

Algo más sobre Derecho Indiano (entre el *ius commune* medieval y la modernidad)*

*Nadie echa vino nuevo en odres viejos;
porque revientan los odres,
y se pierden el vino y los odres;
a vino nuevo, odres nuevos
(San Marcos, 2, 18-22)*

SUMARIO: I.—Introducción; la prolongada vigencia en el tiempo y en el espacio del *ius commune*. II.—El *ius commune* y los *iura propria*: Del rey lector al rey legislador. III.—La importancia de la ley del rey en los orígenes del Derecho Indiano. IV.—Las primeras «Leyes de Indias».

I. INTRODUCCIÓN. LA PROLONGADA VIGENCIA EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO DEL *IUS COMMUNE*

La escuela jurídica medieval, forjadora del *ius commune*, que surge al filo de los siglos XI y XII, ha tenido, sin duda, una larga vigencia, a despecho de las transformaciones que históricamente pudieran registrarse, y una difusión extraordinaria. Dice el clásico Calasso que el derecho de los textos justinianeos, elaborado por la escuela italiana, cruzó los Alpes y los mares y fue recibido «da genti lontane, diverse per stirpe e per tradizione, dove le aquile romane non s'eran mai spinte; e fu pertutte il diritto comune. Quasi divinando, Baldo aveva detto che nellespressione “ius commune”, quantunque essa propriamente designi il “ius civile”, si include tuttavia anche il “ius gentium”: *quia utrumque commune est*»¹.

* Ref.: BHA 2000-0195.

¹ Francesco CALASSO, *Introduzione al Diritto Comune*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970, pp. 75-76.

A tal punto alcanzó vigencia y jerarquía la escuela jurídica medieval del *ius commune*, que ni aun sustituida por la racionalista visión del mundo jurídico contemporáneo, esencialmente legalista y codificador, ha caído en el olvido. Me animo a decir que, hoy mismo, no es infrecuente encontrar la invocación de sus principios, elaborados por los célebres jurisconsultos medievales, en la enseñanza del Derecho, en los alegatos forenses, en las sentencias de los tribunales, en las conclusiones arbitrales, en la doctrina de los autores, es decir, en la cultura jurídica de nuestro tiempo.

Ahora bien, durante la prolongada vida de aquella concepción jurídica de origen medieval, debemos tener por integrados en la consideración del *ius commune* a los *iura propria*, porque, como bien se ha sostenido, no resulta adecuada la distinción entre el momento de formación del Derecho, de aquel de su difusión, o sea, de la llamada *recepción*². Aun cuando por entonces el poder real demuestre una mayor fortaleza e interés en la formulación del Derecho³ y con ello asistamos a una nueva realidad normativa⁴. En ese sentido, nos dice Iglesia Ferreirós, «la recepción supone, en definitiva, la reivindicación por el monarca de la creación del derecho: al presentarse la creación del derecho ahora no como un descubrimiento del mismo, sino como resultado de la actividad regia, su ámbito de aplicación aparece determinado por el ámbito del poder regio; es decir, el derecho regio será un derecho para su reino», sin que ello signifique, nos advierte el citado autor, que «encontremos ya en vigencia el principio de la creación del derecho por el monarca... La tradición de que el derecho antiguo es el buen derecho⁵, impide que el monarca pueda derogarlo, o sea, que pueda llevar a sus últimas consecuencias la afirmación de que lo que place al rey tiene fuerza de ley»⁶.

En realidad esos derechos particulares, dice Grossi, carecen de vocación totalizadora y aun cuando contradigan al Derecho común, no dejan de integrarlo y en manera alguna pretenden sustituirlo o impugnarlo, «son impensables fuera del Derecho común»⁷.

² Jesús VALLEJO, «El calice d'argento (secoli XII-XV)», en *Storia d'Europa. Il Medioevo, secoli V-XV*, vol. III, Torino, Einaudi, p. 27-36 (cito por la versión castellana mecanografiada, en mi poder merced a la gentileza del Prof. Fernando Martínez).

³ Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1975, t. 1.º, p. 93.

⁴ Antonio MANUEL ESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (ed. al cuidado de Antonio Serrano González, traducción de Isabel Soler y Concepción Valera), Madrid, Tecnos, 2002, p. 134.

⁵ «No cambios de lugar las piedras que colocó tu padre... porque si bien conviene evitar la innovación, conviene, por el contrario, seguir lo que es antiguo, porque si lo nuevo es vil, lo antiguo es sagrado». (Así enseñaba el monje Vicente de Leríns en el siglo V, según Arón GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, Taurus Humanidades, 1990, p. 197).

⁶ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio», en *Historia, Instituciones, Documentos*, núm. 4, Sevilla, 1977, p. 133.

⁷ Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval* (con prólogo de Francisco Tomás y Valiente), Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 223-224.

En parecido sentido, pero desde otra perspectiva, apoyándose en la enseñanza que deriva de la práctica, sostiene Bellomo, que en la aplicación que pudiese hacer el juez o el abogado de una norma del *ius proprium*, «regia, o comunale o de d'altra natura», habrá siempre una referencia al *ius commune*, que fija el significado de los términos técnicos que se encuentran en la norma o en el documento notarial, al que necesariamente habrá de remitirse. No sólo en punto a la utilización de términos técnicos, como acaba de afirmarse, sino aun con respecto a las normas. Porque «...non ha importanza che il “contenuto” delle norme o delle clausole negoziale sia in linea o contrasti con i precetti del diritto commune. È perciò del tutto irrelevante se il diritto commune, como diritto positivo da applicare, stia al primo o all'ultimo posto nella graduazione delle fonti normative». Es decir, que existe «fra *ius commune* e *ius proprium* un sistema di rapporti e di valore che deborda largamente dalla tematica della graduazione delle fonti»... «anche se le norme no se applicano e anche se sono differenti da quelle del *ius proprium*, o addirittura contrastanti con esse», pues a partir de esas circunstancias, el abogado o el juez habrán logrado un *modus argumendi* que utilice tales situaciones para hallar en las coincidencias, las contradicciones o los silencios, la solución adecuada. «Senza il *ius commune* il *ius proprium* non avrebbe tanta vitalità né tanta attualità nelle coscienze del tempo, e per converso senza le provvide differenze e varietà del *ius proprium* il *ius commune* non avrebbe le radici della stessa esistenza, né campo operativo per spiegare le sue funzioni»⁸.

Como ya decía Calasso, no pueden pensarse los *iura propria* de manera independiente del *ius commune*, pues «facce parte dello stesso sistema normativo», ya que «il *ius proprium* nasceva naturalmente vincolato al *utrumque ius*, sia che si svolgesse in conformità di questo, sia che ne rappresentasse una deviazione»⁹.

La multiplicidad de ordenamientos, volvamos ahora a Vallejo, responde a la presencia del poder político de cada círculo social, de cada región, de cada reino, del propio Imperio (sin dejar de admitir la presencia de otros órdenes superiores que escapan a cualquier paternidad terrena, como el derecho de revelación divina, el natural propio de cada hombre, el de gentes derivado de aquél). Son varios los organismos del poder político, colegiados o unipersonales (maestros, señores, senadores, príncipes o reyes), que consideran «suyos» los ordenamientos de leyes que han sancionado, ya sea para regir la comunidad artesanal, el municipio, la ciudad, el señorío o el reino. Por lo pronto, el concepto de «ley» es amplísimo y abarcativo de todo tipo de «norma», sin importar ni quién la pronuncia, ni en qué ámbito se la aplica, ni aun si es escrita o no; la diferencia con la costumbre es imperceptible,

⁸ Manlio BELLOMO, *L'Europa del Diritto Comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei. Edizione di Arte e Scienza, 1989, pp. 166-169, 170-171 (hay traducción española supervisada por la prof. M. Emma Montanos Ferrín, de la misma editorial, Roma, 1996).

⁹ F. CALASSO, *Introduzione...*, cit., pp. 111-112.

ya que la ley es *commune preceptum* y, por ende una, y otra dimanar de una voluntad colectiva¹⁰.

Ya volveremos sobre este tema, vinculándolo al Derecho de las Indias, que forma parte de la prolongación en los siglos xv y siguientes, con especiales *particularidades*, de ese *ordo iuris*.

Pero a pesar de ello, dentro del orden del *ius commune*, no todos, o mejor dicho, no cualquiera, puede «hacer leyes», que no es otra cosa que convertir en normas una realidad objetiva ya existente, la *aequitas*. Es decir, la «ruda equidad», indefinida aún, que el legislador convierte en precepto jurídico, norma de derecho, que pasará luego a ser sistematizada. «Hacer una ley es declarar, no crear, el derecho»; es, en suma, «interpretar», que no es mera adecuación de una norma general a un caso concreto, sino poner por escrito una realidad que venía impuesta de lo alto. El poder político que declara el derecho a través de la ley, lo hace en virtud de la potestad jurisdiccional (la *iurisdictio*¹¹), y en virtud de esa misma potestad dicta sentencias y las ejecuta. Usa del poder, un solo y único poder, que reconoce diversos grados, el mayor de los cuales es el del monarca en su reino, a quien sus súbditos le han transferido el que originariamente les era propio, proveniente de Dios.

En esta concepción, el monarca puede usar de su *iurisdictio* sancionando leyes y aplicándolas, leyes que, como hemos dicho, se integran en el orden jurídico con otras normas de distinto origen, provenientes de otros funcionarios u organismos con capacidad también ellos para hacerlo (es decir con *iurisdictio*), o bien de orden consuetudinario, pero teniendo en cuenta que en realidad el verdadero legislador es el pueblo, es decir, «el coro» (ese elemento esencial de la tragedia griega, al decir de Grossi): «Es a él a quien compete la potestad normativa por excelencia: la *lex* es antes que otra cosa, *constituto populi*, ligada al *consensus* de la comunidad»¹².

En la Edad Media, las nuevas leyes que sancione el príncipe, dice Guriévich¹³, exigirán el acuerdo de los súbditos (*consensus fidelium*), y serán los *meliores et maiores*, sus representantes, que «encarnaban las concepciones jurídicas del pueblo», quienes juzgarían si ellas se correspondían con el antiguo derecho vigente.

No cabe en tal orden una *categoría de fuentes*, todas tienen igual jerarquía por cuanto todas son un mero *reconocimiento* de un derecho preexistente. El *ius commune* es considerado entonces como «una gran operación llevada a cabo por una multitud anónima de modestos artífices, que en conjunto logran escul-

¹⁰ El autor ha explicitado largamente estos conceptos en Jesús VALLEJO, *La ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Ver A. GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, cit., pp. 191 y ss.

¹¹ Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editores, 1969, *passim*.

¹² P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, cit., p. 199.

¹³ A. GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, cit., p. 196.

pir la piedra angular de la historia, al tallar de manera permanente las facciones del rostro de una completa experiencia jurídica» surgida de la praxis¹⁴. Señala Vallejo, en una expresión bien lograda, que podían ser varios los llamados a «normar» el derecho, pues «aun plurales los orfebres, la misma era la materia sobre la que trabajaban, y la misma también la obra final perseguida, ese cáliz de plata... de ley»¹⁵.

Explica Grossi que para el mejor estudio y comprensión del derecho forjado en la Edad Media europea, se lo ha «independizado» de la influencia deletérea del Estado. De ahí que a su entender los más seguros instrumentos de acceso a su conocimiento sean, preferentemente, los institutos jurídicos que hoy llamaríamos de Derecho privado¹⁶, por ser esas relaciones entre las personas las más elocuentes expresiones del «tejido de una civilización histórica», es decir, las más apropiadas, por expresar «con fidelidad el derecho como experiencia y mentalidad» de la sociedad de que se trata, y, sobre todo, por cuanto en la época de su formulación se juzga al poder político como casi indiferente por ese tipo de derecho, del que o no se ocupa, o se ocupa poco, dejando la regulación de la vida cotidiana a los particulares, para que se den su propia y libre organización social. Estas estructuras jurídicas, en donde la injerencia de la autoridad es escasa o nula («la levedad del poder político medieval»), son consideradas como las más apropiadas para transmitirnos un mensaje mucho más genuino acerca de cómo fue ese Derecho, nacido en el siglo XI, y en plena madurez durante los siglos XII a XIV, que estudiado por los juristas de su tiempo y por los de los sucesivos, alcanzó a adquirir una larga, ancha y absoluta vigencia. Un Derecho sin Estado, un Derecho sin vinculaciones a fuertes manifestaciones del poder político, sino permaneciendo en estrecha alianza con la completa sociedad civil en toda su complejidad. Se trata, en suma, de un Derecho que es substancialmente un *ius involuntarium*, radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas¹⁷. El príncipe es «un lector» de la realidad natural en que está inscripto el derecho, por eso no crea el Derecho sino que lo «dice», es, en suma, un «intérprete» de un orden jurídico que reposa en la «plataforma constitucional de la costumbre, hecho primordial, segunda naturaleza, en ocasiones –aunque en mínima parte– redactada por escrito y convertida en *lex* por obra de un príncipe diligente».

La tarea del legislador, en la Edad Media, no es la de elaborar nuevas leyes, sino la de hacer una «selección, en el derecho antiguo, de las disposi-

¹⁴ P. GROSSI, *Discurso de investidura de Doctor honoris causa*, Universidad Autónoma de Madrid, 1994, p. 44.

¹⁵ Jesús VALLEJO, «El calice d'argento...», *cit.*, p. 58.

¹⁶ Es de difícil distinción lo público y lo privado, especialmente en el mundo medieval, según lo señalara oportunamente Francisco TOMÁS Y VALIENTE en el *Prólogo* a la obra de GROSSI, *El orden jurídico medieval*, ya citada (pp. 24-25). Dificultad que aún hoy preocupa a los juristas.

¹⁷ Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Editorial Trotta, 1996, p. 28.

ciones más sabias y justas». Un Derecho que, por ser «antiguo», recibía una alta valoración moral en la vida medieval (*Nihil innovetur nisi quod traditum est*)¹⁸.

Ese príncipe era considerado en realidad el juez supremo y su función primordial era la de hacer justicia («Vicarios de Dios son los reyes cada uno en su regno puestos sobre las gentes para mantenerlas en paz et en justicia et en verdad [...] ca así como el alma yace en el corazón del home, et por ella vive el cuerpo e se mantiene, así en el rey yace la justicia, que es vida e mantenimiento del pueblo et de su señorío», *Partidas*, II, i, 5, y sigue el código del rey sabio diciendo que «Justicia es una de las cosas por que mejor et mas enderezadamente se mantiene el mundo, et asi como fuente onde manan todos los derechos: et nom solamente ha logar la justicia en los pleytos que son entre los demandadores y los demandados en juicio, mas aun entre todas las cosas que aviene entre los homes, quier se fagan por obra o se digan por palabra», *Partidas*, III).

En el orden del *ius commune* el príncipe en realidad «debe» o «puede» transcribir la costumbre en textos legislativos, la denominada *lex*. «La *consuetudo* es una *lex* en potencia y la *lex* es una costumbre clasificada y sistematizada; una y otra en continua ósmosis, pues hay una tendencia natural de la costumbre a convertirse en *lex*, pero también de la *lex* a flexibilizarse y modificarse abierta a nuevos movimientos consuetudinarios»¹⁹.

En esta atractiva consideración del Derecho común, que hemos seguido hasta ahora, nos encontramos con un príncipe reacio a dictar leyes, pues esa es una función considerada más bien extraña a su carácter de tal, que sólo aparece, en el tiempo, cuando hace crisis la civilización jurídica medieval, pues hasta tanto existe una «timidez» del monarca por legislar. Las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio –que podrían ser una excepción– son en verdad, a juicio de Grossi, un cuerpo de doctrina elaborado por juristas del Derecho común y no un mandato del Rey²⁰.

Dentro de este esquema del Derecho el jurista es en realidad el gran intérprete. «La *scientia juris* es por excelencia *interpretatio*»²¹. Pero los juristas medievales no están reducidos a un mero proceso de descubrimiento, su labor es también un acto volitivo libre. Grossi encuentra apoyo de lo afirmado en la *Glossa Magna: interpretor, idest corrijo* [...]. *Item verbum apertius exprimo* [...] *item arrogo, item prorogo, sed econtra corrijo id est addo* («Interpreto, es decir, corrijo. Asimismo, explico más ampliamente la palabra, asimismo añado, también amplío; y en un sentido contrario, corrijo, es decir amplío»).

En esa labor de interpretación obra el príncipe mediante una *interpretatio* «generalis et necessaria», vinculante para la generalidad de sus súbditos, expre-

¹⁸ A. GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval*, cit., pp. 194-196.

¹⁹ P. GROSSI, *Discurso de investidura...*, cit., pp. 36-37.

²⁰ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 108, 140.

²¹ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., p. 169.

sada normativamente; la costumbre, también es «generalis et necessaria», vinculante para todos los miembros de la comunidad; la del juez es una *interpretatio* «necessaria» pero no «generalis», pues sólo vincula a las partes del pleito sometido a su resolución. La del sabio es tan sólo «probabilis». Ahora bien, según aclara nuestro autor, la *interpretatio* del príncipe (norma escrita) y la de la costumbre (norma no escrita), son equiparables, «siendo absolutamente extrínseca la circunstancia de la redacción por escrito»²².

El sabio jurista tiene en esta concepción el mismo poder «jurisdiccional» que los otros dos protagonistas, el príncipe y la comunidad, pues con su labor consigue un resultado «probable», que puntualiza una vecindad dialéctica a la verdad en la lógica escolástica.

Cuando el Derecho romano que cultivan los juristas glosadores se enfrenta a nuevas circunstancias no contempladas (*nuova negotia*) que necesitan ser reguladas y a las que habrá que encontrarles solución, por ser asuntos «ignorados por el derecho romano o desviados de sus esquemas rigurosos pero también rígidos», la solución puede ser doble: o mediante un acto normativo del príncipe, o mediante la acción interpretativa del juez o del jurisconsulto, otorgándole la glosa mayor autoridad: *interpretatione iurisconsulte autoritate*. De esta consideración se desprende una cada vez mayor desvinculación del Derecho de las decisiones del príncipe, que es, al decir de Grossi, eliminado incruentamente, manteniendo respeto y consideración por él, pero relegado a un mero soporte formal, dando paso al procedimiento de *de similibus ad similia* confiado al juez y al jurisconsulto. Pero si por un lado se eliminaba incruentamente al poder de la elaboración del Derecho, por el otro se vaciaba al propio Derecho romano justinianeo «forzado y reformado por los contenidos medievales». La ciencia jurídica medieval de los glosadores y comentaristas «quiere simplemente revivir el texto en conformidad a su propia mentalidad y en nombre de sus propias exigencias; intenta revivirlo para hacer de él la regla de la propia vida actual». Se trata de un «derecho de juristas», es verdad, pero fundamentalmente por ser ellos quienes al lado del juez, generalmente lego, dan —con su parecer jurídico— *contenido* a su sentencia (*consilium sapientis iudiciale*)²³.

Los juristas, glosadores y comentaristas, aportan su ciencia en aras de lograr un Derecho ordenador de la sociedad medieval, con la fuerza que otorga la *opinio communis doctorum*, especie de «costumbre doctrinal», como la llama Hespánha, que pasa a ser decisiva —más que en las propias fuentes de derecho de los reinos— en la orientación de la jurisprudencia²⁴. Para ello utilizan los textos jurídicos de seis siglos atrás a fin de hacerlos aptos a la realidad de su tiempo, es decir, reconstruir un Derecho efectivo, ligado a los hechos. Son, en suma, los grandes personajes que auxilian en la «lectura» del Derecho, *ius involuntarium*, preexistente hallado en la costumbre y la naturaleza de las cosas.

²² P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 170-171.

²³ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 168-179.

²⁴ A. M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea...*, cit., p. 74, nota 1.

Siguiendo a Grossi, podemos decir, que la ciencia jurídica elabora el Derecho desde dos puntos o momentos fundamentales: desde el texto romano o canónico que le otorga validez y desde la interpretación o sea la efectividad de una construcción doctrinal: «Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar, pero el texto no puede ser considerado más allá de una insustituible referencia formal». Se trata de una ciencia «mediadora» entre los hechos de la vida real y el texto y por ello es creadora y constructora del Derecho. La anécdota sobre el más célebre comentarista, Bártolo de Saxoferrato, que primero formulaba la decisión apropiada y una vez hallada se hacía buscar por otro los pasajes del *Corpus Iuris* que podían ser adaptados a ella²⁵, es una clara expresión de la labor de los sabios del Derecho en la Edad Media, cada vez más alejados de la exégesis y más cerca de la interpretación.

En suma, «los “glosadores” y “comentaristas” son en sustancia bastante poco glosadores y comentaristas; son bastante poco romanistas y el derecho común es bastante poco derecho romano modernizado». Citando a Alano de Lille se afirma Grossi que los juristas medievales, en su soledad, no pueden despreciar la autoridad formal de los textos, pero esta autoridad tiene para ellos la nariz de cera, es decir debe ser entendida como «materia dúctil y puede ser dirigida hacia una u otra parte según las exigencias del operario». Por supuesto que toda su labor tiene, eso sí, un límite infranqueable, una ley de fondo, legitimación última y fundamental, el derecho divino²⁶.

Los juristas, dentro de esta concepción, son intérpretes de la *aequitas*, que no es producto de la mente humana sino que está en las cosas, que conlleva la impronta providencial de Dios, porque la quintaesencia de la *aequitas* es el *ius naturale*, calificado por los juristas medievales como *ius aequissimum*.

Ahora bien al independizar el estudio del derecho común del «dogal» del Estado, se lo considera «liberado» de lo episódico de una política, por elemental que fuese, para permitirse con total libertad construir ese orden social que viene de las entrañas de la sociedad, surge de abajo y establece sin condicionamientos una constitución duradera²⁷.

No es necesario señalar que en estas palabras del profesor Grossi, está contenida la piedra basal de su concepción del *ius commune*. Un edificio fundamentalmente europeo, único y común, que a pesar de las fragmentaciones que se pre-anuncian, no podrá ser desintegrado en su tiempo y que los ataques que sufre solo deben ser considerados –vuelvo a sus palabras- como «manifestaciones de un proceso tumoral que condena lentamente a muerte al viejo organismo jurídico». Es por ello que la utilización de fuentes en su mayoría italianas, a juicio del mismo autor, no pueden desviar el camino hacia la verdad, ya que la península itálica puede ser considerada como el «corazón» del *ius comune*, y a ese fenómeno, como «exquisitamente italiano, que fue adquiriendo forma y contenido en el florecimiento universitario italiano del siglo XII». Es ese Derecho medieval, el

²⁵ Tomada de P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 176 y 225.

²⁶ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 225-226.

²⁷ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 29-31.

«Derecho común», un fenómeno cerrado, distinto del Derecho clásico y distinto del moderno (entendiendo por tal al de la codificación).

Ese *ordo juris* es la medida de los varios Derechos positivos, todos ellos en el gran marco del Derecho natural y divino de principios normativos eternos e inmutables, por ser la voz de Dios.

De lo hasta aquí expuesto, resulta casi innecesario señalar el abismo que separa aquella concepción del Derecho de la que se atribuye a la ciencia jurídica moderna, que concibe al Estado como supremo legislador y la ley como la expresión formalizada de la voluntad general, abstracta y pronunciada conforme a las pautas solemnes que le son impuestas. Es lo que se denomina el «estatalismo jurídico», el «monopolio legiferante», el «absolutismo jurídico» del Estado; en suma, la regulación impuesta por el poder político a todos los órdenes de la vida del hombre, desde el nacimiento hasta la sepultura²⁸.

II. EL *IUS COMMUNE* Y LOS *IURA PROPRIA*. DEL REY LECTOR AL REY LEGISLADOR

No ha habido una caída brusca desde la concepción jurídica del *ius commune*, que hemos expuesto, a la consideración absolutista del Derecho estatal nacida en el ochocientos y cristalizada con la codificación napoleónica en la siguiente centuria (aún cuando registrase importantes antecedentes en siglos anteriores). En ese intermedio, del que ya hemos hablado en párrafos anteriores, ubicamos el objeto de nuestro estudio, por supuesto que mucho más cerca del mundo jurídico medieval y su prolongación en la Edad Moderna, que de la época contemporánea.

Durante el largo período que transcurre desde la Edad Media a la modernidad, precisamente a partir uno de los hitos en que se cifra la iniciación de la tradicionalmente denominada Edad Moderna (1492)²⁹, nace el Derecho Indiano, es decir, aparecen en el firmamento jurídico «las Leyes de las Indias», como se llamaron en su tiempo a las normas destinadas a regir en los nuevos dominios de España en América y Asia, descubiertos a partir de 1492. Un Derecho que surgió respondiendo a la necesidad apremiante de «normar» la nueva sociedad, y organizar la conquista y el gobierno del mundo nuevo que aparecía en esce-

²⁸ La condena a tal sistema jurídico «legalista» ha sido expresada en ocasiones de manera brutal. Oigamos al propio profesor Grossi explicar lo que, a su entender, usando el lenguaje del hombre de la calle, es el Derecho de nuestro tiempo: «L'uomo della strada, portatore del buonsenso de l'uomo comune, non ha torto. Il diritto appare a lui soltanto come legge, e legge è il comando autoritario che piove dall'alto sulla inerme comunità dei cittadini senza tener conto dei fermenti circolanti nella coscienza collettiva, indifferente alla varietà delle situazione che pretende di regolare. È infatti insegnamento corrente che virtù commune della lege sono: la astrattezza e la generalità, cioè la sua insensibilità alle posible differenti esigenze dei destinatari; la autoritariedad, cioè la indiscutibilità del suo contenido» (P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 14-16). Ya volveré sobre este tópico.

²⁹ También puede considerarse el inicio del período con la caída de Constantinopla en manos de los turcos en 1453, es decir unas décadas antes.

na, desconcertante e inédito. Surge –y ello es de capital importancia– en los tiempos de declinación del llamado «Derecho sin Estado».

Es la época en que la presencia «tumoral» del príncipe en la formación del Derecho cobra fuerza. Deja de lado su casi indiferente posición de intérprete y observador, para intervenir, cada vez con más decisión, en la formación del Derecho. Los sabios maestros de aquel *ordo iuris* que habían cimentando, lenta pero eficazmente, casi sin su concurso, una cultura jurídica universal, y sus discípulos, deberán, en los tiempos que se inician, atender a este nuevo sujeto, «fuente» de normas, antes prácticamente inexistente.

Por descontado que no recibirán de buen grado esa intromisión. Amarrados a la enseñanza y aplicación del Derecho común romano canónico y enfrentados a la intervención regia, se sumergirán en una manipulación de textos y opiniones en donde el Derecho terminará siendo juguete de los letrados³⁰. Las invectivas en prosa y en verso contra estas maniobras, que fueron inspiradas en un sentir general de repulsa, han ocupado mucho ingenio^{30bis}. Lo cierto es que los juristas, usando como ariete las enseñanzas del *ius commune*, procuran ser control y censura del derecho del rey, al que tratan de hacerle decir lo que ellos consideran que debe decirse.

El mundo nuevo aparece en el mundo viejo cuando el rey castellano hace tiempo ya que se ha quitado el manto de intérprete o mero descubridor de un Derecho preexistente, con que lo cubría la escuela jurídica medieval, para adoptar sin vacilaciones la figura de legislador (no importa en el caso y por ahora los resultados efectivos de esa decisión).

Evidentemente se abría una nueva etapa en la elaboración del Derecho, una etapa de alejamiento de la tradicional postura aceptada durante siglos, de un «Derecho sin rey», para acceder a la presencia de este importante personaje en su formación, que cada vez con más ahínco pretenderá dejar de ser «lector» para asumir la función de «legislador».

Si bien la irrupción definitiva de la voluntad real en la formación del Derecho es del siglo XVIII, con pretensiones de constituirse en exclusiva y excluyente (en la Península Ibérica especialmente en su segunda mitad), hay quien ha podido ubicar bien tempranamente, ya desde el quinientos, una marcada autonomía del príncipe con respecto a la esfera del *ius dicere* (al menos en el plano teórico), que comienza a dejar de ser lector de un orden jurídico precedente, para constituirse en modificador del mismo, fundado en su propia voluntad. Si bien, en verdad, hasta el setecientos es la actividad del príncipe más semejante a la de «dispensador» de una gracia (ya que su intervención surge en general de la petición de un súbdito que desea se le conceda una excepción), que creador de reglas generales, o sea, de legislador³¹. Pero es, sin

³⁰ A. IGLESIA FERREIRÓS, «Derecho Municipal, Derecho Señorial, Derecho Regio», *cit.*, p. 136.

^{30bis} Ver E. GACTO FERNÁNDEZ, *Sobre la justicia en las fuentes literarias*, Universidad de Murcia, 2002.

³¹ Luca MANNORI, «Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen», en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997 (agradezco al prof. Alejandro Agüero la referencia).

duda, un antecedente que no debe dejarse de lado para observar el giro que bastante antes del nacimiento del Derecho Indiano comienza a advertirse en la formación del Derecho.

«Contrastando con la inhibición de los príncipes en la formación del derecho en tiempos anteriores, ha dicho García-Gallo, ahora los reyes, por sí mismos o con las Cortes, legislan activamente. En algunas regiones promulgan códigos y en todas dictan disposiciones que encauzan el derecho –incluso el local– en una dirección determinada o se reservan la facultad de interpretar el derecho»³².

Por lo pronto, aun antes de la sanción del orden de prelación contenido en el Ordenamiento de Alcalá de 1348 –considerado como una típica intervención Real en la regulación de asuntos señoriales o forales– puede verse una significativa mutación en la actividad regia, de manera que al «rey que declara derecho, propio de la alta Edad Media, sucede un rey legislador que lo crea», situación que quedará consolidada, al decir de Petit, «de un modo irreversible» con los Reyes Católicos³³. El ordenamiento de que hablamos es demostración de esa intervención, pues sancionado por el rey Alfonso XI, venía a confirmar la vigencia de las Partidas, que aun cuando fundamentalmente fueran *ius commune*, en Castilla podían ser consideradas como Derecho Real; habían sido elaboradas por un rey, Alfonso el Sabio, e «interpretadas en el punto conflictivo de los poderes del monarca», por otro, Juan II³⁴. Sin duda que las Partidas eran el Derecho del rey, aun cuando contuviesen fundamentalmente Derecho común y fuesen consideradas (o precisamente por eso) como un instrumento de la llamada «recepción»³⁵.

Lo cierto es que, como acabo de señalar, no por ello dejó de imperar el *ius commune* como Derecho marco o, si se quiere, como Derecho alternativo o supletorio, sobre todo por la labor (las «manipulaciones»³⁶) de los juristas,

³² A. GARCÍA-GALLO, *Manual...*, cit., t. 1, p. 391. Ver asimismo A. IGLESIAS FERREIRÓS, «Derecho municipal...», cit., p. 139.

³³ Carlos PETIT, «Derecho Común y Derecho Castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (ss. XV-XVII)», en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis –Revue d'histoire du droit– The legal history review*, L, núm. 2, Universitaire Pers Leiden, 1982, p. 158.

³⁴ C. PETIT, *op. cit.*, p. 159. El autor se remite, para apoyar su afirmación sobre que las Partidas reconocían tal carácter en Castilla, a lo expuesto por Tomás y Valiente, quien puntualizó que ese cuerpo «actuó paradójica y simultáneamente como vehículo legal de penetración del Derecho romano-canónico en Castilla, y como dique legal que impedía una vigencia global del Derecho común, tal y como sucedió, por ejemplo, en Cataluña»: Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, p. 244.

J. VALLEJO ha desarrollado una interesante interpretación sobre el relativo valor, en la práctica y en su tiempo, del Ordenamiento de 1348, al que considera más como jalón en la marcha hacia la preponderancia regia en la elaboración del Derecho, que como hito fundamental de ese proceso: Jesús VALLEJO, «Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá», en *Textos y concordancias del «Ordenamiento de Alcalá»*; Biblioteca Nacional, Madrid, Vit. 15-7 (ed. por Frank Waltman) y Biblioteca Nacional, Madrid, Res. 9 (ed. por Frank Watman y Patricia Martínez de la Vega Mansilla). Introducción de Jesús VALLEJO, Madison 1994, pp. 3-14.

³⁵ A. GARCÍA GALLO, *Manual...* cit., t. 1, pp. 90-91.

³⁶ C. PETIT, *op. cit.*, pp. 163 y 172.

o mejor dicho, por su resistencia denodada al cambio del vértice central de creación del Derecho³⁷. Todo ello sin dejar de recordar la estrecha relación entre el *ius commune* y los *iura propria* (Derechos en donde el príncipe actúa con fuerza), a punto tal, que no se concibe el uno sin el otro, según se explicó más atrás.

Ni las «leyes de citas»³⁸, ni la insistencia regia de que prive «su» Derecho, el Derecho Real, podrán impedir que el *ius commune* pierda su importancia, y los juristas habrán de lograr que, a pesar de la intención evidente del monarca de querer estar en la cúspide de la pirámide legislativa, se recurra al Derecho común para cubrir vacíos o dirimir cuestiones no previstas en el Derecho local o personal, sustituyendo el recurso a la persona del monarca, que es lo que apeetece a éste, por el recurso a ese *ordo iuris*, que ellos dominan³⁹.

El monarca no habrá de alcanzar de inmediato, ni en breve tiempo, la posición legislativa prevalente que se propone, pero esta nueva corriente impulsada por él irá erosionando lenta, pero eficazmente, aquella vieja concepción jurídica. El paso del tiempo y la insistencia del monarca en convertirse en legislador hará que aquellos juristas y hombres sabios, arropados en el prestigioso *ius commune*, dejen de resistir la prepotencia real para convertirse en sus devotos aliados, dando formas y razones jurídicas al regalismo imperante, que concluye generando con el «iluminismo» y el «despotismo ilustrado» del siglo XVIII, a mi entender, la formación de un «nuevo» Derecho, tan distinto del gestado en la Edad Media y prolongado a siglos posteriores, que podemos sentirnos autorizados a llamarlo de ese modo y a considerarlo como un «tomo» de características especiales en la evolución general de la historia jurídica europea y americana (pero ello no es materia de este trabajo).

Es entonces cuando con el poderoso y remozado instrumento maquiaveliano de la *razón de estado*, puesto en las manos del monarca por los juristas de los nuevos tiempos, supuesta la vigencia del principio *principis legibus solutus est*, quede autorizado el «soberano» para alterar el Derecho tradicional legado de la Edad Media en aras del «bien público», que, al decir de Domat, «es la obra de Dios mismo»⁴⁰. «La ragione di stato e un necessario eccesso del iure commune per fine de pubblica utilità»⁴¹.

Por cierto que en este camino hacia el «absolutismo-despotismo» regio, la obra de Jean Bodin (1530-1596) es de trascendental importancia, con independencia de cualquier tipo de precedente, pues cuaja en ella «una concep-

³⁷ A. GARCÍA GALLO, *Manual...*, cit., t. 1, pp. 89-90.

³⁸ A. GARCÍA GALLO, *Manual...*, cit., t. 1, p. 231.

³⁹ C. PETIT, *Idem.*, pp. 172 y ss. Las «interpretaciones» intencionadas acerca de la aplicación del Derecho común, «manipulando» las cláusulas del Derecho Real (Ordenamiento de Alcalá o Leyes de Toro), están claramente expuestas en este trabajo.

⁴⁰ De la dedicatoria a Luis XIV de su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1ª. ed. 1689), cit. por Eduardo GARCÍA DE ETRERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 2001, p. 99.

⁴¹ Andrea CANONHIRO, *Del'introduzione alla politica, alla ragion di Stato* (1614), cit. por E. GARCÍA DE ETRERRÍA, *op. cit.*, p. 98.

ción de la “soberanía”, cuya esencia se identifica con la capacidad de sancionar y derogar la ley»⁴².

El triunfo del principio de la creación del Derecho por parte del monarca no significó, empero, la instauración de la desvinculación definitiva del rey frente al Derecho vigente, al menos hasta que el «despotismo ilustrado» de los Borbones lo termine por liberar, apoyado por las doctrinas «sacralizadoras» de la persona regia, provocando un cambio verdaderamente radical⁴³.

El monarca, hasta entonces, como lógica consecuencia de todo ello, quedaba siempre sujeto a «su» propio Derecho⁴⁴. «Il principe, come ogni altro legislatore –sostiene Bellomo–, dev’essere non solo giusto: dev’essere anche “principe legalis” cioè signore chi rispetta la sua stessa legge; agire secondo giustizia significa agire “secundum ius”»⁴⁵.

III. LA IMPORTANCIA DE LA LEY DEL REY EN LOS ORÍGENES DEL DERECHO INDIANO

Ahora bien en la etapa de transición del *ius commune* al orden jurídico pre-sido por la voluntad del rey, es cuando toca a Castilla mirar allende el océano y tratar de dar respuesta a la multitud de cuestiones que surgen en el Nuevo Mundo. La inesperada aparición de las Indias arroja a los pies del Trono, como un alud, cientos de situaciones desconocidas y desconcertantes, que pronto se harán miles, que no encuentran respuesta adecuada en el Derecho (y la religión), y que por ello precisan de reglas con que darles solución, normas que deberá elaborar la Corona sin demora. Todo ello además de la necesidad de «ordenar» la conquista y colonización del Nuevo Mundo.

En esas circunstancias nacen «las leyes de las Indias». Surgen para dar solución a las múltiples cuestiones, de toda índole, producidas por la aparición de los territorios allende los mares. Lo hacen en un momento especialísimo de la historia del Derecho europeo, cuando una nueva fuerza en la creación de nor-

⁴² Aun cuando la bibliografía sobre Bodin sea numerosa, me permito remitir, por considerarlo una síntesis del tema, al artículo de Marta LORENE, «Autonomía y soberanía: Entre la Historia conceptual y la Historia del Derecho», en *Initium, Revista catalana d’història del dret*, núm. 3, Barcelona, 1998, pp. 487-530.

⁴³ Según Bossuet, «los príncipes obran como ministros de Dios y lugartenientes suyos en la tierra. Por medio de ellos Dios ejerce su mando...» [puesto que] «el trono real no es el trono de un hombre, sino [el] del mismo Dios» (Jacques BÉNIGNE BOSSUET, *Política sacada de las Sagradas Escrituras* (trad. y prólogo de Jaime MAESTRO AGUILERA), Madrid, Tecnos, 1974, p. 55. Bossuet, preceptor del Delfín de Francia en tiempos de Luis XIV y Obispo de Meaux (1627-1704), fue autor de varias obras en esa corriente, como la que se cita, cuyo título es, por demás, sugerente. Fue publicada en 1709, después de su muerte. Se lo ha considerado inspirado en Hobbes y su *Leviathan* (1651). Ver MAESTRO AGUILERA, «Prólogo» a la obra que acabo de citar, pp. 13-15.

⁴⁴ A IGLESIA FERREIRÓS, «Derecho Municipal, Derecho Señorial, Derecho Regio», *cit.*, p. 136. En este trabajo se pasa revista a los pasos que se van dando en Castilla sobre la obligación del monarca de sujetarse a su propia ley.

⁴⁵ M. BELLOMO, *L’Europa del Diritto Comune...*, *cit.*, p. 170.

mas se afirma en el Mundo Viejo. Al decir de Grossi, «cuando, en el siglo XIV [y desde entonces], la vocación de un poder político completo –si queremos, el Estado– represente la fermentación de las estructuras políticas; será ese el momento del eclipse de la civilización política medieval y la inauguración de la nueva edad»⁴⁶.

Allí, en esa coyuntura histórica, en ese «eclipse de la civilización política medieval», encontramos el orto del nuevo Derecho. Es decir, que a la necesidad de dar nuevas normas para nuevas situaciones, se suma la presencia de un monarca que ya ha gustado la tarea de dictar normas, o de alterar el derecho tradicional, o de apartar costumbres que supone «contra derecho e contra razón»⁴⁷. Es decir, un monarca que ya no se limita a encontrar un orden jurídico involuntario, cuyas normas sólo debe descubrir o interpretar. Es en este hito de la evolución del Derecho europeo cuando se enfrenta el príncipe con el deber de «ordenar» el mundo nuevo que ha agregado a sus dominios (lo hará sin poder omitir –de buena o mala gana– la permanente presencia del Derecho común, al que en los albores del siglo XVIII llegará a juzgar como un elemento extraño a la soberanía absoluta que le corresponde en «su» reino).

En suma, cuando la autoridad ya no se encuentra apartada «incruentamente» de la elaboración del Derecho, lo que permitía a los juristas modelar el Derecho preexistente con gran libertad, adecuándolo a la realidad vivida, sin intervenciones del poder, es cuando surge la necesidad de «normar» las Indias.

Frente al hecho nuevo (*nuova negotia*) de América, la *iurisdictio* del príncipe adquirirá nueva dimensión, es más, será primordial, supeditando las otras opciones (costumbre, jurisprudencia) a su decisión soberana. Pero no nos equivoquemos, y recordemos lo dicho un poco más atrás: el monarca, será ahora, con relación a la tierra nueva, un activo personaje en el mundo del Derecho, pero no obrará a su antojo, ni podrá prescindir (ni tampoco habrá de quererlo ante semejante empresa), del inmenso bagaje intelectual que le ofrece el Derecho común (que es, además, un Derecho imperial que lo atrae irresistiblemente). Por lo demás, ese *ordo iuris* pone a su disposición una ingente labor científica y una prestigiosa jurisprudencia secular. Podrá servirse de ellas y utilizarlas en su provecho, y lo hará inteligentemente, con el auxilio de hombres sabios, letrados y teólogos, consejeros áulicos formados en el Derecho común, el Derecho de todos los tiempos. En realidad, el rey no procurará cegarlos, muy por el contrario, lo acogerá en las escuelas superiores que ha fundado y fundará (en América con una constancia invariable, desde la primera en Santo Domingo en 1538), como instrumento imprescindible de formación jurídica de sus súbditos.

Es más, desde los primeros problemas que se presentan, como los vinculados con la situación y trato del indígena, o con el intrincado tema de la licitud de la presencia de España en América, buscará en el Derecho común la solución adecuada.

⁴⁶ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., p. 63.

⁴⁷ Ver el citado artículo de A. IGLESIA FERREIRÓS, p. 139.

En verdad iniciamos una nueva época, intermedia o preparatoria de la gran transformación, que se acelera durante el hito del «despotismo ilustrado», e irrumpirá violentamente con el revolucionario Derecho racionalista y codificador.

En esta nueva etapa de transición de que hablamos, el *ius commune*, recibirá en los *iura propria* la sabia nueva de la voluntad real, pues como hemos dicho ya, esa llamada «recepción» del Derecho común es, en definitiva, el aporte del príncipe a la formación del Derecho de su tiempo, que no es un Derecho que haya nacido ayer.

En esta importantísima coyuntura jurídica surgen los problemas de las Indias, por eso el estudio de su Derecho, es decir, del Derecho que habrá de aplicarse en esos territorios, consiste en una experiencia inigualable, al poder contemplar en un mundo nuevo, virgen para la sociedad europea del Derecho común, cómo actúan las diversas fuerzas llamadas a normar la nueva sociedad.

Observatorio privilegiado para el historiador del derecho, que no debe desaprovechar.

El Derecho Indiano, ya lo he dicho más de una vez⁴⁸, dentro de la concepción del *ordo iuris* de la escuela jurídica medieval, debe ser considerado como un Derecho particular del de Castilla, que era a su vez un Derecho propio en el marco del Derecho común. El Derecho que rigió en las Indias siempre estuvo imbricado con el castellano, es más, formó parte de él. No se entiende un estudio de historia de ese derecho sin que lo comprenda, lo que no excluye, ni mucho menos, su propia personalidad. Un Derecho, el Indiano, cuya «personalidad», lo ponemos de resalto, no se ciñe a una mera cuestión de «amplificación» de los caracteres del Derecho castellano impuesta por las circunstancias.

Sus definidas particularidades nacen de hechos y situaciones absolutamente inéditos que no pudieron dejarse de lado al formularlo, ni al aplicarlo, ni el jurista de su tiempo al estudiarlo, ni el historiador del Derecho al reconstruirlo.

El rey que gobierna las Indias puede seguir siendo todavía un «rey-juez», un «rey-lector», pero ha pasado a ser —antes que nada— en América un «rey-legislador», que ejerce en plenitud el «gobierno» de sus nuevos «reinos», en los cuales —como se expresaba la Audiencia de Charcas— «por ser la tierra nueva parece que a todas [las cuestiones] se les puede poner ese nombre»⁴⁹. Si ese rey aún sigue, en ocasiones, «descubriendo» el Derecho en cuya sanción no ha intervenido, o lo ha hecho escasamente, en las Indias ha tenido que tomar la iniciativa, ha debido «crear» el Derecho, ha debido «dictar» las leyes organizadoras de los nuevos territorios anexados a su Corona, inspirado, sin duda, en el *ius commune*, en el Derecho Natural y en su derivado *de gentes*, en la religión (poderosa rectora de la sociedad del antiguo régimen), con el auxilio de hombres sabios

⁴⁸ Eduardo MARTIRÉ, «El Derecho Indiano, un Derecho propio particular», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 29, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pp. 331-361.

⁴⁹ Carta del Presidente de la Audiencia de Charcas, López Díez de Armendaris al Rey; La Plata, 25 de septiembre de 1576, en Roberto LEVILLIER (editor), *Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y Oidores*, Madrid, 1918, t. 1, p. 353.

(que se han formado en el *ius commune*). Pero ha tenido que ajustar su óptica al sancionar las leyes a la realidad indiana, desconcertante, inédita, cambiante, y aún más, ha debido considerar otros órdenes de normas e instituciones, ni siquiera imaginados para un jurista europeo, como por ejemplo las «buenas costumbres» de los indígenas, cuya vigencia se aceptará condicionada a no violentar ni el Derecho ni la religión oficiales. Costumbres que le serán exhibidas como modelo a seguir por la real Audiencia de Charcas, que las invoca –junto con otras razones de orden común– para pedir al Consejo la modificación de una ley real. Argumenta el tribunal, integrado por juristas de formación tradicional, que ni «entre los mismos indios en su tiempo aún no era permitido» que los jueces subalternos juzgasen a los superiores⁵⁰. Argumento de peso, pero de insólita fuente, para que sea considerado por el *legislador europeo*, a quien se le muestra a seguir nada menos que el ejemplo proveniente de un orden jurídico extraño, de origen incierto⁵¹.

Instituciones jurídicas nuevas, ya sea por estar contenidas en el hasta entonces desconocido Derecho indígena precolombino, que pervive durante el dominio español, o que el legislador modifica substancialmente (o no tanto) para que pueda hacerlo. Pero ha tenido en otros supuestos que dar normas que surgieron de su decisión soberana, atendiendo a la propia naturaleza y características de la novedad inédita, en busca de la regulación adecuada que, ya sin respetar las costumbres de los naturales, impusiese un nuevo orden ajustado a los principios fundamentales del Derecho y la religión del pueblo conquistador. Y aún más, que pudiesen ser «entendidas» y «aplicadas» a los pueblos sometidos. Podemos recordar, por ejemplo, las vacilantes soluciones normativas para terminar con la poligamia de los indígenas y adecuar su «familia» preexistente, la de esos momentos o la futura, a las reglas que exigía la religión y la ley hispánica, o el trato «legal» que debió darse a la propiedad comunal precolombina, o a la autoridad y permanencia del cacicazgo en el mundo hispanoindiano. Y sólo cito un par de ejemplos, de los centenares que podríamos hallar.

Una rápida visita al mundo indiano llenará de sorpresas al iushistoriador que solo espere ver en la peculiaridad indiana una mera cuestión de intensidad o de amplitud del mundo jurídico castellano, o crea que le bastará con acudir al medieval privilegio del «rústico» para comprender la compleja situación jurídica e institucional del indio americano (dentro de ese amplio abanico de culturas que exhibe la América indígena y enfrentado a la variopinta apreciación que adopta el español acerca de la naturaleza, costumbres y futuro de los naturales en los nuevos dominios de España), cuando, en verdad, los problemas y las soluciones son típicamente americanos. Como son americanos los modos y formas de normar aquel conjunto abigarrado de habitantes de tan disímiles características, culturas y costumbres, en donde además de las modalidades impuestas de manera brutal por el elemento humano original, también la presencia

⁵⁰ La Audiencia de Charcas al Rey; La Plata, 23 de diciembre de 1564, en R. LEVILLIER (editor), *La Audiencia de Charcas...*, cit., pp. 151-152.

⁵¹ P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., pp. 225-226.

española en esta tierra nueva necesitará de normas adecuadas. Adecuadas, por lo pronto, a su convivencia con indios, mestizos, negros, mulatos y «castas» en un territorio apenas conocido.

Está claro, sin embargo, que, del rey abajo, quienes debieron dar solución a tantos y tan intrincados temas, es decir, quienes debieron «normar» las Indias, fueron personas nacidas y formadas en el Derecho castellano, que pensaban y actuaban como castellanos y que habrían de hurgar en ese Derecho para encontrar allí el ejemplo, la inspiración y el impulso necesarios. Pero una realidad abrumadora e inédita habrá de condicionar a cada paso su actitud normativa: un elemento humano nativo de diverso grado de civilización, con costumbres inauditas profundamente enraizadas, lenguas primitivas, complejos lazos de dependencia de origen o de conquista, anteriores a la presencia española, etc. En suma, las manifestaciones de diferentes culturas indígenas, desde las más elementales a las más complejas, estaban allí, como moles de granito que no se podían soslayar. A ello se agregaba la enorme distancia desde donde debían atenderse las necesidades indianas, y una realidad geográfica desconcertante, unas manifestaciones de la naturaleza, animada o no, mineral, vegetal o animal, imposibles de suponer hasta haberlas conocido. En realidad, todo y por supuesto también y principalmente «la política, en aquel dilatado *Welttheater*, estuvo severamente condicionada por la geografía y las distancias», como ha dicho con acierto Escudero en una obra reciente⁵².

Sin dejar de atender, por supuesto, a un elemento que, si no era nuevo, sí era nueva la medida de su caudal incalculable: los metales preciosos, la plata y el oro que se escondían en el suelo americano o que se exhibían a la luz del día en las arenas auríferas de sus cursos de agua. Un elemento que emponzoñaba y pervertía las relaciones de los hombres en el mundo nuevo, obligando a un celo y una actividad legislativa de dimensiones desconocidas y de fuerte particularismo.

Las Indias requirieron de la ley del príncipe para dar solución inmediata a problemas desconocidos hasta entonces, la necesitaron para ordenar la conquista, la colonización y la evangelización; múltiples preceptos de todo orden, muchos de neto corte administrativo, aparecen contenidos en la generalidad de sus leyes⁵³. No importa que los juristas llamados a resolver esos problemas los vean a través de la óptica del Derecho que conocen y en el que han sido formados. A su luz, tratarán de dar respuesta a la legitimidad de la ocupación de las Indias, a la libertad del indígena, a la propiedad de las cosas que tenían antes de la ocupación española, al Derecho de los caciques a conservar su poder o a la facultad de los reyes de imponer tributos a los naturales, a los derechos de la Corona sobre el subsuelo americano, al trabajo del

⁵² José Antonio ESCUDERO, *Felipe II: el rey en el despacho*, Madrid, Editorial Complutense-Colegio Universitario de Segovia, 2002, p. 509.

⁵³ Alfonso GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», en *Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, p. 171.

indio en aquellas tierras y a tantas cosas más. Pero será la «ley del príncipe» la que defina la solución⁵⁴.

Cuando a comienzos del siglo XVI, Fernando el Católico debe contestar al reclamo que le llega desde La Española, a causa del sermón de un fraile alborotador, de tener que dar libertad a los indios, se expresa en términos de inequívoca raíz medieval: «me ha maravillado en gran manera decir lo que dijo [Fray Antonio de Montesinos], porque para decirlo ningún buen fundamento de teología ni cánones ni leyes tenía, según dicen todos los letrados y yo así lo creo», y se remite al dictamen de una junta de teólogos y juristas celebrada con su esposa la reina Isabel, en 1503, en la que sabios doctores formados en el Derecho común le aconsejaron la servidumbre de los naturales⁵⁵. Y no olvidemos el gran tema de la anexión de los nuevos territorios, que sabemos fue tratado por los juristas de su tiempo a la luz del Derecho común⁵⁶.

La tierra nueva exige del rey mucho más que la tierra vieja. Como nueva que es, está precisada de ser «ordenada», de ahí el reclamo de consideración especial. ¿Se podrá hacerlo con sólo el Derecho de Castilla?⁵⁷. La respuesta es, sin duda, negativa, no sólo con el Derecho común que el de Castilla integraba, *pero tampoco sin él*.

Desde un comienzo surgió con claridad la necesidad de una nueva categoría de normas, ajustada a la nueva realidad, y con ello la insuficiencia del *ordo iuris* castellano para «regular», por sí solo, la vida americana, aun teniendo en cuenta que hasta el descubrimiento de Nueva España en el siglo XVI, el Nuevo

⁵⁴ Acerca de la elaboración de las «leyes de Indias», puede verse con provecho el trabajo de GARCÍA-GALLO que cito en la nota anterior, pp. 170-285, en especial, pp. 259 y ss.

⁵⁵ JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, «Ius Commune y Nuevo Mundo», conferencia pronunciada en la Universidad Católica Argentina el 21 de agosto de 2001, al inaugurar el Congreso Internacional *De Roma al Tercer Milenio. La pervivencia del derecho común* (en prensa, agradezco al autor que me haya facilitado una copia), pp. 4-5 del original mecanografiado; Lewis HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949, p. 33; E. MARTIRÉ, «Justo trato, justo título...», *cit.*, p. 193.

⁵⁶ Son varios los historiadores del Derecho Indiano que se han ocupado del problema, entre otros, Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989 (con prólogo de Alejandro GUZMÁN BRITO), prólogo que más tarde, con algunas modificaciones, se publicó con el título «Historia de las nociones de “Derecho Común” y “Derecho Propio”», en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Universidad Complutense de Madrid, t. I, pp. 226 y ss.; Javier BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho Indiano del descubrimiento colombino a la codificación*. I.º «Ius Commune-Ius Proprium» en *las Indias Occidentales*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000. J. M. MARILUZ UQUIJO también se ha referido al tema en «Ius commune y Nuevo Mundo», *cit.*

⁵⁷ García-Gallo planteó en su tiempo el problema, al que dedicó especialmente tres trabajos, que fueron apareciendo en tres décadas sucesivas (en 1955 y 1964 y 1974), lo que demuestra hasta qué punto le inquietaba; son de lectura imprescindibles para comenzar a entender el grave conflicto social, jurídico y religioso que significó para España el mundo nuevo: Alfonso GARCÍA-GALLO, «El Derecho Común ante el Nuevo Mundo», «Génesis y desarrollo del Derecho Indiano» y «La ciencia jurídica en la formación del Derecho Hispanoamericano en los siglos XVI y XVII», reunidos posteriormente, los dos primeros, en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 123-166. El último se publicó en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1974, pp. 157-200.

Mundo pudo haber sido considerado por la Corona, al decir de Lohmann Villena, como un «accidente interpuesto en la ruta hacia la Especiería»⁵⁸.

A principios de 1562, es decir, dos años antes de aquella invocación de la Audiencia de Charcas a la costumbre indígena de que hemos hablado, el franciscano Jerónimo de Mendieta, al comunicar desde el monasterio de Toluca sus ideas a su superior en México, critica que la Audiencia pueda rever las decisiones del virrey, *alter ego* del rey en Nueva España, a quien le cabe dar respuesta «legal» a los problemas mexicanos. Un tribunal integrado por tres o cuatro jueces expertos en el Derecho civil, dice, que es de tan poca importancia y necesidad para el gobierno de estos reinos, «que pugliera Dios que ni Código ni Digesto ni hombre que había de regir a indios por ellos, pasara a estas partes, porque ni Justiniano hizo leyes, ni Bartolo, ni Baldo las expusieron para este Nuevo Mundo y su gente», a las que no les puede cuadrar ni convenir las disposiciones de ese Derecho, el cual habla con los hombres que son capaces de él y lo saben entender y pedir⁵⁹. Duro cuestionamiento formulado por quien vive en las Indias y debe atender a las miles de situaciones que escapan aún a la más laxa y posible aplicación del Derecho gestado por el viejo mundo del que se consideraba custodia la Audiencia.

Creo que es necesario insistir en ello: no podemos entender el Derecho Indiano desprendido del Derecho de Castilla, ese *ius proprium* integrado en el *ius commune* romano canónico medieval, del que el de las Indias es *lex particularis*⁶⁰. Pero es imposible concebirlo usando *tan solo* el molde castellano, para proyectarlo a las Indias, pues el Derecho de estos territorios tuvo, necesariamente, que ajustarse a sus «propios» hechos y a sus «propias» cosas, lo que habrá de otorgarle personalidad singular.

También en Indias, sin duda, existió un *ius involuntarium*, radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas⁶¹, que nació al ritmo del avance de los descubrimientos y de la consiguiente ocupación hispánica de los nuevos

⁵⁸ Guillermo LOHMANN VILLENA, «El proceso de ocupación territorial y la ordenación urbana. Siglos XVI-XIX», en *La ciudad iberoamericana. Actas del Seminario de Buenos Aires 1985*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Biblioteca CEHOPU, s-f, pp. 12-13.

⁵⁹ Joaquín GARCÍA ICAZBALCETA (editor), *Cartas de religiosos de Nueva España, 1539-1594*, México, Editorial Salvador Chaves Hayhoe, 1941, p. 17, *cit.* por J. M. MARILUZ URQUIJO, «Ius Commune y Nuevo Mundo», *cit.*, p. 2. También en J. GARCÍA ICAZBALCETA, *Colección de Documentos para la Historia de México*, t. II, México 1866, Kraus Reprint. A division of Kraus-Thomson Organization Limited, Nenden-Liechtenstein, 1971, p. 534. Todavía en el siglo XVIII (1749), tal vez uniendo al problema de la conveniencia de apartar a los juristas de las decisiones del manejo de las Indias, la fuerte personalidad que ahora tiene el soberano para gobernar derechamente, los marinos Juan y Ulloa recomiendan «prohibir que las materias puramente políticas y gubernativas pudiesen convertirse en puntos de Derecho, porque si no se evita este inconveniente permanecerá siempre la dificultad [de la intervención de las Audiencias] en su fuerza» (Jorge JUAN y Antonio DE ULLOA, *Noticias secretas de América*, 2.^a parte, cap. 7, *cit.* por A. GARCÍA-GALLO, «La Capitanía General como institución de gobierno político en España e Indias en el siglo XVIII», en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, p. 961, nota 24.

⁶⁰ J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho Indiano*, *cit.*, pp. 195-134.

⁶¹ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, p. 28.

territorios. No antes. El Derecho anterior a la presencia hispánica servirá como antecedente, aún de ejemplo, también como clave de interpretación de las civilizaciones precolombinas y del conocimiento de sus usos y costumbres, algunos de los cuales continuarán rigiendo, modificados o no, para ser acomodados a nuevos principios, según se dijo más atrás, pero no integran los estudios del Derecho Indiano, sino tan sólo en esa medida. El Derecho Indiano no es el estudio del Derecho indígena, y si en ocasiones ha habido que referirse a él, será en la medida que ello sirva para entender una norma subsistente o comprender conductas y actitudes de esos pueblos aborígenes.

En la formación del Derecho de las Indias la presencia de las normas impuestas por el monarca atendiendo a las propias circunstancias del territorio anexado a su dominio, fue fundamental para la conformación del nuevo Derecho hispano indiano. Si en muchas ocasiones hubo coincidencias a uno y otro lado del océano en la regulación jurídica (¿cómo no habrían de existir!), no ocurría tal cosa por que se hubiesen extendido las normas vigentes en la metrópoli a ultramar, sin más. Tales coincidencias o semejanzas parten de la circunstancia de tratarse de ordenamientos que reconocían una raíz común por ser integrantes del *ordo iuris* de una misma Monarquía Universal. Ya sea por el hecho de que la decisión dictada como norma general para que, en determinados asuntos, que lo admitían, no debía hacerse novedad, ya por tomar estilos y normas de origen peninsular adaptándolos a América. No en vano se recomendaba al Consejo que «siendo de una Corona los Reinos de Castilla y las Indias», debía reducirse la forma y manera de gobierno de las Indias al estilo y orden en que son regidos y gobernados los Reinos de Castilla y de León. Pero esas coincidencias o similitudes sólo podían ser aceptadas cuando se diese en el caso concreto la gran regla de oro del Derecho Indiano: «*en cuanto hubiere lugar y [lo] permitiere la diversidad y diferencia de tierras y naciones*» (Ordenanzas del Consejo de Indias de 1571, incorporadas a la *Recopilación de Leyes de Indias*, II, ii, 13).

Sí resulta claro, en cambio, según se dijo anteriormente, que en Indias, con una intensidad mucho mayor que en la Península, la ley del rey tiene capital importancia, especialmente en los primeros tiempos de la presencia de los españoles en esos territorios, porque si en los descubrimientos, según opinión del cronista Gonzalo Fernández de Oviedo (*Historia General de las Indias*, 1523), «quassi nunca Sus Magestades ponen su hacienda e dinero en estos nuevos descubrimientos, excepto papel e palabras buenas», lo que implicaba desde ya un cierto «desinterés» por los futuros territorios que se fuesen a descubrir, una vez producido el descubrimiento y asentada la población, el monarca avanza en la regulación de la vida en la nueva tierra «hasta en sus más nimios aspectos»⁶².

Advirtamos, aunque parezca ocioso decirlo, que no se trata de la conquista de territorios arrebatados a otros príncipes, o de la reconquista de lugares ocu-

⁶² Ver A. GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», *cit.*, p. 170.

pados por enemigos, o de nuevos reinos cristianos agregados, se trata de lo desconocido, de tierras salvajes ocupadas por gentes a quienes se reputan salvajes, donde jamás ha habido presencia cristiana. Se pone pie en una «tierra nueva», donde no existe relación, ni mucho menos coincidencia alguna, entre ella misma (y los habitantes que la pueblan), con la tierra y la sociedad europea de donde provienen los conquistadores españoles. En Indias las cosas son *diferentes*, algunas les parecerán a los europeos demoníacas, depravadas, otras tan sólo aquello: *diferentes*, pero todo será para ellos nuevo y extraño, inédito.

Como en ningún otro territorio de la Monarquía Católica, casi todo dependerá en América de la cesárea voluntad del soberano. En esa «tierra nueva»⁶³ la presencia de la decisión (norma) del poder político resultó indispensable desde el mismo momento en que se ocupó el territorio ignoto. Si ya en Europa la concepción de un Derecho sin Estado ha sido abandonada, o está en vías de serlo, en este campo virgen americano el rey-legislador deberá obrar por imperio de las circunstancias –y lo hará– con mucha mayor libertad que en la vieja Europa, y arbitrará soluciones muchas veces bastante lejanas a las que podrían encontrarse en el europeo *ius commune* conocido hasta entonces.

Analizando Tau Anzoátegui el Derecho Indiano en un tiempo tan distante del período de los descubrimientos como es el de la sanción, en 1680, de la *Recopilación de Leyes de las Indias*, advierte que, sin desdeñar la significación alcanzada ya entonces por las normas locales y la costumbre, «en la formación de este ordenamiento tuvieron papel importante las leyes, en su acepción genérica, expedidas por el rey», preeminencia que se explica «tanto por las concepciones políticas que fortalecían la autoridad del príncipe como por la necesidad de dirigir y controlar la empresa indiana»⁶⁴. Es que la ley, explica Tau Anzoátegui en otra oportunidad, «es la fuente en avance»⁶⁵.

En el sistema jurídico del Derecho Indiano, la ley del rey, la ley elaborada en los Consejos y juntas de la Monarquía Católica Universal e *impuesta* por el monarca en esos territorios (aun cuando sabemos a cuántos condicionamientos, una vez avanzada la dominación española, se enfrentaba su aplicación concreta), adquiere un protagonismo singular, que de ninguna manera habrá de desplazar a otras formas del Derecho, algunas que por ahora no existen o que aparecen en embrión, como las costumbres desarrolladas en las Indias a partir del descubrimiento, o la doctrina y jurisprudencia adaptada a la novedad, pero cuya importancia se destacará en su momento. Esas leyes (en el sentido más amplio

⁶³ Ver José M. MARILUZ URQUIJO, «El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana», en *Memoria del IV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1976, pp. 389-402.

⁶⁴ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680» (cito por la reedición efectuada por Franciscio de ICAZA DUFOUR [coordinador], *Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, México, Miguel Angel Porrúa, 1987), p. 553.

⁶⁵ Del mismo autor *La Ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, p. 8 (es ésta una excelente exposición de los problemas «legislativos» a lo largo de la dilatada vigencia del Derecho Indiano).

del término) significaban la presencia del poder del monarca en Indias, podrán ser aceptadas buenamente por sus antiguos y nuevos súbditos, o bien, en su caso, «impuestas» a unos y otros, dentro de los límites infranqueables del Derecho Natural y de la religión. Se trata, en suma, de exigir el cumplimiento de un «régimen especial en Indias», adoptado luego de vacilaciones y dificultosos conciliábulos, largamente elaborado, y fuertemente influido en sus comienzos por circunstancias diversas, como fueron los compromisos adquiridos con el descubrimiento, y materializados en las famosas «Bulas de Donación» solicitadas por los Reyes Católicos al Papa (v. gr. la evangelización de los naturales), o las que concedieron el «patronato» a la Corona Española sobre América, como también las obligaciones asumidas en pactos con particulares (capitulaciones) o tratados internacionales, celebrados aun antes del descubrimiento, como los acuerdos de Santa Fe con el descubridor, o el tratado de Alcabalas, o los posteriores a él, como el de Tordesillas y los firmados más tarde con otras potencias, como Francia e Inglaterra, o las circunstancias especiales –tantas veces invocadas– de la tierra nueva.

Entre las mencionadas «circunstancias especiales», que hemos erigido como regla fundamental del Derecho Indiano, se encuentran situaciones particulares, de tiempo, lugar y persona (las «cosas de Indias»). Sin ánimo de hacer una enumeración completa de ellas, sino de mejor explicarme, podríamos nombrar, entre las más invocadas: las enormes distancias que separan la residencia del gobierno metropolitano del lugar de aplicación de la norma que éste elabora, y aun las que separan uno y otro centro urbano en América; el escaso conocimiento que se tiene del inmenso territorio que había que normar y de sus naturales; la peculiar y poco homogénea personalidad de estos indígenas (que conforman a poco andar un arco bien amplio de sujetos, desde los miembros de civilizaciones elementales o antropófagas del Caribe, a las complejas sociedades de mayas, aztecas o incas); la presencia en la tierra desconocida de creencias, ritos o costumbres juzgados como despreciables por el español, y de otros, compatibles con la civilización europea, y en algunos casos de un Derecho indígena conceptuado modélico para el mundo occidental y cristiano⁶⁶, el espíritu levantisco de los criollos (esos españoles nacidos en las Indias, «de poco fiar», y en general resentidos por unas recompensas nunca juzgadas suficientes, fundados en que sus mayores han conquistado América para la Corona, con fatigas y trabajos inimaginables); la existencia en Indias de autoridades soberbias, a veces poco inclinadas a la obediencia o a la templanza, a veces corruptas y venales, con «clientelas», además de hijos y entenados, a quienes mantener a costa de cualquier exceso; en ocasiones, despiadadas con el indígena, en otras, especialmente inclinadas a su favor; la presencia de recientes sociedades hispano-indígenas en donde prima la licencia de las cos-

⁶⁶ Ver José M. MARILUZ URQUIJO, «El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano», en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, pp. 101-103.

tumbres, y de otras en donde se reconocían los valores tradicionales o la trascendencia de la santidad de la vida.

Múltiples necesidades, producto de esas «circunstancias especiales», ni siquiera imaginadas en el mundo conocido, exigían soluciones nuevas o la modificación, a veces substancial, de las arbitradas hasta entonces por el Derecho castellano, es decir, por ese Derecho propio del Derecho común romano-canónico.

Ya dijimos en un párrafo anterior que cuando el Derecho romano canónico se enfrentaba a nuevas circunstancias no contempladas (*nuova negotia*) que necesitan ser reguladas y a las que se debe encontrarles solución, por ser asuntos «ignorados por el derecho romano o desviados de sus esquemas rigurosos pero también rígidos», la solución podía ser doble: o mediante un acto normativo del príncipe, o mediante la acción interpretativa del juez o del jurisconsulto. Pues bien, al tener que resolver los asuntos de América, la primera solución se buscará en la ley del príncipe, pues es necesario dirigir la empresa indiana y darle sus normas rectoras, que por ello tendrán un valor primordial.

Si hasta entonces o por lo menos hasta la crisis del Derecho medieval, el monarca había resultado un tímido legislador atrapado en su condición de *intérprete* del Derecho ya existente y supeditado al *consensus* de la comunidad, ahora por imperio de las necesidades del mundo nuevo debe actuar con una voluntad clara y definida. Dirigir la empresa indiana importa fijar rumbos, enderezar la marcha evangelizante y civilizadora (ésta era la encomienda recibida del Santo Padre en las bulas «Inter caetera»), marcar principios rectores, y también corregir rapacerías de los gobiernos locales o de los particulares, esos «poderosos de la tierra», cuya persistencia en el exceso asombra: «...la gente de esta tierra, por su maldad o del cielo o del suelo no quiere ni ley ni rey, ni verdad ni hombre virtuoso», denuncia a mediados del siglo XVI un oidor de Lima al Consejo⁶⁷.

La labor de la Corona en busca del reinado de la justicia en el Nuevo Mundo fue denodada⁶⁸, de esa justicia que era el norte de su conducta y de su obrar soberano, porque los reyes estaban «puestos sobre las gentes para mantenerlas en paz et justicia» (*Partidas*, II, i, 5), y no solamente se trataba de la justicia en la resolución de los pleitos entre particulares, «mas aún entre todas las otras cosas que aviene entre homes» (*Partidas*, III, i).

Si en el ámbito del Derecho privado podían conservarse aún las reglas del Derecho medieval⁶⁹ —y ello relativamente—, la situación era diferente con las que se dirigían a la estructura del gobierno y a las relaciones entre la «república de los indios» y la «república de los españoles», de sus vinculaciones, o con negros, mulatos, mestizos y castas, y su propio *status* social.

⁶⁷ Carta del oidor Bravo de Saravia al Consejo de Indias, Lima 29-III-1553; Roberto LEVILLIER, *Audiencia de Lima. Correspondencia entre Presidentes y Oidores*, publicada por [...], Madrid, 1922, pp. 76-77.

⁶⁸ No ha perdido actualidad la clásica obra publicada hace más de medio siglo por el eminente historiador norteamericano Lewis HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949, para iluminar la acción de la monarquía en las Indias.

⁶⁹ Ver A. GARCÍA-GALLO, «La ciencia jurídica en la formación del Derecho Indiano, *cit.*», pp. 195-198.

Si en toda Europa, al decir de Hespánha, el Derecho común va siendo desplazado a partir del siglo XIV por los Derechos propios, que traducen en el campo jurídico el fenómeno de la centralización del poder real⁷⁰, ese fenómeno adquiere en América proporciones mucho más acentuadas. Se trata, y no será innecesario repetirlo una y otra vez, de una «tierra nueva» y como tal necesitada de «nuevas normas», pues las existentes no serán enteramente aplicables.

La invocación a esa «tierra nueva» fue frecuente entre los magistrados y funcionarios de Indias para demandar de la Corona normas especiales dirigidas a ella. Mariluz Urquijo, que se ocupó del tema, señala al respecto la tendencia de la literatura jurídica de los siglos XV y XVI a no cambiar una legislación que como la castellana se había sedimentado después de largo tiempo, «variar un ordenamiento trabajosamente logrado en Castilla por el concurso gradual de sucesivas generaciones importaría una imprudencia que pondría en peligro el equilibrio conseguido y sería tan desatinado como conservar esas leyes para aplicarlas a una realidad distinta –la indiana– que debe buscarse su propio orden»⁷¹. Por esa razón, así como el Derecho debía estar adecuado a la «tierra», en la concepción del *ius commune* que hemos trazado en páginas anteriores, ya que de ella provenía, así la «tierra nueva» de América merecía un nuevo Derecho, ajustado a sus propias y novedosas características.

Y, por supuesto, no se trata de que en esos tiempos, pues ello resultaría francamente anacrónico, la ley real tuviese los caracteres que le atribuye la doctrina jurídica racionalista, abstracta, general y uniforme⁷². Por el contrario, estaba ajustada a un casuismo⁷³ que alejaba toda posibilidad de caer en semejantes abstracciones.

Por lo demás, eran los propios gobernantes locales de ese desconcertante mundo nuevo quienes «tomaban la iniciativa»⁷⁴ y antes de resolver definitivamente el caso que se les sometía, acudían al monarca para lograr la nueva norma a que ajustar su conducta, *escrita* para dar mayor certeza a su contenido; *sancionada por el rey*, para revestirla de su suprema autoridad y *acomodada a las peculiares características de la tierra en que les tocaba actuar*, que era la regla fundamental que exigía la tierra nueva. Leyes particulares imprescindibles para alcanzar la justicia y el buen orden en un territorio absolutamente nuevo y diferente. Otras veces la consulta al monarca de las autoridades loca-

⁷⁰ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europea ...*, cit., pp. 134-135.

⁷¹ José M. MARILUZ URQUIJO, «El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana», cit., pp. 389-402.

⁷² «È infatti insegnamento corrente che virtù comune della lege sono: la astrattezza e la generalità, cioè la sua imperturbabilità di fronte a casi e a motivi particolari; la rigidità, cioè la sua insensibilità alle possibili differenti esigenze dei destinatari; la autoritarità, cioè la indiscutibilità del suo contenuto» (Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche dell' modernità*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 15-16 y 32-33). En igual sentido se expresa el autor en *El orden jurídico medieval*, cit., pp. 227 y ss.

⁷³ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

⁷⁴ A. GARCÍA GALLO, «La ciencia jurídica en la formación del Derecho Indiano», cit., p. 160.

les estaba dirigida a lograr una previa aprobación de lo que se proyectaba resolver, en el deseo de acertar.

A mediados del siglo XVI el Cabildo de San Juan de Puerto Rico pedía al Consejo que por tratarse de tierra muy diferente no conviene guardar el orden de la Península, sino que se le den ordenanzas especiales pues las ciudades deben regirse «según la calidad de cada tierra», ya que «lo que en una tierra es bueno en otra es malo»⁷⁵. Es lo mismo que reclamaba el célebre virrey Toledo desde Lima, en igual época, ante la gran variedad de la tierra que le tocaba gobernar «porque lo que a unos fuere muy provechoso a otros será dañoso». El oidor Tomás López Medel solicitará desde Bogotá en 1557, leyes específicas para ese distrito, de manera que las leyes y ordenanzas de «acá sean conformes a la grandeza y largueza de esta tierra»⁷⁶. Uno de los oidores de Lima plantea al Consejo «algunas cosas que de nuevo se han ofrecido que son particulares e las tengo por de importancia según los negocios y calidad de la tierra», por lo que suplica se vean en el Consejo «y provean sobre ello lo que sean servidos»⁷⁷. Se queja la Audiencia por no haber recibido respuesta a sus preguntas, ni visto cédula ni providencia de S. M. «como solíamos hacer»⁷⁸. La Audiencia de Charcas, de reciente creación, eleva veintiséis peticiones al Consejo reclamando se le indique qué debe hacer en cada caso, lo mismo que su fiscal y varios oidores⁷⁹.

Hemos dado algunos ejemplos, podríamos multiplicarlos, la tierra nueva demanda instrucciones, órdenes precisas, normas de la Corona para obrar coordinadamente, para no equivocar el camino, para no errar. Es que nos encontramos en una época en que se ha producido un desplazamiento de las fuentes del derecho, para privilegiar las provenientes del poder político, sobre todo en lo que —con la precariedad del término— llamaremos derecho público⁸⁰.

Pasará mucho tiempo antes que los castellanos lleguen a «conocer» y «entender» debidamente las Indias. En carta del padre provincial de los franciscanos de Nueva España, al confesor del rey, fechada a mediados del siglo XVI (1564), cuando han transcurrido 15 años desde el descubrimiento de las Indias, se le dice que debe empeñarse el padre en aliviar la conciencia de S.

⁷⁵ Monseñor Vicente MURGA, *Historia Documental de Puerto Rico*, vol. 1: *El Consejo o Cabildo de la Ciudad de San Juan de Puerto Rico (1527-1550)*, t. 1, Río Piedras, 1956, p. 200, cit. por J. M. MARILUZ URQUIJO, «El concepto de tierra nueva...», *cit.*, p. 390.

⁷⁶ Manuel SERRANO SANZ, *Algunos escritos acerca de las Indias de Tomás López Medel natural de Tendilla, Oidor de las Audiencias de Guatemala y Santa Fe de Bogotá*, en *Erudición Ibero-Ultramarina*, t. 1, núm. 4, Madrid, 1930, p. 500, cit. por *Idem*, p. 391.

⁷⁷ El Licenciado Altamirano al Consejo, Lima 12-I-1555; R. LEVILLIER, *Audiencia de Lima...*, *cit.*, p. 134.

⁷⁸ La Audiencia de Lima al Consejo, Lima 4-XII-1557; R. LEVILLIER, *Audiencia de Lima...*, *cit.*, p. 177.

⁷⁹ La Audiencia de Charcas al Consejo, La Plata, 24-XII-1563; del oidor López de Haro; de la Audiencia, 9-II-1564; del Lic. Rabanal; R. LEVILLIER, *Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y Oidores*. Publicada por [...], Madrid, 1918, t. 1, pp. 103-120; 125-127, 129-131, 145-148.

⁸⁰ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europea ...*, *cit.*, p. 134.

M. de la pesada carga que tiene en el gobierno de las Indias, «por no estar presente en ellas, *ni acabarse de entender los negocios como en realidad de la verdad pasan*, por haberse de conferir de tan lejos las demandas y respuestas»⁸¹.

Recordemos que cuando Felipe II trató de averiguar a qué se debía el des-gobierno de América, de que todos se hacían eco, a pesar del celo puesto por la Corona y la multitud de normas libradas para ella, se le informó que «no entienden las Indias» los españoles, a pesar del largo tiempo que las ocupan, lo que provocó una serie de reformas en la administración indiana y el inicio en el Consejo del proceso recopilador de sus leyes, que concluirá con la Recopilación de 1680⁸². Pero desde el comienzo debió atender la Monarquía Católica Universal, acertando o no con la solución adecuada, a normar los nuevos territorios.

Vendrá luego, ya consolidada la dominación española en América, una cada vez más acentuada libertad del gobernante local para «arbitrar» la solución más adecuada, autorizado de antemano por la Corona o bien en la seguridad de no ser desaprobada en definitiva su decisión. También aflorará entonces una corriente que privilegiará otras fuentes del Derecho, entre las que la costumbre se destacará por su fuerza⁸³, siempre claro está dentro del mundo jurídico del Derecho común, del que naturalmente forma parte el Indiano.

En épocas posteriores a la de los descubrimientos y primitivos asentamientos en Indias se sigue observando el culto a la «ley», a pesar de estar atenuada su importancia por el impulso cada vez mayor de otros medios de expresión del Derecho, como he señalado más atrás. Así, a mediados del XVII el ilustre Solórzano sostiene, que es muy conveniente que los magistrados «estén atados a ellas», para que tan sólo en cosas de poca monta se les permita decidir por sí mismos. Porque «las leyes son los ojos de la República y por ellas se mira, dirige y confirma el recto, igual y seguro estado suyo y más justo y conveniente es que ellas manden y predominen»⁸⁴. De esa misma época es la opinión autorizada de otro avezado jurista y gobernante indiano, Juan de Palafox y Mendoza, a la sazón virrey y visitador de Nueva España, quien recomienda a su sucesor que para gobernar bien deberá «ajustarse a las cédulas y órdenes de S. M., sujetando a ellas el propio dictamen e inclinación; pues, *es justo que sean superiores las leyes y cédulas del rey nuestro señor al más superior ministro...*, cuyo principal ministerio *es darle alma y fuerza a las cédulas y ordenanzas de S.*

⁸¹ Carta del provincial de los franciscanos de Nueva España al confesor del rey, Tlaxcala, Nueva España, 20-V-1564, en *Código Mendieta. Documentos franciscanos, siglos XVI y XVII*, t. I, México, 1892, p. 25 (el subrayado me pertenece).

⁸² Una síntesis en E. MARTIRÉ, *Guión sobre el proceso recopilador de las leyes de las Indias*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1978. Reeditado por Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 23.

⁸³ Ver V. TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos Horizontes en el Estudio del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho-Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1997, pp. 92-95, y del mismo autor, *El poder de la costumbre...*, *cit.*, *passim*.

⁸⁴ Juan de SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, l. V, cap. XVI, núm. 6-8.

M...»⁸⁵. Y en las primeras décadas del siglo siguiente, tal vez anunciando ya una nueva forma de conducir la Monarquía, la Corona amonesta severamente a la Audiencia de México, por no dar cumplimiento a las leyes, y le ordena «quitéis todos los abusos introducidos y practicados con nombre de estilos, siendo como son realmente corruptelas», mandándole en cambio se observen con rigor las leyes y ordenanzas de estos y esos reinos⁸⁶.

En suma, que aún después de los primeros tiempos, donde se hacía imprescindible atenerse a la ley real, su importancia no decaía totalmente, a pesar de la cada vez más creciente consideración de otros órdenes normativos.

Durante el siglo XVIII y en especial en su segunda mitad, las transformaciones fueron notables y con ellas se preparó el advenimiento de una nueva concepción del Derecho⁸⁷, adherido ahora de una manera indisoluble a la ley del monarca, considerada su principal o única fuente de creación. Pero hasta entonces y en su conjunto, el Derecho de las Indias fue una notable creación integradora, en la que convivieron normas de todo tipo y origen, conformando un *ordo iuris*, de especiales características.

El derecho dieciochesco del despotismo regio, que acabo de mencionar, no podemos insertarlo –salvo como detonante del cambio– en el racionalismo jurídico moderno que se afirma en el siglo XIX, pero tampoco podemos incluirlo enteramente, a mi entender, en el ya vetusto *ordo iuris* medieval. Pues si bien las «leyes» del monarca del XVIII no tuvieron una dirección opuesta a las que, con pretensión de eternas (*por siempre*), heredara de tiempos pasados, normas que en buena medida continuarán rigiendo, está claro que esas normas recibidas, quedarán sujetas a la «conveniencia» de mantenerlas y aplicarlas, una vez contrastadas con las que el monarca dicte en orden a «las necesidades o requerimientos del siglo»⁸⁸. Tema, por demás, controvertido que merece una consideración especial, que no cabe en este artículo.

Cuando nos acercamos al estudio del Derecho Indiano debemos en primer término hacer un enorme esfuerzo de envejecimiento («hacerse viejo»), como aconsejaba Collingwood⁸⁹, para enfrentar el estudio e investigación de los hechos históricos que nos preocupan y son objeto de nuestro estudio, es decir forzar nuestra imaginación para lograr la «recreación» del pasado que queremos

⁸⁵ Relación del virrey interino de México, Lic. don Juan de Palafox y Mendoza, obispo de Puebla de los Ángeles, al sucesor, sobre su gobierno, 1642, en Lewis HANKE, *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*, México, IV, Biblioteca de Autores Españoles..., Madrid, 1976, t. 276, pp. 41 y 62-63 (el subrayado me pertenece).

⁸⁶ Archivo Histórico Nacional, Madrid, Secc. Consejos, Leg. 21.461, Expediente s-pulques, Real Cédula de 13 de diciembre de 1721.

⁸⁷ V. TAU ANZOÁTEGUI, *La ley...*, cit., p. 33.

⁸⁸ Jesús VALLEJO, «De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del Derecho Patrio», en Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de Nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, Marcial Pons Historia-Casa de Velázquez, 2001, p. 426. Como bien señala el autor citado, será labor de la Historia del Derecho determinar en qué medida habrían de combinarse unas y otras normas y cómo se articularían los cuerpos legales de *antes* y de *ahora*.

⁸⁹ R. G. COLLINGWOOD, *La idea de la Historia*, México, FCE, 1987, pp. 271 y ss.

conocer, tal cual fue, no tal cual suponemos que ha sido, o nos gustaría que hubiese sido, es decir –en nuestro caso– colocarnos nada más, ni nada menos, que en un «mundo nuevo», surgido al término del siglo xv. Porque, como bien dice Grossi, la labor del historiador consiste en «restituir la tipicidad de un rostro en toda su exactitud»⁹⁰.

Se trata de saber qué ocurrió en el Nuevo Mundo, en donde no había señas de una cultura siquiera semejante a la europea y sobre el que venía a asentarse un orden jurídico largamente elaborado. Llegaba a esas lejanías en las alforjas del conquistador, que traía consigo una cultura y un derecho formado para otras tierras y otras gentes. En suma, el Derecho común frente al Nuevo Mundo.

Pero, entendámonos bien, este *nuevo* Derecho, de características tan particulares, según hemos explicado, es parte del Derecho del *ancien regime*, es decir, es una *lex particulars* del *ius commune*, que integra, con su singularidad, el *ius proprio* castellano. Participa, por tanto, de las características que hemos señalado con relación a los *iura propria*, y de las variaciones que en orden a su nacimiento sufren esos derechos a partir del siglo xiv, con la presencia cada vez más acentuada del rey legislador, *especialmente acentuadas* para el caso indiano, por las razones largamente expuestas en este trabajo. Sólo con esa concepción global puede hablarse válidamente de un Derecho Indiano, que es «un derecho particular (*lex particularis*) de –a su vez– otro *ius proprium*, el derecho de Castilla..., derecho especial o de excepción, que ha regido en los territorios americanos y asiáticos de la Corona española»⁹¹.

IV. LAS PRIMERAS «LEYES DE INDIAS»

Los Reyes Católicos primero, y Fernando de Aragón, después de muerte de la reina, gobernando solo o junto con su hija Juana, se vieron obligados a una actividad legislativa enorme. No ya por cuanto, como lo he explicado, el monarca del siglo xv aspirase a colocarse en la cúspide de la actividad legislativa, sino además por las especiales circunstancias que planteaban los descubrimientos de nuevas tierras.

No bien Cristóbal Colón retornó de su viaje «descubridor», portador de noticias y algunos elementos probatorios del «descubrimiento», comenzó la necesidad de normas con que reglar la tierra descubierta, normas que los monarcas debieron proporcionar.

Dejamos de lado en el análisis de este primer haz de «leyes» las capitulaciones que habían firmado los reyes y Colón en Santa Fe, a la vera de Granada, antes de salir del Puerto de Palos, donde se incorporan «normas» de futuro, como también las que provienen de los títulos que se le concedieron en Granada

⁹⁰ P. GROSSI, *El orden jurídico...*, cit., p. 33.

⁹¹ E. MARTIRÉ, «El Derecho Indiano, un derecho propio particular»..., cit., p. 331.

el 30 de abril de 1492 y –a su pedido, ante la existencia concreta de tierras descubiertas– se le ratifican en Barcelona el 28 de mayo de 1493⁹². Desde fines de marzo (llegada de Colón de su primer viaje) hasta fines de agosto, se han conservado más de cien «leyes» de los Reyes Católicos vinculados con el descubrimiento⁹³. Muchas Reales Cédulas y disposiciones están relacionadas a la ayuda que mandan dar los reyes al almirante Colón y al arcediano Fonseca, del Consejo de Castilla, a quien se le encarga desde un comienzo la asistencia material de Colón en estos temas. Pero otras son de neto corte institucional, como las primeras «Instrucciones» que otorgan los reyes al almirante, fechadas en Barcelona el 29 de marzo de 1493, con motivo del nuevo viaje que emprenderá a las tierras recién descubiertas, para que se ajuste a ellas durante la travesía «e después que allá sea llegado, Dios queriendo»⁹⁴.

Porque en estas tierras descubiertas, según decían los Reyes Católicos a Colón en las referidas instrucciones (repitiendo sin duda el informe que el descubridor les ha dado), sus naturales *non thienen nenguna ley nin seta*⁹⁵. Es decir no sólo están desnudos corporalmente, sino desnudos también de ley y de religión. Era, por tanto, el monarca quien «debía» dárselas. De ahí la importancia tanto de la ley del rey como de su exacto cumplimiento.

En 1512 se insistía ante el Gobernador Diego Colón, que «en tierra que ahora se puebla nuevamente» debe tenerse un especial cuidado en enderezar las cosas⁹⁶. Cuarenta años más tarde al aprobar la creación de la Audiencia de Charcas el Consejo afirma en la consulta, que la principal obligación que tiene el monarca para la gobernación de aquellas «tierras nuevas de las Indias, es la de proveer abundancia de justicia, porque con esta se funda la religión cristiana y nuestra Santa Fe se acrecienta y los naturales son bien tratados e instruidos en ella y así [se] ha visto por experiencia», lo que lleva implícita la conveniencia de velar por el estricto cumplimiento de la ley⁹⁷.

Pero ese velar por la aplicación de la ley no basta, es preciso hacerlo con especial rigor, por ser tierras nuevas «de suyo bulliciosas y alteradas»⁹⁸, habrá que «poner miedo y escarmiento»⁹⁹. Rigor y no tibieza, sostiene a su vez el

⁹² *Colección de Documentos Inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía*, t. xxx, Madrid, 1878 (en adelante CDIAO), pp. 59-64 y 109-119, 132-143.

⁹³ Ernesto SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, 1935, t. I, p. 4.

⁹⁴ *Idem*, pp. 145-157.

⁹⁵ CDIAO, t. 30, pp. 145-157.

⁹⁶ José M.^a CHACÓN Y CALVO, *Cedulario cubano (Los orígenes de la colonización)*, t. 1, Madrid, s-d. Cita tomada de J. M. MARILUZ URQUIJO, «El concepto de tierra nueva...», *cit.*, pp. 400-401.

⁹⁷ R. LEVILLIER, *La Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y Oidores*, publ. dirigida por [...], Madrid, 1918, t. 1, p. 503. La presente cita, como las de las notas 97, 98 y 100, las he tomado de J. M. MARILUZ URQUIJO, «El concepto de tierra nueva...», *cit.*, p. 400.

⁹⁸ Carta de los Comisarios de la Perpetuidad de las encomiendas a S. M., en R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú. Correspondencia de presidentes y oidores...*, *cit.*, t. II, p. 540.

⁹⁹ Carta del relator de la Audiencia de México, Hernando de Herrera, en Francisco DEL PASO Y TRONCOSO, *Epistolario de Nueva España 1505-1818*, México, 1939, t. VII, p. 287.

virrey del Perú Conde de Nieva, porque en «tierras nuevas [...] es muy necesario que la justicia sea muy temida»¹⁰⁰. Rigor que debe imponerse asimismo en materia civil, según lo reclamaban los del Cabildo de Puerto Rico¹⁰¹. Y el virrey Toledo años atrás, en 1573, puesto a reclamar la supresión de la Audiencia de Concepción de Chile por ineficaz, dirá al monarca que esas tierras nuevas de Chile «fuera menester ser un poco más tiempo gobernadas y aseguradas con el cuchillo militar que con el aceite de las audiencias»¹⁰². Estricto cumplimiento y severa vigilancia se exige en las Indias en la aplicación del Derecho.

Atendiendo a las nuevas circunstancias se dictarán normas que resultarán novedosas para el jurista del europeo *ius commune*, como aquella de 1501, que obligaba a los cristianos que «tienen tomadas a los dichos indios sus mujeres e hijas e otras cosas contra su voluntad», se las devuelvan, sin que se dispusiese pena alguna por lo ocurrido, sino en caso de volver a ocurrir¹⁰³, o la que instruía dos años más tarde al gobernador, para que, además de lograr la aludida «devolución» de mujeres e hijas y otras cosas, que al parecer no se había producido, ni se había castigado a nadie por ello, procure que los indios «se vistan y anden como hombres razonables», que no permita «que se bañen [...] tantas veces como ahora lo hacen, porque somos informados que a ellos les hace mucho daño»¹⁰⁴.

Son sólo dos ejemplos, bien significativos, por cierto, de los numerosos sobre las que deberá recaer la real resolución.

Pero, dejando de lado estas normas tan particulares, no olvidemos que, en general, Castilla, en tiempos de los Reyes Católicos, adoptó en primer lugar el criterio que le marcaba el *ius commune*, y no existiendo pacto o acuerdo de sumisión de ninguna especie, resolvió extender a las Indias su propio Derecho. Ése fue el primer plan. Surge claramente de la propia designación de Cristóbal Colón como virrey, como de las normas a que debía ajustarse para el gobierno y la administración de justicia, tanto él como los subalternos que nombrase en su virreinato, «para que oygan los pleitos que obiere, ansí ceviles e criminales como los acostumbran poner los otros Visorreyes e Gobernadores donde quiera que Sus Altezas los thienen; y el dicho Visorrey y Gobernador, oyga y conozca de las apelaciones o de primera instancia, como entendiere que más combiene, e segund lo acostumbran facer los otros Visorreyes e Gobernadores de Sus Altezas» (Instrucciones de 29 de marzo de

¹⁰⁰ R. LEVILLIER, *Gobernantes del Perú. Correspondencia de presidentes y oidores*, cit., t. I, p. 502.

¹⁰¹ Monseñor Vicente MURGA, *Historia documental de Puerto Rico*, vol. I: *El Consejo o Cabildo de la ciudad de San Juan de Puerto Rico (1527-1550)*, Río Piedras, 1956, p. 47.

¹⁰² ACADEMIA CHILENA DE LA HISTORIA, *Real Audiencia de Concepción, 1565-1573*, con prólogo de Javier GONZÁLEZ ECHENIQUE, Santiago de Chile, 1992, pp. 318-319.

¹⁰³ Instrucción de los Reyes Católicos al Gobernador de las Islas y Tierra firme del Mar Océano, Granada, 16-IX-1501 (*CDIAO*, t. 30, p. 190).

¹⁰⁴ Instrucción para el Gobernador y Oficiales Reales sobre el gobierno de las Indias, Zaragoza, 29-III-1503 (*CDIAO*, t. 31, p. 97).

1493, que ya hemos utilizado). Es decir debía obrarse en todo como se hacía en Castilla y como lo hacían los virreyes y gobernadores «donde quiera que Sus Altezas los tienen».

Era el criterio que imponía el Derecho común: «porque segund derecho, la tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reyno a quien se acrecentan y ansi la disposición de las dichas leyes del reino de Castilla que antes estaban fechas, se estendian y estienden a las tierras de ynfeles que despues de fechas las leyes se adquieren e ganan de nuevo, como estas tierras de las Indias, y pór ellas se han de regir y reglar»¹⁰⁵.

Siguiendo esta regla, se volcó el Derecho castellano a América, buscando su aplicación, y sólo cuando no sirvieron las adaptaciones e interpretaciones, por amplias que fuesen, para hallar la solución adecuada, se echó mano a disposiciones nuevas, así nacieron las primeras «leyes de las Indias».

La extensión lisa y llana fue imposible y las normas «nuevas» fueron dictándose caso a caso, para encontrar en la solución particular la justicia que habría de imperar en la tierra nueva. Los funcionarios enviados a Indias no podían obrar tal cual lo hacían los magistrados de Castilla, como en un principio se le había indicado a Colón, sino ajustados a otras normas, a veces tomando viejas prescripciones castellanas adecuadas al «caso», a veces arbitrando soluciones absolutamente nuevas impuestas por una también absolutamente nueva realidad. Por ello la Corona debió afrontar una constante actividad legislativa en la que fueron frecuentes las rectificaciones e infrecuentes las disposiciones generales, ya que el panorama americano iría fluctuando permanentemente. Surgían nuevos territorios con nuevas características geográficas, indígenas distintos, con costumbres también diferentes¹⁰⁶.

Luego de grandes vacilaciones y con la intervención de hombres sabios, pudo España trazar magistralmente un «régimen especial», que ensartara a las Indias dentro del mundo jurídico castellano, para lo cual la actividad legislativa del monarca resultó insustituible.

El Derecho común se estudió y aplicó en Indias, pero el monarca, inspirado sin duda en esa inagotable cantera, dio vida –liberado del viejo Derecho con más facilidad que en España– a la ley del príncipe, a su propia ley, que posteriormente vendría a integrarse, cada vez en mayor medida, con otras expresiones del Derecho que llegaron a complementarla, oscurecerla, alterar su significado, desplazarla o sustituirla¹⁰⁷. Quedó de esta manera conformado el que hoy llamamos Derecho Indiano, un Derecho particular, de contornos definidos, del Derecho propio castellano.

¹⁰⁵ La cita Bártolo y Baldo es de Juan MANZANO Y MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1991, p. 32.

¹⁰⁶ J. MANZANO Y MANZANO, *op. cit.*, pp. 32-33; A. GARCÍA-GALLO, «La ley como fuente del derecho en Indias...», *cit.*, pp. 170-171.

¹⁰⁷ Ver la obra ya citada de V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre...*

En ese legislar del rey es notable observar cómo a la nueva tierra se la quiere desembarazada de los «vicios» que se advertían en la vieja. Como, por ejemplo, la abusiva actuación de los letrados (ya fuesen abogados o magistrados), que más que perseguir la buena administración de justicia, la oscurecían con sus escritos plagados de citas y de argucias curialescas, para hacer decir a los textos lo que convenía a su propio interés. El descrédito que en los siglos xv y xvi tenían en España estos profesionales del Derecho se refleja en disposiciones reales dirigidas a evitar su pase a Indias. En 1509 se ordenó a la Casa de la Contratación, creada unos años antes para ocuparse principalmente del tráfico con las Indias, que se impidiese el pase al Nuevo Mundo de ningún letrado abogado sin licencia especial, «porque yo he sido informado –decía el rey– que a causa de haber pasado a las dichas Indias algunos letrados abogados han sucedido en ellas muchos pleitos e diferencias»¹⁰⁸. Los letrados no convenían en Indias, «atento que es tierra nueva y [...] no tiene necesidad de letrados», como sostenía todavía en 1613 uno de los principales vecinos de Buenos Aires, al conocer el interés de tres letrados por incorporarse a la ciudad¹⁰⁹. La medida fue suavizándose, aunque en muchos ambientes permaneció largo tiempo la desconfianza y el prejuicio contra ellos¹¹⁰. En esa desconfianza se inspirarán punzantes expresiones de la literatura española durante largo tiempo¹¹¹.

Cierro este trabajo –y sirva ello como conclusión– afirmando que, surgido en el momento especial de la evolución del Derecho europeo, el Derecho Indiano, alcanzó en virtud de las características que le fueron impuestas por las necesidades de la tierra nueva, unas particularidades que le dieron fisonomía propia, con principios, normas y reglas de interpretación también particulares, que habilitan su propia personalidad. En un comienzo fue soberana la ley del rey, ordenadora de la conquista y colonización y puntal insustituible del nuevo orden que habría de imperar en la tierra nueva; por ello, principal fuente del Derecho Indiano en esos primeros momentos, para ello el monarca usaba del poder supremo de *hacer y promulgar leyes*, que –como decía el sabio Solórzano– es cosa sentada que «es concerniente a las supremas y mayores regalías de los príncipes, reyes y emperadores»¹¹². Leyes que, y seguimos citando al célebre jurista indiano, «sean las que fuese pidiendo el tiempo y la utilidad y conveniencia de aquellas provincias y

¹⁰⁸ Ricardo LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 438.

¹⁰⁹ Raúl A. MOLINA, «Vindicación de los abogados coloniales», apartado de la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año 1946, t. XXIV, núm. 3, p. 4.

¹¹⁰ A. GARCÍA GALLO, «La ciencia jurídica en la formación del Derecho Hispanoamericano...», *cit.*, p. 161; *Manual...*, *cit.*, pp. 92-93.

¹¹¹ Pueden verse los versos de «La danza de la muerte», atribuidos a Juan de Mena, del siglo xv, los del Arcipreste de Hita, referidos a los «abogados de mala picana», los famosos sonetos de Quevedo sobre los jueces y abogados del Siglo de Oro y aún en el xviii alguna de las fábulas de Pablo de Jérica, como la del «Juez ingenuo» (todos en *Biblioteca de Autores Españoles*, t. 57, pp. 382, 237-738 y 388; t. 69, pp. 14 y 32-33; t. 67, p. 715).

¹¹² SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, l. V, cap. XVI, núm. 2.

repúblicas [...] porque cada provincia las requiere diversas, como también son sus climas, lugares y habitantes y que aún en una misma sucede de ordinario, que lo que hoy se estableció saludablemente, conviene mudarlo mañana»¹¹³.

Adviértase que la fórmula *se obedece pero no se cumple* tuvo una amplitud mucho mayor en Indias que en Castilla, traduciendo la honda preocupación del monarca de dar cabida –aún en esos primeros tiempos– a la opinión del gobernante local para que al normar las tierras nuevas no se causaran perjuicios insalvables (La primera mención a la vigencia de este principio es de 13 de diciembre de 1508)¹¹⁴.

Desde ya que la Monarquía Católica Universal no tuvo reparo alguno en rectificar, agregar, quitar o enmendar sus leyes, adecuándolas a lo que fuese pidiendo el tiempo y la utilidad y conveniencia de aquellas provincias, como tampoco para admitir, llegado el caso, la vigencia de otros órdenes normativos, que no fuesen los sancionados por ella. Pero en los inicios del Derecho Indiano, ante las nuevas situaciones que se presentaron, fueron necesarias nuevas soluciones, y para ello la ley del rey fue decisiva, de ahí la preocupación por encontrar en cada una de ellas el imperio de un orden justo.

No era, en definitiva, más que ajustarse a la enseñanza evangélica: *Nadie echa vino nuevo en odres viejos... a vino nuevo, odres nuevos*.

EDUARDO MARTIRÉ

¹¹³ *Idem.*, l. V, cap. XVI, núm. 3.

¹¹⁴ V. TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en América...*, cit, pp. 82 y ss.