sobre los que la prueba de su existencia debe recaer; así lo confirma la glosa gregoriana al referirse alguna que otra vez al *modus inducendi et probandi consuetudinem*[21].

Extremos tales como el *animus* o *consensus populi* en orden a la introducción de la norma consuetudinaria ("como en manera de costumbre") y la reiteración de actos o frecuencia del uso se pueden probar por medio de testigos[22]. Por otro lado, siempre en relación con la misma ley de Partidas, se plantea la duda de si la prueba de la costumbre sólo puede obtenerse mediante la pluralidad de sentencias -como parece exigir el texto legal y podría confirmar la mención de este (único) medio de prueba en D. 1.3.34, donde se habla de "*consuetudo firmata* [*in*] *contradicto iudicio*"- o bien si, por el contrario, cabe también la posibilidad de una prueba basada en actos extrajudiciales. Al respecto, Gregorio López, acogiéndose a la doctrina de Bártolo y otros autores, entiende que la ley 5ª presenta los actos judiciales como un modo de prueba de la costumbre, pero sin excluir otros posibles[23].

Las fuentes romanas se habían limitado a exigir que las sentencias judiciales de aplicación de la costumbre fuesen frecuentes, pero sin precisar un número concreto de ellas. En las Partidas, éste parece haber sido uno de los puntos en los que se produjo mayor oscilación en las sucesivas redacciones. Gregorio López señala, en efecto, que en todos los manuscritos por él revisados ("*permultos et antiquissimos*") se requerían "de treynta juyzios arriba"; en cambio, el texto de la ley 5ª sobre el que él redacta su glosa se conforma con dos. De todos modos, en medio de larga discusión

---

21 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *Fueren dados* in Partidas I, 2, 5.

22 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *Como en manera de costumbre* in *Partidas* I, 2, 5, alegando el principio, basado en D. 50.1.2 pr., según el cual "praesentes, et assistentes habentur pro consentientibus in his quae ad publicam utilitatem respiciunt".

23 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *Fueren dados* in *Partidas* I, 2, 5: "unde videtur ad istam legem dicendum, ut procedat quando isto modo quis vult probare consuetudinem scilicet per actus sententiarum, cum populi vel maioris partis acquiescentia. Si vero non sit iste modus probandi, sed alius, ex quo colligi possit tacitus consensus populi, non excluditur per istam legem". En su caso, los actos extrajudiciales deberán ser más frecuentes que los judiciales.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

del asunto[24], López apunta algunos datos interesantes: el número de dos juicios o sentencias es suficiente a condición de que se cumplan los otros dos requisitos, a saber, el plazo de los diez años[25] y la *notitia populi*; además, las sentencias deben ser definitivas. Por último, la costumbre confirmada en juicio contradictorio, si en un proceso ulterior volviese a ser discutida, no necesita ser probada en la forma ordinaria, sino que basta probar que en el juicio anterior fue reconocida como tal costumbre y que no hubo apelación contra esa sentencia[26].

III. En las colonias españolas de América se produjo una situación que no deja de recordar la de los nuevos *cives* tras la *Constitutio Antoniniana*: los aborígenes americanos se convirtieron muy tempranamente en vasallos libres de la Corona de Castilla; en consecuencia, el derecho de la metrópoli se les aplicaba en principio como a los demás súbditos; sin embargo, este diseño teórico chocaba inevitablemente con las realidades sociales indianas, conflicto que hubo de conducir más pronto que tarde a un replanteamiento de la actitud oficial frente a los "ordenamientos" indígenas. Como resultado de ello, estos derechos lograron subsistir en alguna medida en la nueva situación, si bien, probablemente, como *consuetudines* mal conocidas por las instancias oficiales y seguramente necesitadas, por esta razón, de alegación y prueba ante los tribunales[27].

---

24 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *Dos juyzios* in Partidas I, 2, 5.

25 G. LÓPEZ, gl. *diez o veinte años* in *Partidas* I, 2, 5, argumentando que el pueblo siempre está presente, considera rechazable el plazo de veinte años que se daba en la prescripción contra ausentes; tratándose de costumbre *contra ius canonicum* se necesitaba, en cambio, un plazo de cuarenta años. Cfr. GIBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, *o.c.*, p. 39 s.; J. GAUDEMET, "La coutume en droit canonique", en *Revue de Droit Canonique* 38 (1988), ahora en ID., *La doctrine canonique médiévale*, Great Yarmouth, Norfolk, Great Britain, 1994, estudio nº III, p. 237 s.; GARCÍA Y GARCÍA, *o.c.*, p. 26 s.

26 Cfr. G. LÓPEZ, gl. *Juzgasse que era costumbre* in *Partidas* I, 2, 5.

27 En realidad, aun dentro de una gran variedad, los ordenamientos indígenas eran de antemano de carácter predominantemente consuetudinario o se trataba, en cualquier caso, de derechos no formulados por escrito: cfr., entre otros, J. MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho indiano", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (1967) p. 67 s.; V. TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)", en *Revista de Historia del Derecho* 14 (1986) p. 401 s.; A. LEVAGGI, *Manual de Historia del Derecho argentino (castellano - indiano/nacional)* I. *Parte general*, Buenos Aires, 1986, p. 155; M.A. GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *Un mestizaje jurídico. El Derecho indiano de los indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*, Madrid, 1995, p. 12 s.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

La política conservadora de los ordenamientos autóctonos se inicia hacia 1530 en la Nueva España con los capítulos de Corregidores, sigue con las *Leyes Nuevas* de 1542 (cap. 20) y culmina con una Real Cédula de 1555 dictada a petición de los naturales de la Vera Paz y generalizada después por su incorporación a la *Recopilación* de 1680 (II,1,4)[28]. En términos generales, estas disposiciones ordenaban el respeto de los "usos y costumbres" indígenas en la medida en que no fuesen claramente injustos ni contrarios a la religión cristiana.

La naturaleza no formulada del conjunto de estos ordenamientos, y las propias expresiones legales que se refieren a ellos, sugieren la idea de que los españoles los conceptuaron como derechos consuetudinarios. Es cierto que la Real Cédula de 1555 y la ley recopilada que de ella se forma insinúan una distinción entre *leyes* y *costumbres* indígenas, así como mencionan por separado también las buenas leyes y buenas costumbres antiguas y las hechas y ordenadas de nuevo por todos los indios[29]. De todos modos, a ojos de los españoles, el contraste de las normativas indígenas con su propio derecho debía ser tan evidente que difícilmente hubiera cabido una posibilidad distinta de la señalada.

Había, pues, que respetar los derechos autóctonos, pero estos derechos eran desconocidos por los órganos judiciales españoles encargados de su

---

28 Vid. D. DE ENCINAS, *Cedulario Indiano*, ed. facsímil, Madrid, 1954, IV, fol. 355: "Aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros aueys tenido y teneys para vuestro buen regimiento y policia, y las que aueys hecho y ordenado de nueuo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fueremos seruido, y nos pareciere conuiene al seruicio de Dios Nuestro Señor, y nuestro, y a vuestra conseruación y policia Christiana, no perjudicando a lo que vosotros teneys hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros, que fueren justos y buenos". En la *Recopilación de Leyes de Indias*, II, 1, 4, se reproduce la Real Cédula de 1555 con algunos cambios en la manera de referirse a los derechos indígenas (*"las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenian los Indios para su buen gobierno y policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son Christianos"*) y en la exigencia de que no estén en contradicción con las leyes de la propia Recopilación; cfr. también la ley 22 (V, 2) de la *Recopilación*.

29 Llaman la atención sobre este problema R. ZORRAQUÍN BECÚ, "Los derechos indígenas", en *Revista de Historia del Derecho* 14 (1986) p. 438 s., y GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *o.c.*, p. 38 s., esp. p. 53 s.; vid. también un breve apunte en V. TAU ANZOÁTEGUI, "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 *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, 1973, p. 129.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

aplicación[30]. Tal ignorancia sólo muy parcialmente pudo ser remediada por las informaciones públicas y privadas emprendidas para la recuperación y el conocimiento de las normas indígenas[31]. Por ello, necesariamente, una parte muy considerable de la enorme diversidad de leyes o costumbres indígenas del período prehispánico no llegaron a plasmarse por escrito de modo fehaciente; *a fortiori*, lo mismo hubo de suceder con las nuevas costumbres que se formaron bajo el dominio español. Y por lo demás, tampoco ayudó mucho a solucionar el problema la actuación de los jueces indígenas, naturalmente mejores conocedores de las costumbres autóctonas, dado lo limitado de su competencia y la constante vigilancia y control de que eran objeto por parte de las autoridades hispánicas[32].

En suma, la necesidad de alegación y prueba de la costumbre indígena se esboza, a la luz de estas consideraciones, como una hipótesis verosímil, por más que carezcamos de datos concretos acerca de la frecuencia y del modo en que aquella prueba se pudo practicar.

¿Cómo se afrontó esta situación? Dada la vigencia que tuvieron en Indias, bien se puede pensar en la aplicación de las *Partidas* y la doctrina de su glosa gregoriana para la determinación y la prueba ante los tribunales españoles de las costumbres autóctonas carentes de notoriedad[33]. En efecto, en la legislación y en la literatura jurídica indianas no hay una elaboración autónoma u original sobre esta materia; por otro lado, alguna referencia legal o doctrinal a los requisitos de la costumbre, lo que deja

---

30 Vid. por ejemplo BORAH, W., *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México D.F., 1985, p. 55 ss.; GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *o.c.*, p. 355.

31 Cfr. C. DÍAZ REMENTERÍA, "La costumbre indígena en el Perú hispánico", en *Anuario de Estudios Americanos* 33 (1976) p. 14 ss.; TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica" cit., p. 407 ss.; GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *o.c.*, p. 38, esp. p. 310 ss.; ZORRAQUÍN BECÚ, *o.c.*, p. 442.

32 Vid. BORAH, *o.c.*, p. 54 s.; ZORRAQUÍN BECÚ, *o.c.*, p. 444; GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *o.c.*, p. 305 ss., 327 ss.; cfr. *Recopilación de Leyes de Indias*, VI, 7, 13, sobre la jurisdicción criminal de los caciques; J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, II, 27, 4 s., 11 s.

33 La aplicación en el Derecho indiano de los requisitos señalados por Gregorio López para la validez de la costumbre es expresamente afirmada por B. BRAVO LIRA, "La costumbre en el Derecho indiano", en ID., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, p. 76; ID., "Vigencia de las Siete Partidas en Chile", *ibid.*, p. 103; en el mismo sentido, DÍAZ REMENTERÍA, *o.c.*, p. 12 s.; TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre como fuente" cit., p. 133, 135 ss.; ID., "La costumbre jurídica" cit., p. 384, 412 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

traslucir en el fondo es la recepción de los principios del Derecho castellano al respecto[34].

En este sentido, aparte del procedimiento de encuesta o información para la averiguación de los usos y costumbres indígenas, que en todo caso buscaba solucionar el problema con alcance general y de modo previo al momento procesal, es muy probable que los precedentes judiciales fueran uno de los medios de prueba judicial más utilizados[35]; no en vano las *Partidas* (I, 2, 5) se referían expresamente a ellos. Seguramente se admitiría también la prueba testifical, sola o en relación con la alegación de actos judiciales anteriores. En cuanto a la consulta a vecinos, en la medida en que se pueda diferenciar de lo anterior[36], su finalidad sería posiblemente comprobar la existencia de la costumbre a través de actos extrajudiciales que pudieran demostrar su vigencia; este medio de prueba, en el que se puede ver alguna similitud con la *inquisitio per turbam* practicada en ciertos países europeos, sería no sólo admisible bajo el régimen jurídico de las *Partidas*, sino especialmente adecuado al tipo de "hecho" que se intentaba probar.

IV. Para concluir este trabajo no queda sino destacar brevemente el indudable paralelismo que existe, desde el punto de vista jurídico, entre dos situaciones sociales separadas, cuando menos, por una distancia de siglos: la de los nuevos ciudadanos romanos tras la *Constitutio Antoniniana* y la de los indígenas americanos convertidos en vasallos de la Corona de Castilla. Una misma problemática jurídica, en lo referido concretamente

---

34 Vid. por ejemplo, *Recopilación de Leyes de Indias*, II, 2, 21; J. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, III, 23, 39; especialmente J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, I, 8, 18: "tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada, y prescrita por diez años para con presentes, y veinte para con ausentes, determinada, a lo menos, por dos actos en el discurso de ese tiempo, y procede, aunque sea contra el mismo derecho, y para corregirle, salvo que siendo contra el canónico, ha de ser de quarenta años, como consta de unas leyes de Partidas [*Partidas*, I, 2, 5, 6 y 7], y su glosa gregoriana". Cfr. TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre como fuente" cit., p. 134; BRAVO LIRA, "La costumbre" cit., p. 76.

35 Dice BORAH, *o.c.*, p. 262 s., que "los precedentes judiciales y las decisiones en casos previos que determinaran la costumbre apropiada, como en el sistema anglosajón, no desempeñaron papel alguno salvo hasta el grado mismo en que pudiera hacerse un intento por determinar cuál había sido la costumbre india"; cfr. TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica" cit., p. 413.

36 Cfr. TAU ANZOÁTEGUI, "La costumbre jurídica" cit., p. 425; ID., "La costumbre como fuente" cit., p. 190.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315

a la continuidad y la prueba de las *consuetudines* locales y de los usos y costumbres autóctonas, condujo en cada uno de los dos casos a soluciones de principio parecidas; de puente entre ellas sirvió, obviamente, la tradición jurídica del derecho común llevada a América por los españoles.

Prudentemente, sin embargo, la constatación de semejanzas se debe detener en el plano formal de la pura técnica jurídica. Cualquier intento de ir más allá sin profundizar en el conocimiento de las realidades indígenas americanas entraña el riesgo de hacer tabla rasa de la complejidad interna de éstas y de sus diferencias esenciales con las realidades del mundo provincial romano[37]. Importa advertir, en particular, que del análisis realizado no se desprende ninguna conclusión de signo positivo acerca del grado de respeto efectivo que se tuvo por las normas indígenas en la realidad social y jurídica de los diferentes territorios de la América española.

[37] Cfr. al respecto I. CREMADES UGARTE, "Derecho romano y límites de la romanización en Iberoamérica", en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, Murcia, 1998, p. 260 ss.; ID., "Cuestión indígena y recepción del Derecho romano en Iberoamérica y sus límites", en *SCDR* IX-X (1997-1998) p. 189 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0315