

ACERCA DE LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN EL DERECHO DE INDIAS: NOTAS SOBRE LAS OPINIONES DE LOS JURISTAS INDIANOS¹

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ*

Al doctor José Luis Soberanes Fernández

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho castellano en la época moderna: usos y abusos del derecho común*. III. *Los autores como responsables directos de la asunción del derecho común*. IV. *La doctrina como motor de la recepción en Indias*. V. *El silencio de los prácticos*. VI. *Contrarios a la aplicación: los nuevos aires de los siglos XVIII y XIX*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mejores especialistas actuales en la historia del derecho de indias, el profesor argentino Víctor Tau Anzoátegui, desgranaba en un breve libro las líneas generales que presentaba el ordenamiento jurídico creado desde el poder hispánico para el inmenso continente americano. En el mismo, después de señalar sus elementos integrantes y las influencias de diferente signo, pronunciaba una lapidaria sentencia que, en resumen, expresaba la idea general de que el derecho indiano era una adapta-

* Profesor de la Facultad de Derecho. UNAM.

¹ Las abreviaturas relativas a las revistas empleadas en este trabajo son las siguientes: *AEA*: Anuario de Estudios Americanos (España). *AHDE*: Anuario de Historia del Derecho Español (España). *AHJE*: Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano (Ecuador). *AMHD*: Anuario Mexicano de Historia del Derecho (México). *RChHD*: Revista Chilena de Historia del Derecho (Chile). *REHJ*: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Chile). *RHD*: Revista de Historia del Derecho (Argentina). *RHDRL*: Revista de Historia del Derecho del Instituto "Ricardo Levene" (Argentina). Esta modesta colaboración ha sido realizada merced a la estancia de investigación desarrollada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México) entre los años 2001 y 2002. Desde aquí quisiera expresar mi agradecimiento infinito a todo el personal, académico, administrativo y bibliotecario del mencionado Instituto, por su gran amabilidad y por su disponibilidad para el trabajo, que han hecho factible una estancia fructífera en lo profesional y en lo personal. A todos ellos, con sinceridad, muchas gracias.

ción, con criterio amplio, del modelo europeo de tradición romano-canónica a la realidad indiana.² El mencionado investigador sentaba las bases para futuras reflexiones sobre dos pilares: el ordenamiento jurídico indiano y el derecho europeo, denominado común, como realidades interdependientes.

Hoy en día está admitido generalmente que el proceso de recepción del derecho común ha marcado el desarrollo y la evolución de los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto europeos como americanos.³ Tras unas épocas de oscuridad, de pésimo y fragmentado conocimiento de la compilación justiniana, ese *ius commune*, ese derecho común, suma de derecho romano, canónico y feudal, emerge con una fuerza inusitada en la Europa de los siglos XII y siguientes, merced a la labor de glosadores y comentaristas, que lo utilizan como arma política, pero también como elemento de su quehacer práctico cotidiano. Se convierte así en ese modelo perfecto de derecho culto, racional y sabio, que la sociedad del momento demandaba para arrinconar la pluralidad de estatutos, fueros y demás normas que campaban por los diferentes reinos occidentales.⁴ La recuperación de

2 Cfr. Tau Anzoátegui, V., *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 14 y 15; *ibidem*, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, *passim*, completando la visión anterior.

3 Con carácter básico, proporcionan unas visiones previas sobre el tema: Ermini, G., "Diritto comune", *Nuovo Digesto Italiano*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1938. t. IV, pp. 970 y 971; y misma voz, *Nuovissimo Digesto Italiano*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, t. V, pp. 826-829; Puig Brutau, J., "Derecho común", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1950, t. I, pp. 357-379; Adame Goddard, J., "Derecho común", "Derecho romano", *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-Porrúa, 2000. t. II, pp. 1,147-1,149 y pp. 1,234-1,236; y "Recepción del derecho común", *ibidem*, t. IV, pp. 3,174 y 3,175; y Soberanes Fernández, J. L., "Derecho canónico", *ibidem*, t. II, pp. 1,138-1,141. Dos magníficas exposiciones de conjunto sobre el particular se deben a Iglesia Ferreirós, A., "La recepción del derecho común: estado de la cuestión e hipótesis de trabajo", *El Dret Comú i Catalunya. Actes del II Simposi Internacional*, Barcelona, Edición de Aquilino Iglesia Ferreirós, Fundación Noguera, Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 1992, pp. 213-330; y la revisión del *Medio Evo* de Francesco Calasso, que efectúa en "Ius Commune: un interrogante y un adiós", *El Dret Comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional*, Barcelona, Edición de Aquilino Iglesia Ferreirós-Fundación Noguera-Associació Catalana d'Història del Dret Jaume de Montjuïc, 1999, pp. 239-637.

4 Sobre su formación, hay que acudir a Koschaker, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 99 y ss.; Calasso, F., *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti*, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 267 y ss. y 345 y ss.; y Bellomo, M., *La Europa del derecho común*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996, pp. 61 y ss. Una sugestiva visión del fenómeno en De los Mozos, J. L., "El derecho común y el nacimiento de Europa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVIII, 613 (noviembre-diciembre, 1992), pp. 2,523 y 2,534. Para la producción científica de los autores del derecho común, véase como referencia general Coing, H. (coord.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Erster Band. Mittelalter (1100-1500)*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.

ese cuerpo normativo es asimismo una recuperación de sus fuentes más auténticas y directas, puesto que acaso el verdadero alcance de la recepción consistirá sobre todo en un conocimiento directo de los originales o de copias autenticadas de los principales monumentos normativos justinianos, superando el empleo de fragmentos y epítomes de los primeros siglos del medievo, muchas veces de dudosa autenticidad, de discutidas procedencias y de carácter incompleto en la mayor parte de los casos.⁵

El derecho común es, antes que nada y sobre todos los demás rasgos, un derecho de tipo práctico, que no debe ser identificado en puridad con ninguno de sus componentes individualizados, sino que aparece como el fruto de una magistral labor de síntesis entre las categorías y principios de los derechos romano y canónico, por un lado, y, por otro lado, las nuevas realidades jurídicas que habían nacido en los primeros siglos medievales. No es ni puro derecho romano justiniano, ni puro derecho medieval: es la simbiosis, más o menos perfecta, entre esos dos elementos, de carácter fundamentalmente teórico o conceptual el primero, más enclavado en la realidad el segundo, que se proyecta sobre el mundo occidental con una inusitada rapidez y éxito, apoyado muchas veces por el poder político que encontraba en los viejos textos elementos nuevos con los que fundamentar o apoyar el origen y ejercicio de sus potestades.⁶ Al margen de este condicionante político, el derecho común triunfa por una clara reminiscencia de sabiduría y de racionalidad con la que se adornó en todo instante. En todo momento, se entendió esencial acudir a él: el recurso a este derecho culto, sabio, racional, técnicamente más perfecto que cual-

5 Sobre la ciencia jurídica en el periodo anterior al renacimiento medieval, véase Cannata, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 130-141; y Bellomo, M., *La Europa del derecho común*, pp. 39-60.

6 Sobre el concepto de derecho común no existe unanimidad. Siguiendo a Francesco Calasso, aparece aquél como un derecho general que se eleva sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos existentes en Europa medieval, con un incuestionable apoyo político, pero también con un marcado apoyo intrínseco basado en la autoridad de los propios textos y en su superioridad intelectual. Ambos extremos están íntimamente relacionados puesto que el poder se refuerza con el saber y viceversa. Cfr. Calasso, F., "Il concetto di Diritto Comune", *Introduzione al Diritto Comune*, Milán, Giuffrè, 1951, pp. 31-76. Del mismo autor, son asimismo interesantes otros tres estudios sobre el tema, recogidos en el mismo volumen citado: "Il problema storico del Diritto Comune", pp. 77-136, acerca de la problemática del estudio de este ordenamiento; "Il Diritto Comune come fatto spirituale", pp. 137-179; e "In Orbe Terrarum", pp. 303-340, sobre la expansión del derecho común por el mundo occidental. Acerca de la formación de este concepto, véase Guzmán Brito, A., "El concepto de *ius commune* en el lenguaje de los juristas romanos", *REHJ*, XIII (1989-1990), pp. 39-78; y "Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio", Prólogo a Bravo Lira, B., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. XI-XXXVIII.

quiera de los estatutos, fueros y costumbres que poblaban la Europa de la Baja Edad Media. Es asimismo un derecho de juristas, de profesores en la conocida expresión de Paul Koschaker, lo que determina que no exista un creador único y uniforme del mismo: no hay un poder legislador actual y actualizado, sino que sobre la base de los textos romanos, serán los propios juristas los encargados de dar rienda suelta a su capacidad de creación jurídica, manejando las categorías y principios del derecho romano y los métodos de razonamiento transmitidos por la escolástica. El texto antiguo se toma muchas veces como excusa para desarrollar intrincadas reflexiones y construcciones de lo más variopinto que ponen de manifiesto el intento de adaptación de la realidad medieval y el mundo jurídico en que se han formado. Los juristas son, pues, los auténticos fautores de todo este proceso y las universidades o estudios generales, los semilleros donde se van incubando las posteriores generaciones de prácticos y teóricos del derecho, sojuzgados absolutamente por la dictadura intelectual que supusieron el derecho romano y el derecho canónico, lo que condujo a un desconocimiento voluntario, teñido a veces de cierto desprecio, por los derechos de tipo local que habían aparecido en los diferentes reinos y ciudades del Occidente europeo.

En el ámbito jurídico que abarca toda Europa, el derecho común implicó el tránsito hacia una nueva manera de entender el derecho, en cuanto a su fundamentación última, abandonando las bases teológicas del Medievo para caminar hacia unos nuevos pilares, en cierta forma, prolegómenos de la secularización que llegará en el Renacimiento.⁷ Si hasta ese momento medieval, la justicia se había llegado a identificar y a confundir con Dios, los glosadores desarrollaron la idea de que la justicia es la auténtica mediadora entre la divinidad y los hombres, entre el derecho divino y el derecho humano, o en conocida expresión de la Partida 3, 1, 1, es “una de las cosas porque mejor e mas enderezadamente se mantiene el mundo, et es así como fuente onde manan todos los derechos”. A nivel peninsular hispánico, a los efectos anteriores se suma su empleo como caballo de batalla en el proceso emprendido en algunos reinos para terminar con la pluralidad normativa altomedieval como aconteció en Castilla o en otros territorios aquejados del mismo problema. No hay un postura única en cada uno de los reinos medievales que

7 Véase Coing, H., “Die europäische Privatrechtsgeschichte der neuen Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau”, *Ius Commune*, I (1967), pp. 1-33.

se enfrentan a esa nueva realidad jurídica: la recepción expresa en algunos casos, con el carácter de orden supletorio; el rechazo de plano de su empleo por los tribunales; o bien su conversión en parte integrante del derecho propio.⁸

El derecho castellano, a través de la vías que veremos a renglón seguido, se convertirá en el prototipo de territorio que “nacionaliza” ese derecho común. Mientras que otras regiones, como Cataluña, fijaban el recurso a los elementos integrantes de aquél dentro de sus respectivos órdenes de prelación de fuentes, separando radicalmente el derecho propio y el derecho común ajeno, Castilla no lo asimila sin más, sino que a través de un proceso magistral, ejemplificado en el texto de las Siete Partidas, procede a combinar aspectos de su ordenamiento jurídico tradicional y, en una mayor medida, del derecho común. Éste se nacionaliza, se vuelca dentro del ordenamiento autóctono, en simbiosis con el orden tradicional, no reduciéndolo a la simple consideración de derecho supletorio: aquél se adopta como propio y se adapta a las propias circunstancias y realidades. De esta forma, se había ya sembrado la semilla para que dicho ordenamiento, con todas sus ventajas y sus inconvenientes, hiciese su eclosión en las épocas bajomedieval y moderna, inundando con sus prácticas y su estilo todo el panorama castellano a nivel doctrinal y a nivel práctico.

Cuando Cristóbal Colón descubre el Nuevo Mundo, la diplomacia castellana inicia todo un proceso conducente a dotar de legitimidad la acción colombina frente a las posibles objeciones procedentes de la vecina Corona portuguesa. Fruto de ello son las llamadas Bulas Alejandrinas, mediante las que se fijó la adscripción de las Indias a la Corona de Castilla, exclusivamente, y no a ninguno de los otros territorios que pudieran corresponder a los reyes católicos o a sus sucesores. Las Indias, pues, pasan a formar parte accesoria de un cuerpo político principal, Castilla, lo que

8 Acerca del proceso en los reinos hispánicos, véase Clavero Salvador, B., *Temas de historia del derecho: derecho común*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977, pp. 77 y ss. A mayor abundamiento, véase Lacarra y de Miguel, J. M., “Sobre la recepción del derecho romano en Navarra”, *AHDE*, XI (1934), pp. 457-467; García y García, A., “La penetración del derecho clásico medieval en España”, *AHDE*, XXXVI (1966), pp. 575-592; Font-Ríos, J. M., “La recepción del derecho romano en la península Ibérica durante la Edad Media”, *Recueils de Mémoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Écrit*, 6 (1967), pp. 85-104; Horn, N., “Literaturgeschichtliche Aspekte der Rezeption in Spanien”, *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis*, 37 (1964), pp. 489-514; y las colaboraciones de García-Gallo, A. et al., *Diritto Comune e Diritti Locali nella Storia dell'Europa. Atti del Congresso divarenna (12-15 giugno 1979)*, volumen colectivo, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 225-284.

implicó de inmediato la aplicación del derecho castellano en esas nuevas tierras y la traslación de su modelo político-administrativo.⁹ Es, por tanto, el derecho de Castilla el que se convertirá en el marco normativo por el que regir las relaciones humanas en el Nuevo Mundo, sin perjuicio de que vaya apareciendo, de forma paulatina, casuística en muchos casos, un nuevo cuerpo legal que se ha denominado, tradicionalmente y por ciertas convenciones didácticas, derecho Indiano.

Sin embargo y a pesar de la proliferación de normas dirigidas a la autoridades indianas, no debe olvidarse que aquél tuvo un contenido esencialmente público o cuasi-público, es decir, se dedicó a regular, sobre todo, aspectos político-administrativos relacionados con el ejercicio del poder estatal o sectores en los cuales la intervención de dichos poderes era muy marcada e intensa: virreyes, audiencias, autoridades municipales, Real Patronato, Real Hacienda, ejército, comercio y navegación, fuertemente intervenidos estos últimos por la Corona, etcétera. Las menciones al derecho privado, al procesal o al penal, son reducidas y se limitan a establecer en la mayor parte de las ocasiones matices o correcciones en relación con el derecho castellano, sin desvirtuar el cuerpo normativo y la tradición jurídica de las cuales se partía. No llegan a constituir un verdadero derecho

9 El tema de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla ha brindado a la historia del derecho indiano algunos de los estudios más relevantes y pormenorizados de su propia historiografía, debidos a las plumas de los profesores Juan Manzano Manzano y Alfonso García-Gallo. Las diferentes interpretaciones que estos dos maestros han aportado sobre la cuestión, aluden a si las Indias se donan personalmente a los reyes católicos para pasar después a la Corona y a sus sucesores, como defendía Manzano, o si, por el contrario, la donación papal fue inicialmente dirigida a la Corona castellana, siendo distintos los derechos que correspondían a Isabel y Fernando, de los que fueron transmitidos a sus sucesores en dicha Corona. Véase la obra clásica de Manzano Manzano, J., *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Cultura Hispánica, 1948, *passim*; y otras colaboraciones: “¿Por qué se incorporaron las Indias a la Corona de Castilla?”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. II, 1942, pp. 95-124; “Los justos títulos en la dominación castellana de Indias”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. IV, 1942, pp. 267-309; “La adquisición de las Indias por los reyes católicos y su incorporación a los reinos castellanos”, *AHDE*, XXI-XXII (1951-1952), pp. 5-169; y “Nueva hipótesis sobre la historia de las bulas de Alejandro VI referente a las Indias”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM, 1976, pp. 327-359; y García-Gallo, A., “Las bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en frica e Indias”, *AHDE*, XXVII-XXVIII (1957-1958), pp. 461-830; “El título jurídico de los reyes de España sobre las Indias en los pleitos colombinos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 101-102 (enero-junio, 1976), pp. 129-156; y “Los sistemas de colonización de Canarias y América en los siglos XV y XVI”, *I Coloquio de Historia Canario-Americana (1976)*, Las Palmas, Ediciones del excelentísimo cabildo insular de Gran Canaria, 1977, pp. 423-442. Además véase Zavala, S., *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*. 2a. ed., revisada y ampliada, México, Porrúa, 1971, pp. 15 y ss., para la penetración, pp. 167 y ss., para el problema bélico con los naturales.

propio, singular, sino que se mueve en la órbita de especialidad o de excepción respecto al cuerpo principal castellano, sin negarlo, ni desconocerlo: lo corrige y adapta a las exigencias e imperativos que impone el mundo americano. O como expresa la propia Recopilación de Leyes de Indias, en su libro 2, 2, 13, “porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla, y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos, y de los otros, deve ser lo mas semejantes y conformes, que ser pueda. Los de nuestro Consejo en las leyes y establecimientos, para aquellos Estados ordenaren, procuren reducir la forma y manera de el gobierno de ellos al estilo y orden con que son regidos y gobernados los reynos de Castilla y de Leon, en quanto huviere lugar, y permitiere la diversidad y diferencia de las tierras y naciones”.¹⁰

Son expresivas las palabras que Niceto Alcalá-Zamora pronunció en la década de los 40 para caracterizar, en muy pocas líneas, los lineamientos básicos de las Leyes de Indias: apenas si hay derecho civil especial, porque se lleva otro completo y común; escasa variante de derecho penal, con las finalidades y en las direcciones apuntadas; en cambio mucho derecho procesal, creciendo en proporción exagerada por la complejidad de jurisdicciones y de sus conflictos; un derecho canónico singular, como consecuencia del Patronato pleno, tenazmente afirmado y ejercido por la Corona y de ver ésta en la influencia de la Iglesia instrumento de colonización poderoso; un derecho administrativo especializado, amplio, en el cual la riqueza será estímulo para desenvolver con desequilibrado crecimiento una legislación sobre contabilidad y administración de la hacienda pública, y como protección de esa misma riqueza y amparo contra los peligros y codicias que en el transporte la acechan; un desarrollo aún más frondoso de leyes, de clasificación difícil o mixta, entre derecho mercantil, procesal y aún militar-marítimo, por el amparo, que viene a ser aún más que convoy o escolta, factoría y transporte.¹¹

La mayor parte de los tratados generales sobre historia del derecho español han incidido en señalar esa dependencia respecto al derecho de Castilla,¹² lo mismo que los principales manuales de historia del derecho

10 Recopilación de las Leyes de Indias, 2, 2, 13, *Que las leyes que se hizieren para las Indias sean lo mas conformes, que ser pudiere, a las de estos reynos*. Citamos por la reimpresión facsimilar de la edición príncipe de 1681, efectuada por Julián de Paredes, Madrid, 1681. Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1973, IV tomos.

11 Cfr. Alcalá-Zamora y Torres, N., *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*. 3a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 15.

12 Véase Lalinde Abadía, J., *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, Ariel, 1970, pp. 201

indiano¹³ o los referidos a la evolución histórica de los derechos de los diferentes países americanos como son los casos de México,¹⁴ de Argentina,¹⁵ de Perú, Chile y otros.¹⁶

y ss.; Pérez-Prendes, J. M., *Curso de historia del derecho español. Parte general*, Madrid, Darro, 1978, pp. 689-706; García-Gallo, A., *Manual de historia del derecho español*, 10a. reimp., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1984, t. I, pp. 103 y 104 y pp. 414-425; Fernández Espinar, R., *Manual de historia del derecho español. I. Las fuentes*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 583-607; Escudero, J. A., *Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 6a. ed., Madrid, Gráficas Solana, 1990, pp. 639-718; Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 325-345; Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Historia dl derecho. I. Instituciones político-administrativas*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 422-425; Gacto Fernández, E. et al., *Manual básico de historia del derecho (temas y antología de textos)*, Madrid, Laxes, S. L., 1997, pp. 295-307; y Coronas González, S. M., *Manual de historia del derecho español*, 2a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 382-395.

13 Véase Ots Capdequí, J. M., *El Estado español en las Indias*, 3a. ed., corregida y aumentada, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 9-15, pp. 78 y ss.; *ibidem*, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 42-80, sobre las fuentes castellanas, y pp. 205-267, sobre instituciones privadas del derecho indiano; Tau Anzoátegui, V., *¿Qué fue el derecho Indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 51-56; Muro Orejón, A., *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa 1989, pp. 27 y ss.; Sánchez Bella, I., et al., *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992, pp. 37 ss., pp. 297 y ss.; Dougnac Rodríguez, A., *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, pp. 227 ss.; y Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Instituciones político-administrativas de la América hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, t. I, pp. 149-169.

14 Para México, véase González Domínguez, M. del R., *Historia del derecho mexicano*, México, Mc Graw-Hill, 1998, pp. 15-37; Margadant, G. F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 17a. ed., México, Esfinge, 2000, pp. 37-138; y Soberanes Fernández, J. L., *Historia del derecho mexicano*, 8a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 35-77.

15 Para Argentina, véase Levene, R., *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, Ltda., 1945, t. I, *ibidem*, *Historia de las fuentes del derecho indiano*, pp. 333-357, en especial, 353-355; y *Manual de historia del derecho argentino*, 4a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, pp. 185-192; Estrada, L. de, *Manual de historia del derecho (español-indiano-argentino)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pp. 27-92; Levaggi, A., *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano-nacional)*, 1a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1991, t. I: *Parte general*, pp. 227-261; y Zorraquín Becú, R., *Historia del derecho argentino*, 1a. ed., 5a. reimp., Buenos Aires, Perrot, 1992, t. I, pp. 35 y ss., para el derecho castellano, y pp. 213 ss., para el derecho indiano.

16 Para El Salvador, véase Rodríguez Ruíz, N., *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*, San Salvador, Universitaria, 1951, pp. 10 y ss. Para Perú, véase Basadre, J., *Historia del derecho peruano*, 2a. ed., Lima, Edigraf, 1982, pp. 225-240. Para Chile, véase Barrientos Grandón, J., *Introducción a la historia del derecho chileno. I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Santiago de Chile, Barroco Libreros, 1994, pp. 134 y ss. Para la República Dominicana, véase Vega, W., *Historia del derecho dominicano*, Santo Domingo, Intec, 1986, pp. 3-15 y pp. 31-101. Para Colombia, véase Fernández Peñalosa, G., *El derecho de Indias y en su metrópoli*, Bogotá, Temis, 1969, pp. 13-33. Para Cuba, véase Carreras, J. A., *Historia del Estado y el derecho en Cuba*, La Habana, Ministerio de Educación Superior, 1981, pp. 11 y ss.; y para Costa Rica, véase Guier, J. E., *Historia del derecho*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1984, pp. 311-354, para Castilla; y pp. 463-498, para la época colonial.

A estos trabajos, deben sumarse una amplia pléyade de estudios monográficos sobre esta particular cuestión y las relaciones entre los sistemas jurídicos implicados.¹⁷ Castilla es, pues, el punto de partida y su derecho el arranque jurídico de los diferentes derechos que aparecerán en el continente. Tanto es así que hasta el año 1614, toda norma procedente de Castilla entraba en vigor de inmediato en Indias y gozaba de preferente aplicación, salvo existencia de norma indiana específica. A partir de esa fecha, se requirió, síntoma de cierta autonomía que iba adquiriendo el derecho indiano, el plácet del Consejo de Indias y que fueran despachadas por éste mediante real cédula para su cumplimiento.

Hay, por lo tanto, que ver en el derecho indiano un ordenamiento jurídico prácticamente completo, constituido por el propiamente indiano, ya de origen peninsular o metropolitano, creado desde la Península Ibé-

17 Véase Levene, R., "Fuentes del derecho indiano", *AHDE*, I (1924), pp. 55-74; Altamira y Crevea, R. de, "Penetración del derecho castellano en la legislación indiana", *Revista de Historia de América*, 23 (1947), pp. 1-53; 24 (1947), pp. 313-341; y 25 (1948), pp. 69-134; Malagón Barceló, J., "La influencia del derecho español en Hispanoamérica", *AEA*, XXIV (1967), pp. 1,807-1,819; y "Una colonización de gente de leyes", *Estudios de historia y derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966, pp. 81-100; García-Gallo, A., "La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII", *AHDE*, XLIV (1974), pp. 157-200; "Génesis y desarrollo del derecho indiano", *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 123-145; "El derecho común ante el nuevo mundo", *ibidem*, pp. 147-166; y "La ley como fuente de derecho en Indias en el siglo XVI", *ibidem*, pp. 169-285; "La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América española, 1492-1824", *Index. Quaderni Camerati di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 6 (1976), pp. 3-11; Zorraquín Becú, R., "Las bases fundamentales del derecho indiano", *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 807-836; "El sistema de fuentes en el derecho indiano", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 1-51; y "Caracteres generales del derecho indiano: sus objetivos y resultados", *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1992, pp. 111-138; Bravo Lira, B., "El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla", *AHDE*, LVIII (1988), pp. 5-80 (*derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1989, pp. 3-71); Tau Anzoátegui, V., "El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común", varios autores, *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio. Firenze-Lucca*, 25, 26, 27 maggio 1989, Giuffrè, Milán, Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, pp. 34 y 35. 1989, t. II, pp. 573-591; Pérez Martín, J. A., "Derecho común, derecho castellano, derecho indiano", *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 5 (1994), pp. 43-89; Fernández Sotelo, R. D., "Los principios y las normas rectoras del derecho indiano a partir de los Cedularios de Puga y de Zorita", *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM-Escuela Libre de Derecho, 1995, t. I, pp. 349-385; Herrera, F., "El derecho castellano y el derecho indiano", *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, 42 (julio-diciembre, 1995), pp. 53-57; Bernal, B., "El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano", *AMHD*, X (1998), pp. 89-105; y "derecho castellano" y "derecho indiano", *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, t. II, pp. 1,141-1,143 y pp. 1,185-1,187; González Domínguez, M. del R., "derecho novohispano", *ibidem*, t. II, pp. 1,214-1,217; y López Monroy, J. J., "Notas para el estudio de las fuentes reales del derecho indiano", *AMHD*, XI-XII (1999-2000), pp. 83-90.

rica, ya de tipo criollo, gestado por las diversas autoridades americanas,¹⁸ el cual presenta al derecho castellano como supletorio,¹⁹ del que, a su vez, es subsidiario el derecho común europeo, conforme a lo que era la realidad del momento. La relación se traba a tres bandas, como se ha afirmado:

- a) Derecho indiano, especial o municipal.
- b) Derecho castellano, general o común (supletorio de primer orden).
- c) Derecho común, romano y canónico, comunísimo (supletorio de segundo orden).

Es preciso destacar la presencia de otro elemento en el sistema descrito, el derecho indígena, tolerado con restricciones por la legislación indiana,²⁰ que se moverá en el mismo campo que para la costumbre preveía el derecho de Castilla,²¹ de modo que se erige en la norma de preferente aplicación en las relaciones establecidas entre los propios indígenas, merced a una primera política de adaptación de la costumbres prehispánicas e hispánicas, siempre que no se opusieran a la religión. En este primer momento, previo a la Recopilación de las Leyes de Indias, el monarca castellano legisla, mas no podrá nunca perjudi-

18 Véase Sánchez Bella, I., "Derecho indiano criollo", *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, pp. 1,481-1,511 (*Nuevos estudios de derecho indiano*, Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 63-100).

19 Con notas exportables al resto de los países americanos, véase Ots Capdequí, J. M., "Sobre la vigencia efectiva de las Partidas en América", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, Universidad de Valencia-Facultad de Derecho, 1974, t. II, pp. 173-182; y Bravo Lira, B., "Vigencia de las Partidas en Chile", *REHJ*, X (1985), pp. 43-105 (*Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, pp. 89-145). Las Partidas fueron el auténtico cuerpo de derecho vigente en Indias, incluso más allá de la Independencia.

20 La costumbre es aceptada por Real Cédula de 6 de agosto de 1555, dictada por Carlos V en Valladolid, incorporada a la Recopilación de las Leyes de Indias 2, 1,4: "Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Cristianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necesario, por la presente aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fueros servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro y á la conservación y policia Cristiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando á lo que tienen hecho, ni á las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos". Idea esbozada anteriormente, en julio de 1530, por el mismo emperador Carlos, cuando ordenaba que los gobernadores y justicias puestos a los indios estén obligados a guardar "sus buenos usos, y costumbres en lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religión" (Recopilación de las Leyes de Indias 5, 2, 22).

21 Sobre los requisitos de la costumbre como fuente del derecho, véase Partida 1, 2, 5.

car el justo ordenamiento consuetudinario de la población. Tras la Recopilación de 1680, el rey asume unas potestades más amplias que le llevan a poder modificar, interpretar o aclarar dichas tradiciones consuetudinarias.²²

Visto el panorama normativo sobre el que vamos a trabajar, no podemos omitir determinadas singularidades del sistema de fuentes indiano, en relación con el carácter de la ley,²³ o a la aparición de algunas formas especiales de creación del derecho, como la doctrina de los au-

22 Véase Levene, R., "El derecho consuetudinario y la doctrina de los juristas en la formación del derecho indiano", *The Hispanic American Historical Review*, vol. III, 2 (1920), pp. 144-151; Altamira y Crevea, R. de, "Estudios sobre las fuentes de conocimiento de la historia del derecho indiano. La costumbre jurídica en la colonización española", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. VIII, 31 (julio-septiembre, 1946), pp. 143-212; 32 (octubre-diciembre, 1946), pp. 181-210; t. IX, 33 (enero-marzo, 1947), pp. 199-234; 34 (abril-junio, 1947), pp. 135-166; 35-36 (julio-diciembre, 1947), pp. 311-341; t. X, 37 (enero-marzo, 1948), pp. 177-191; 38 (abril-junio, 1948), pp. 147-166; y 39-40 (julio-diciembre, 1948), pp. 225-253; Manzano Manzano, J., "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano", *RHDRL*, 18 (1967), pp. 65-71; Mariluz Urquijo, J. M., "El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano", *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, pp. 101-113; Tau Anzoátegui, V., "La costumbre como fuente del derecho indiano", *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 115-191; y "La costumbre en el derecho del siglo XVIII. La doctrina jurídica y la praxis rioplatense a través de los cabildos", *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 671-725; "La costumbre jurídica en la América española (Siglos XVI-XVIII)", *RHD*, 14 (1986), pp. 355-425; y "Elementos consuetudinarios en la política indiana de Solórzano", *RHD*, 15 (1987), pp. 469-502; Díez Rementería, C. J., "La costumbre indígena en el Perú hispánico", *AEA*, XXXIII (1976), pp. 189-215; Dougnac Rodríguez, A., "Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano", *RChHD*, 7 (1978), pp. 107-112; González de San Segundo, M. A., *Derecho hispánico e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indígena (notas para su estudio)*, *ibidem*, "El elemento indígena en la formación del derecho indiano", *RHD*, 11 (1983), pp. 401-453; Ávila Martel, A. de y Bravo Lira, B., "La costumbre en el derecho indiano", *RChHD*, 10 (1984), pp. 41-50 (*derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, pp. 73-88); Zorraquín Becú, R., "Los derechos indígenas", *RHD*, 14 (1986), pp. 427-451; Pietschmann, H., "Consideraciones en torno al problema del estudio del derecho indígena colonial", *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, t. II, pp. 7-17; y Menegus Bornemann, M., "La costumbre indígena en el derecho indiano, 1529-1550", *AMHD*, IV (1992), pp. 151-159; y "La costumbre indígena en el derecho indiano", *Investigaciones Jurídicas*, vol. XII, 45 (enero-marzo, 1992), pp. 41-50.

23 Véase Altamira y Crevea, R., *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*, México, José Porrúa e Hijos, 1939, pp. 15 y ss.; García-Gallo, A., "La ley como fuente de derecho en Indias en el siglo XVI", *Estudios de historia del derecho indiano*, pp. 169-285; y Tau Anzoátegui, V., "La ley se obedece pero no se cumple. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho Indiano", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 53-110 (*La Ley en América hispana. Del descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, pp. 67-143); "La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 6 (1986), pp. 193-232 (*La Ley en América hispana*, pp. 25-65); y Casusimo y Sistema, *Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 315-425.

tores²⁴ o el “ejemplar”, usado en la práctica de justicia y de gobierno.²⁵ De todo esto, se puede concluir que el derecho indiano era, ante todo, un sistema jurídico de corte legal, con el rey y sus asesores ocupando el escalafón más alto en todo el proceso creativo de normas, pero sin que la preponderancia de la ley llegase a erradicar el juego de otras formas de creación jurídica de gran importancia y trascendencia en el mundo americano. Aparece así como un ordenamiento amplio y diverso, en el cual no se aprecia una pretensión de totalidad o de globalidad más que a través el recurso a la tradición jurídica europea. Es un derecho regido por la idea de la tónica, más que la del sistema,²⁶ donde cada una de sus fuentes desempeñó un papel variado atendiendo a la materia regulada, sin que se puedan establecer generalizaciones que no fueron contempladas en el momento de la creación del propio cuerpo de derecho.²⁷

Efectuado el entronque entre los derechos indiano y castellano, surge de inmediato la pregunta a la que se tratará de responder en estas breves notas, ¿cuál fue el protagonismo que desempeñó el derecho común —sobre todo, el romano— en el sistema jurídico indiano?, ¿era susceptible de ser aplicado de la misma manera que aconteció en Castilla?, ¿cuál era la opinión de los juristas indianos al respecto? El protagonismo del *ius commune* se me antoja capital, reproduciendo la idea general que había

24 Véase García-Gallo, A., “La ciencia jurídica en la formación del derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII”, *AHDE*, XLIV (1974), pp. 157-200; y Tau Anzoátegui, V., “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, *RHD*, 17 (1989), pp. 351-408; y *Casuismo y sistema*, pp. 427-480.

25 Véase Tau Anzoátegui, V., “El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, pp. 1,631-1,656. Se trata de un resultado dimanante de la doctrina de los autores y de la herencia del derecho común. La fuerza del ejemplar o del modelo dimanaba de la autoridad, de un saber reconocido y transmitido a través de los siglos, no sometido a discusión: es el antecedente prestigioso, indiscutible, el recurso al “hágase como siempre se he hecho”.

26 Véase Tau Anzoátegui, V., *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pp. 43-49; y *Casuismo y sistema*, pp. 39-82, quien presenta el casuismo como un creencia social en el mundo hispano a lo largo de los siglos XVI y XVII, que adquiere nuevos bríos en la América hispana, justificado por la diversidad, la mutabilidad y la distancia. Sin embargo, el siglo XVIII marca el tránsito hacia una revisión de estos planteamientos, una demolidora crítica del sistema y orden existentes comporta además una propuesta de cambio y sustitución.

27 Siguiendo el parecer del profesor Tau Anzoátegui, tres serían las fuentes principales del derecho indiano; la ley, la costumbre y la doctrina. La primera de ellas es el recurso usual en los asuntos de tipo gubernativo o administrativo, mientras que la última se manifiesta como predominante en las materias judiciales, gracias a lo cual va a entrar en bloque el derecho común. *Cfr.* Tau Anzoátegui, V., “Introducción. Leyes y sociedad: ¿dos mundos opuestos?”, *La Ley en América hispana*, pp. 1-23.

sintetizado un excelente historiador del derecho indiano, desgraciadamente desaparecido: para Carlos Díez Rementería, otro de los elementos integrantes del derecho indiano (no por ello secundario) es el derecho común (romano justinianeo, canónico, feudal, glosado y comentado), que se erige en una pieza fundamental de la práctica y de la teoría jurídicas indianas, sobre todo en amplias parcelas del derecho privado, sin desdeñar otros sectores.²⁸

La importancia del derecho común en Indias se puede sintetizar a partir de dos grandes aportaciones, siguiendo la opinión del profesor Pérez Martín.²⁹

Primeramente, por la forma en que se produce la llegada de ese cuerpo normativo, se afirma la continuidad con el espíritu del derecho común desarrollado en Europa: es esencialmente un derecho de juristas, que lo mismo que sucedía en Castilla, se formaban en las disciplinas principales de los derechos romano y canónico dentro de las más destacadas universidades peninsulares y americanas, al margen de instituciones prácticas que trataban de completar la deficiente formación que de cara al ejercicio profesional habían adquirido, como academias de leyes, escuelas de práctica forense, etcétera. Esos mismos juristas son los que van a desempeñar los más relevantes puestos en la administración de justicia o en el gobierno de las Indias, por lo que no dudarán en la aplicación del derecho en el que se han formado, ignorando o despreciando incluso todo lo que se pueda incluir dentro de los márgenes del *ius commune*. Un círculo

28 Cfr. Sánchez Bella, I. *et al.*, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992, p. 45. Véase como muestra de esa persistencia del derecho castellano, con ciertas adaptaciones o correcciones para adecuarlo a la realidad y a la sociedad indiana, entre otros muchos ejemplos, Malagón Barceló, J., “Teoría general del derecho procesal en las Leyes de Indias”, *Estudios de historia y derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966, pp. 123-140; Arvizu y Galarraga, F. de, “Especialidades procesales de la Recopilación indiana”, *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 23-61; Villapalos Salas, G., “Los recursos en materia administrativa en Indias en los siglos XVI y XVII. Notas para su estudio”, *AHDE*, XLVI (1976), pp. 5-76; Salcedo Izu, J., “Fuentes del derecho marítimo indiano”, *AHJE*, vol. V (1980), pp. 513-548; Levaggi, A., “El recurso de apelación en el derecho indiano”, *RHD*, 12 (1984), pp. 171-198; e “Introducción a los contratos en el derecho indiano”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 7 (1999), pp. 121-130; Cattán Atala, A., “La Restitutio in Integrum en el derecho indiano”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 209-222; y Díaz Bravo, A., “La contratación mercantil en el derecho indiano”, *ibidem*, t. I, pp. 293-300.

29 Cfr. Pérez Martín, A., “Derecho común, derecho castellano, derecho indiano”, *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 5 (1994), pp. 83 y 84.

vicioso, similar al que se había detectado en Europa, se cernía también sobre las Indias, a lo que coadyuvaban los propios juristas en sus escritos o en sus labores docentes, que se desarrollaban siempre y sin excepción con arreglo a la metodología, práctica, uso y estilo de la mejor tradición europea del llamado *mos italicus*. Las bibliotecas de los principales autores y oficiales de gobierno y justicia dan buena prueba de ello con la presencia absoluta de los más destacados cuerpos legales y obras de esa tradición jurídica.

Por otro lado, en segundo lugar, la presencia del derecho común se producirá, de la misma forma que aconteció en Castilla, a través del recurso a ese ordenamiento tomando como punto de partida el sistema de prelación de fuentes castellano: la remisión que el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro hacían a las Partidas se concibió como una puerta abierta a la aplicación sin excepciones del derecho común, tanto en sus textos normativos principales como en las obras de todo tipo de comentaristas. Aquí es donde el juego intelectual de los juristas indios cobra la trascendencia que trataremos de desentrañar.

Ambos factores explican que, desde los primeros momentos,³⁰ el recurso al derecho romano sea una constante en la labor jurídica de los principales autores que tuvieron que tomar ideas de aquél para explicar los derechos del rey de Castilla y de su Corona: así la explicación del dominio a partir de las teorías romanísticas de la ocupación de la res nullius³¹ o la donación pontificia³², como herencia de la teocracia medieval que estaba ya siendo superada; la polémica de los justos títulos;³² el tra-

30 Véase Góngora, M., *El Estado en el derecho indiano. Época de fundación (1492-1570)*, Santiago de Chile, Instituto de Investigaciones Histórico-Culturales, 1951, pp. 233 ss.; Pérez Ramos, D., “La tradición castellana en el primer intento modelador de los reinos indios y su frustración”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 297-324; y Sánchez Bella, I., “El derecho indiano bajo los reyes católicos y Carlos V (1492-1556)” y “El derecho indiano bajo Felipe II (1556-1598)”, ambos en *Nuevos estudios de derecho indiano*, Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 1-20 y pp. 21-61, respectivamente.

31 Véase Rojas Domat, L., “Dos análisis histórico-jurídicos en torno al descubrimiento de las Indias: la accesión y la ocupación”, *REHJ*, XIX (1997), pp. 153-166.

32 Véase Schmitt, C., “La justificación de la ocupación de un Nuevo Mundo (Francisco de Vitoria)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. II, 1 (1949), pp. 13-46; Pereña Vicente, L., “El concepto de derecho de gentes en Francisco de Vitoria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, 2 (1952), pp. 603-628; Zavala, S., “Problemas jurídicos que plantea el descubrimiento de América. Los justos títulos a la posesión de las Indias occidentales. Antecedentes clásicos y medievales”, *RChHD*, 6 (1970), pp. 380-386; García-Gallo, A., “La Universidad de Salamanca en la formación del derecho indiano”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 77-99; “Domingo de Soto y el derecho indiano”, *IX Congreso del Instituto*

tamiento de los indígenas,³³ etcétera. Todos estos temas ponen de relieve el recurso a Roma en sus múltiples facetas o aspectos, con una especie de aire de improvisación que viene justificada por el desconocimiento de la propia realidad descubierta y la paulatina necesidad de crear un ordenamiento adecuado a las necesidades indianas.³⁴ La intensidad en su aplicación no hará más que aumentar con el paso del tiempo hasta el inicio de su decadencia en la segunda mitad del siglo XVIII.³⁵

Así, el estudio del derecho práctico ha puesto de manifiesto la presencia del derecho romano en la vida cotidiana, judicial y extrajudicial, desarrollado en el Nuevo Mundo: los jueces, los escribanos y demás oficiales acuden en muchos campos del derecho privado a los textos romanos y la doctrina

Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios, Madrid, Universidad Complutense, 1991, t. I, pp. 151-157; y “Las Casas y Vitoria ante la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla”, *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1992, pp. 283-289; Prieto Bances, R., “El albor de la legislación de Indias”, *Obra escrita*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1976, t. I, pp. 455-503; y Burillo, J., “Francisco de Vitoria: los títulos legítimos a las Indias”, *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1 (1988), pp. 161-177; y Pérez-Prendes, J. M., “La solución legal de la duda indiana”, *Pareceres (1956-1998). Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, VII (1999), Selección, edición y presentación de Magdalena Rodríguez Gil, t. II, pp. 1,163-1,184.

33 Véase Peña Peñalosa, R., “La república de indios y el derecho común”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 129-146; y Bravo Lira, B., “Derecho común y derecho natural en el Nuevo Mundo. Situación jurídica de las tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la monarquía española”, *REHJ*, XI (1986), pp. 63-79 (*derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, pp. 189-208).

34 Véase al respecto dos sugestivos artículos de Maravall, J. A., “El descubrimiento de América en la historia del pensamiento político”, *Estudios de historia del pensamiento español. Serie segunda. La época del Renacimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, t. II, pp. 385-418; y “Las Indias y la Corona de Castilla”, *ibidem*, t. II, pp. 419-428. Las manifestaciones de ese primer recurso al derecho romano se puede ver en tres obras aparecidas en el primer siglo de la dominación castellana, poblados todos ellos de citas a los autores clásicos grecorromanos, a los textos bíblicos y a numerosos fragmentos del derecho romano y del derecho canónico. Véase López de Palacios Rubios, J., *De las Islas del mar Océano*, México, Biblioteca Americana-Fondo de Cultura Económica, 1954, sobre todo, el capítulo V, pp. 128-148, dirigido a justificar el dominio de los reyes de Castilla en Indias; y capítulo VII, pp. 149-209, sobre las cargas y los tributos que se pueden imponer a los naturales; Paz, M. de, *Del dominio de los reyes de España sobre los indios*, cit., pp. 211-259; y Gines de Sepúlveda, J., *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 43-179.

35 De acuerdo con Bravo Lira, B., “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla”, *AHDE*, LVIII (1988), pp. 5-80 (*derecho común y propio en el Nuevo Mundo*, pp. 3-71), se diferencian tres grandes periodos dentro de la historia del derecho común en Indias: la primera fase (1492-1571), fundacional, se caracteriza por el recurso al derecho común en virtud del arbitrio judicial y sus conexiones con el derecho natural y de gentes; la segunda fase (1571-1750), es la de florecimiento del *Ius Commune*; y la tercera (1750-1900) es la de la decadencia: aquél, en cuanto que derecho de juristas, es reemplazado en la Codificación por el derecho legislado.

de los autores.³⁶ Sentencias, dictámenes, órdenes y demás escrituras, se pueblan de referencias a todo el cuerpo romano justiniano, tanto en la actuación cotidiana de los operadores jurídicos incluso al llegar la época de la Independencia, como en los trabajos de los propios autores del

36 Véase Malagón Barceló, J., “Pleitos y causas en la Audiencia de Santo Domingo durante el siglo XVIII”, *Estudios de historia y derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966, pp. 169-181; y “Pleitos y causas de la capitanía general de Venezuela en el Archivo de la Real Audiencia de Santo Domingo (Siglo XVIII)”, *ibidem*, pp. 183-216; Martínez Baeza, S., “Algunas consideraciones sobre los protocolos notariales y el contrato de compraventa indiano”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 893-900; Martínez Baeza, S., “La exclamación”, *AHJE*, vol. V (1980), pp. 229-238; Barrero García, A. M., “La aplicación del derecho en Indias según las memorias de los virreyes (Siglos XVI y XVII)”, *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1984, pp. 153-170; Cattán Atala, A. y Hanisch Espíndola, H., “El derecho indiano en el comentario de las Instituciones de Justiniano en el siglo XVIII”, *ibidem*, pp. 211-221; Mariluz Urquijo, J. M., “El saber profesional de los agentes de la administración pública en Indias”, *ibidem*, pp. 251-276; Barrientos Grandón, J., “El derecho común ante la Real Audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 105-116; *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, UNAM, 1993, pp. 229-272; “Estado Moderno y judicatura letrada en las Indias. Colegiales del de Santa María de Jesús de Sevilla en plazas togadas”, *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, 3-4 (1994-1995), pp. 247-307; y “*Mos Italicus* y praxis judicial indiana”, *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5-6 (1996-1997), pp. 357-428; Levaggi, A., “El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos”, *REHJ*, X (1985), pp. 145-158; y “El derecho común en la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 173-185; Santos Martínez, P., “El derecho romano en un pleito medocino sobre propiedad (1804-1810)”, *RChHD*, 14 (1988), pp. 213-225; Meira, S., “Direito Romano e Direito Brasileiro”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 187-190; Bravo Lira, B., “La institución notarial en Chile. Notas sobre su origen y configuración jurídica”, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, pp. 265-275; y “Matrices impresas en un protocolo notarial de Santiago en el siglo XVI”, *ibidem*, pp. 277-293; Yanzi Ferreira, R. P., “La aplicación del derecho castellano-indiano a través del análisis de un expediente judicial. Córdoba, 1787”, *RHDRL*, 28 (1991), pp. 171-185; y “Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa de las postrimerías del régimen jurídico colonial (1776-1810)”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, t. IV, pp. 313-330; Leiva, A. D., “Vida forense en el Buenos Aires virreinal”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 625-648; Seoane, M. I., “Los poderes para testar en el Buenos Aires del siglo XVIII”, *ibidem*, t. II, pp. 1,513-1,548; y “Los herederos testamentarios en el Buenos Aires colonial. Estudio ius historiográfico”, *RHD*, 26 (1998), pp. 497-538; Vivas, M. C., “El derecho civil indiano en Córdoba a través de la documentación de la época”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Tomo II, pp. 1.707-1.724; y “Las escrituras testamentarias durante los siglos XVI y XVII en Córdoba”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. IV, pp. 223-242; Pihlajamäxi, H., “La institución de la *poena extraordinaria* y el derecho de la prueba en el derecho común y en el derecho indiano”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. IV, pp. 349-360; Echazú Léxica, M. de, “Dos ejemplos del procedimiento penal y la aplicación del derecho indiano en el Virreinato del Río de la Plata a fines del siglo XVIII”, *ibidem*, t. IV, pp. 261-276; Cuenca Boy, F., “Utilización pragmática del derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII sobre el Protector de Indios”, *REHJ*, XX (1998), pp. 107-142; y Kluger, V., “Algunas particularidades de los pleitos familiares en el Virreinato del Río de la Plata, 1785-1812”, *RHD*, 27 (1999), pp. 219-245.

momento.³⁷ La profunda inmersión en el estudio y en la práctica del derecho común justificaba la aparición de instituciones de corte académico en

37 Véase Muro Orejón, A., “El doctor Juan Luis López, marqués del Risco, y sus comentarios a la Recopilación de Indias”, *AHDE*, XVII(1946), pp. 785-864; y “Reguera Valdelomar y el Nuevo Código de Indias”, *AHDE*, XXI y XXII (1951-1952), pp. 1.286-1.291; López Núñez C., “El romanismo en la *Política Indiana*”, *AEA*, VI (1949), pp. 715-754; Lohman Villena, G., “En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros”, *AHDE*, XXXI (1961), pp. 121-161; y “El licenciado Diego Álvarez”, *RChHD*, 5 (1969), pp. 45-53; y “El jurista Francisco Carrasco del Saz”, *AMHD*, XI-XII (1999-2000), pp. 339-359; Sánchez Bella, I., “Notas sobre Gaspar de Escalona y Juan Luis López, juristas del virreinato peruano”, *RChHD*, 6 (1970), pp. 217-237; García-Gallo Peñuela, C., “El promptuario de acciones del Derecho Indiano de José Lebrón”, *RChHD*, 6 (1970), pp. 238-267; Hera, A. de la, “Álvarez de Abreu y la naturaleza jurídica de los diezmos en Indias”, *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 803-826; Mariluz Urquijo, J. M., “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de Mata Linares”, *RHD*, 4 (1976), pp. 141-159; “Las notas inéditas de Ramón Martínez de Rozas a la Real Ordenanza de Intendentes de 1782”, *RChHD*, 11 (1985), pp. 135-161; “Maziel, jurista del setecientos”, *RHD*, 16 (1988), pp. 171-192; y “El derecho natural como crítica del derecho vigente en el setecientos rioplatense”, *RHD*, 18 (1990), pp. 215-224; Gómez Gómez, A., “Prudencio Antonio de Palacios, jurista indiano”, *Homenaje al doctor Muro Orejón*, Sevilla, Facultad de Filosofía y Letras-Universidad de Sevilla, 1979, t. I, pp. 225-231; Moreno de Los Arcos, R., “Joaquín Velázquez de León. Un jurista mexicano en el siglo XVIII”, *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 301-307; Alonso Martín, M. L., “Un jurista indiano: Juan Antonio Torquemada”, *Justicia, sociedad y economía en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII). Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Valladolid, 1983, pp. 205-232; Bernal, B., “Las Leyes de Indias a la luz de dos comentaristas novohispanos del XVIII”, *RChHD*, 9 (1983), pp. 325-354; y “Los comentaristas novohispanos a la Recopilación de Leyes de Indias”, en Icaza Dufour, F. de (coord.), *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Histórico-Jurídicos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987, pp. 585-604; Campos Harriet, F., “Don Juan Martínez de Rozas, jurista de finales del periodo indiano”, *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del derecho indiano*, pp. 195-209; Soto Kloss, E., “El arte de los contratos de Bartolomé de Albornoz, jurista indiano del siglo XVI”, *RChHD*, 11 (1985), pp. 163-185; Leiva, A. D., “Las lecturas jurídicas del doctor Juan N. Pujol”, *RHD*, 14 (1986), pp. 299-308; Arvizu y Galarraga, F. de, “El pensamiento regalista de don Pedro Frasso en su obra *De Regio Patronatu Indiarum*”, *RChHD*, 12 (1986), pp. 29-51; y “El pensamiento jurídico del P. Diego de Avendaño S. I. Notas de interés para el Derecho Indiano”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 137-150; Hanisch Espíndola, H., “Pedro Murillo Velarde S. J, canonista del siglo XVIII. Vida y obras”, *RChHD*, 12 (1986), pp. 53-67; y “Un informe de Solórzano Pereira sobre derecho común para las Indias”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 93-104; Peña Peñaloza, R. I., “Los autores, fuentes del derecho canónico indiano, Anacleto Reiffenstuel y el *ius canonicum universum*”, *RChHD*, 14 (1988), pp. 71-89; y “El Deán doctor Gregorio Funes: teólogo de Córdoba y jurista de Alcalá de Henares (1749-1829)”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 205-218; Dougnac Rodríguez, A., “Anotaciones a las Leyes de Indias, de Manuel José de Ayala, manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e índices”, *RChHD*, 14 (1988), pp. 139-176; “Entre la escolástica y el racionalismo: Francisco Ugarte de la Hermosa y Salcedo, jurista criollo del siglo XVII”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, pp. 37-54; y “Culteranismo, criollismo y derecho común en un memorialista del siglo XVII: Nicolás Matías del Campo”, *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Madrid, Editorial Complutense, 1996, t. III,

las que se explicaba y se enseñaba, ahora sí, el derecho real, indiano y castellano.³⁸

En este trabajo, se pretende realizar, pues, una breve exposición del proceso seguido en Indias para la recepción del derecho común,³⁹ partien-

vol. I, pp. 17-67; Barrero García, A. M., "La literatura jurídica del barroco indiano a través de la obra de Solórzano Pereira", *RCHHD*, 15 (1989), pp. 65-85; Rípodas Ardanaz, D., "Simón de Viegas, un letrado proyectista español entre dos siglos (1785-1803)", *RHD*, 18 (1990), pp. 335-354; Margadant, G. F., "La *consuetudo contra legem* en el derecho indiano a la luz del *ius commune* (análisis del pensamiento de Francisco Carrasco y Saz, jurista indiano, sobre este tema)", *AMHD*, II (1990), pp. 169-188; Pavón Romero, A., "Universitarios y oidores. Un tipo de catedrático de leyes y cánones en el siglo XVI", *AMHD*, IV (1992), pp. 161-171; Barrientos Grandón, J., "El *mos italicus* en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15?-1625)", *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2 (1993), pp. 43-61; Barrero García, A. M., "Solórzano Pereira y la ciencia jurídica de su tiempo", *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1992, pp. 111-138; Tau Anzoátegui, V., "La noción de Justicia en la *Política Indiana* de Solórzano", *ibidem*, pp. 609-619; y "Entre leyes, glosas y comentarios. El episodio de la Recopilación de Indias", *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. III, vol. I, pp. 267-283; Soberanes Fernández, J. L., "Vida y obra de Rivadeneyra", *AMHD*, VII (1995), pp. 221-237; y "Rivadeneira, jurista novohispano del XVIII", *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. III, vol. I, pp. 151-157; Levaggi, A., "La libertad de los naturales según Solórzano y su fundamentación en el derecho romano", *RHDRL*, 33 (1997), pp. 331-340; y Rodríguez-Sala, M. L. y Erice, M. B. de, "Juan Francisco de Montemayor y Córdoba de Cuenca, abogado, oidor y recopilador del siglo XVII", *AMHD*, IX (1997), pp. 193-233.

38 Las diferentes academias o escuelas de jurisprudencia nacen a lo largo de los siglos XVIII y XIX con la finalidad de cubrir las lagunas intelectuales en las que se hallaban los juristas indianos, totalmente imbuidos de derecho romano y canónico, que es el que se esforzaban en aplicar. Tales son los casos de la Real Academia Carolina de Jurisprudencia de Charcas (1776), la Academia Carolina de Leyes y Práctica Forense de Santiago de Chile (1778 y 1779) o la Academia Teórico-Práctica de Jurisprudencia de Buenos Aires (1814). Véase Rípodas Ardanaz, D., "Disertaciones de la Real Academia de Practicantes Juristas de Charcas (1782-1808)", *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, 1,369-1,405; y Roca, C. A., "Las academias teórico-prácticas de jurisprudencia en el siglo XIX", *AMHD*, X (1998), pp. 717-752.

39 Véase Díaz Bialek, A., "El recepción del derecho romano en América Hispana (Introducción)", *La Ley*, 99 (1960), pp. 963-977; Ávila Martel, A. de, "La enseñanza del derecho romano", *La Justicia*, t. XXIII, 399 (1963), pp. 27-36; García Belaúnde, D., "El derecho romano en el Perú", *Index. Quaderni Camerti di studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 6 (1976), pp. 66-73; Levaggi, A., "Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 267-309; Avellán Z., A. y Bustamante, M., "La recepción de derecho romano en el Ecuador", *Externado. Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 2 (junio, 1985), pp. 147-164; G. de Cancino, E., "El romanismo en los juristas latinoamericanos", *Derecho*, 40 (1986), pp. 7-16; Bravo Lira, B., "El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla", *AHDE*, LVIII (1988), pp. 5-80 (*Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, pp. 3-71); Guzmán Brito, A., "La penetración del derecho romano en América", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, 2 (mayo-agosto, 1991), pp. 201-211; Pereira Serracín, G. E., "Derecho romano: fuente viva del derecho latinoamericano", *Anuario de derecho. Órgano de información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, año XXI, 21 (1992), pp. 404-415; Schipani, S., "El derecho romano en el Nuevo Mundo", *Ars Iuris*, 12 (1994), pp. 199-258; Moncayo Rodríguez, S., "Una nota sobre la recepción del derecho romano en México", *Estudios*

do del precedente castellano y de las singulares etapas que jalonan ese movimiento en Castilla, que van desde un rechazo inicial a un triunfo sin contemplaciones en la época moderna. Tras ese precedente, se verá de forma sumaria la inserción del derecho castellano en las Indias y a partir de ahí la eclosión del derecho romano, con un éxito y una difusión parangonables a los de la Castilla, matriz indiscutible de la que se partía. Aquel derecho tendrá dos manifestaciones proyectadas sobre las Indias: el nivel académico (la enseñanza) y el nivel práctico (la aplicación del derecho común, no directamente, sino a través de las Partidas), implicaron esa uniformidad en el orden territorial, esto es, en todas las Indias, y en el orden sistemático-jurídico, regido por el derecho romano.

Finalmente, nos ocuparemos de la opinión vertida por algunos de los más relevantes juristas sobre el particular. Veremos cómo se articulaba el recurso al derecho castellano en los sucesivos textos jurídicos indios y cómo la opinión de los juristas se convirtió en el elemento detonante de la plasmación práctica del derecho romano y también, más adelante, cómo certificó su decadencia y relegación en defensa del derecho nacional o propio en un siglo, el XVIII, de exacerbado criticismo y revisión sistemática del orden jurídico dominante.

Los niveles oficial y pragmático quedaban, de alguna forma aislados, por lo que era necesario tratar de edificar el elemento intermedio que contribuyera a entrelazarlos ya explicar dicha unión. Esto es, la ley mandaba acudir a Castilla y la práctica aplicaba el derecho romano. ¿Cómo se produce este tránsito? ¿Qué pasos se dan? La respuesta la proporciona el examen del elemento que se hallará en una posición de equilibrio entre los niveles anteriores: el nivel culto, el de los propios juristas, que eran educados en las excelencias del mismo derecho común, que en sus escritos proponían el remedio al mismo como forma de cubrir las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico indiano, y que en su actividad práctica, como operadores jurídicos de diverso tipo, procedía precisamente a realizar la aplicación total y absoluta del orden jurídico que habían estudiado y conocido.

1 (enero, 1994), pp. 103-115; Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, pp. 11-51; y "Derecho común y derecho indiano en el reino de Chile", *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 133-159; y Herzog, T., "Sobre la cultura jurídica en la América colonial (Siglos XVI-XVIII)", *AHDE*, LXV (1995), pp. 903-911.

A pesar de la importancia que el tema presenta, el estudio pormenorizado de la opinión de los autores indianos sobre el particular que nos ocupa, ha sido tratado de manera somera por pocos autores.

Salvo los casos de Beatriz Bernal sobre Antonio León Pinelo,⁴⁰ y los de Alejandro Guzmán Brito sobre las obras del mismo jurista⁴¹ y Juan Corral Calvo de la Torre,⁴² pocos son los estudiosos que se han acercado a este tema tan arduo y, a la vez, esencial, para un conocimiento íntegro y cabal del derecho indiano, aunque ha habido aproximaciones relevantes al tratar la vida de algún jurista, de su forma de actuar o al glosar los contenidos de las principales bibliotecas en poder de los virreyes, jueces, oidores y demás personal, como ya hemos expuesto anteriormente.⁴³ Con

40 Véase Bernal, B., "El derecho romano en el discurso de Antonio León Pinelo sobre la importancia, forma y disposición de la recopilación de las Leyes de las Indias Occidentales", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 145-183. El estudio se centra, más que nada, en la influencia del derecho romano como modelo para proceder a la recopilación de Indias en la que andaba trabajando el mencionado jurista. Más que una incidencia o traslación directa de principios jurídicos romanos, lo que hay es un modelo sistematizador y ordenador que debe copiarse para concluir tal labor con eficacia y efectividad. Los principios generales que propone Pinelo no son creación suya, sino que están tomados en su mayor parte de las constituciones imperiales por las que se ordenó la formación y promulgación del Código y del Digesto. Por ejemplo quitar preámbulos y prefacios innecesarios; evitar duplicaciones; eliminar antinomias y contradicciones; erradicar leyes en desuso; añadir a la ley recopilada todo lo necesario para su mayor claridad, sencillez y actualidad; sistematización por materias; etcétera.

41 Véase Guzmán Brito, A., "Romanismo en la teoría recopiladora de Antonio León Pinelo", *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 373-384. Incide en la línea expuesta por la profesora Bernal.

42 Véase Guzmán Brito, A., "La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre", *Justicia, Sociedad y Economía en la América Española (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 71-89. Corral Calvo de la Torre recurre al derecho común por entenderlo como razón natural en la línea de algunos juristas castellanos del momento. Como complemento de esta colaboración, véase Rospide, M. M., "Los Comentarios de Corral Calvo de la Torre como cedulaario", *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 159-184.

43 Por todos y como referencia bibliográfica general, véase Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, pp. 51-122 y pp. 123-228. Ejemplos particulares pueden consultarse en Rípodas Ardanaz, D., "Francisco Gutiérrez de Escobar: su biblioteca y sus escritos", *RHD*, 2 (1974), pp. 173-198; "Bibliotecas privadas de funcionarios de la Real Audiencia de Charcas", *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1975, t. II, pp. 499-555; "La biblioteca de Mariano Izquierdo. Un repositorio jurídico atípico en el Buenos Aires finicolonial", *RHD*, 12 (1984), pp. 303-336; y "Manuel Silvestre Martínez y sus dos librerías. De la librería de jueces a la biblioteca privada", *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 185-203; Aránguiz Donoso, H., "Notas para el estudio de la biblioteca del obispo de Santiago, don Manuel de Alday (1712-1788)", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 623-643; Levaggi, A., "La biblioteca del doctor Francisco Pombo de Otero", *RHD*, 8 (1980), pp. 475-500; Dolezalek, G. "Libros jurídicos anteriores a 1800 en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del

la objeción que conviene formular al respecto: las manifestaciones culturales que tienen su reflejo más depurado en las bibliotecas, expresión de la cultura jurídica del momento, no pueden llevarnos a conclusiones erróneas y a derivar consecuencias por el mero hecho de la propiedad de libros, es decir, no todo libro supone su utilización práctica y tampoco su conocimiento. Por ese motivo, aquéllas muestran el nivel cultural y jurídico adquirido, pero no debe llevarnos a la reflexión equívoca de suponer el empleo de todos y cada uno de los textos allí existentes en la correspondiente praxis judicial o extrajudicial. Así sucedería con aquellos textos relativos al derecho aragonés o al derecho napolitano, que difícilmente tendrían cabida en las Indias, más que como simples citas eruditas.

La importancia del derecho común no se debe ceñir exclusivamente al período colonial o indiano, sino que ha proyectado su influencia decisiva a lo largo y ancho de los países americanos, incidiendo de manera variada, pero siempre constante, en sus procesos codificadores. La ambigüedad que este fenómeno de la Codificación ha manifestado respecto al derecho romano se deja ver con claridad en el pensamiento y en las realizaciones de dicho proceso. El siglo XIX, por tanto, no pone fin a la incidencia del derecho común, lo mismo que había sucedido en Europa,

siglo XIX”, *Studi Sassaresi*, V (1981), pp. 491-518; Salinas, C., “La biblioteca de don Marcelino Egaña con especial referencia a sus libros de derecho”, *REHJ*, VII (1982), pp. 389-540; Hampe Martínez, T., “Lecturas de un jurista del siglo XVI. La biblioteca del doctor Gregorio González de Cuenca, presidente de la Audiencia de Santo Domingo (1581)”, *AEA*, XLI (1984), pp. 143-193; Lohman Villena, G., “La biblioteca de un peruano de la Ilustración: el contador Miguel Feijo de Sosa”, *Revista de Indias*, XLIV (1984), pp. 367-384; Mobarec Asfura, N., “Libros de derecho canónico en las bibliotecas del reino de Chile”, *Estructuras de gobierno y agentes de administración en América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, 1984, pp. 95-102; Luján Muñoz, J., “La biblioteca jurídica de don José C. del Valle”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 783-806; Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en el reino de Chile, Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (siglos XVII-XVIII)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, 1 (diciembre, 1992), pp. 1-101; “La biblioteca del oidor Sancho García de Salazar (c. 1630-1688)”, *RHDRL*, 28 (1992), pp. 7-28; y “Librería de don Sebastián Calvo de la Puerta (1717-1767), oidor de la Real Audiencia de Guatemala”, *REHJ*, XXI (1999), pp. 337-373; Ramos Núñez, C. A., “El derecho romano en la biblioteca de Toribio Pacheco”, *REHJ*, XVIII (1996), pp. 233-238; Widener, M., “El derecho hispano y neorromano en la antigua biblioteca de la Corte Suprema de Texas, 1854-1944: un estudio de procedencia”, *AMHD*, X (1998), pp. 797-827; Barrientos Grandón, J. y Rodríguez Torres, J., “La biblioteca jurídica antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile”, *REHJ*, XIV (1991), pp. 291-334; Llamosas, E. F., “Notas sobre la biblioteca antigua del Convento de Santo Domingo de Córdoba”, *Cuadernos de Historia*, 8 (1998), pp. 171-193; y “Las obras de la biblioteca jesuítica de Córdoba en poder de Fernando Fabro”, *Cuadernos de historia*, 9 (1999), pp. 219-237; y Diego Fernández Sotelo, R., “Biblioteca del oidor de la Audiencia de Nueva Galicia, Joseph Manuel de la Garza Falcón (1763)”, *AMHD*, XI-XII (1999-2000), pp. 91-160.

no obstante el pensamiento crítico que se había desarrollado en el siglo de la Ilustración contra los abusos y defectos de la jurisprudencia hasta ese instante manejada. Esto se puede observar a lo largo de los diferentes procesos codificadores y de las obras de los juristas que se hallaron en esta etapa intermedia, de tránsito o paso de un sistema jurídico periclitado a uno novedoso, que, sin embargo, compartía muchas cosas con el derecho anterior.⁴⁴ Numerosos estudios referidos a todos los países americanos (con especial referencia, a los que constituyen los ejemplos más preclaros: Chile, Brasil y Argentina, con sus respectivos fautores, Andrés Bello, Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield) han plasmado la dependencia en gran medida que se produjo respecto al antiguo derecho romano.⁴⁵ De

44 Así se puede ver en las escasas referencias que se efectúan en el *Diccionario* de Escriche sobre la cuestión. Véase “derecho canónico”, “derecho civil”, “derecho común” y “derecho romano”, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense, con citas de derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*. Edición y estudio introductorio de María del Refugio González, México, Porrúa, 1998, pp. 188-195. Ejemplos de ese tránsito pueden consultarse en González Domínguez, M. del R., “Las *Instituciones* de José María Álvarez, parteaguas entre el derecho indiano y los derechos nacionales (Peculiaridades indianas de su obra)”, *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 381-404; y “El derecho indiano en el diccionario de Escriche anotado por Rodríguez de San Miguel”, *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 543-570; Carrillo Prieto, I., “El derecho de la Ilustración española. De Jovellanos a las Cortes de Cádiz”, *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1981, pp. 393-415; y Barragán Barragán, J., “La legislación gaditana como derecho patrio”, *ibidem*, pp. 377-392.

45 Véase entre otros, Guzmán Brito, A., “La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 6 (1976), pp. 74-82; y “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”, *AHDE*, L (1980), pp. 851-890; Meira, S., “O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas e a recepção do Direito Romano na América Latina no século XIX”, *Externado. Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 2 (junio, 1985), pp. 147-164; y “Direito Romano e Direito Brasileiro”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 187-190; Franca, L., “Recepção de Direito Romano no sistema brasileiro especialmente no direito das obrigações”, *Externado*, 2 (junio, 1985), pp. 191-258; y Vázquez, H., “Otra vía de trasfusión del derecho romano en el derecho civil argentino. Los escritos jurídicos del doctor Vélez Sarsfield”, *Externado*, 2 (junio, 1985), pp. 259-300; Levaggi, A., “El derecho romano en la formación de los abogados argentinos del ochocientos”, *Derecho*, 40 (1986), pp. 17-33; Louzan de Seminario, N. D., “El romanismo de los juristas latinoamericanos: Dalmacio Vélez Sarsfield”, *Derecho*, 40 (1986), pp. 35-39; González de Cansino, E., “Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina”, *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 14 (1986), pp. 147-161; Pérez Perdomo, R., “Derecho romano, codificación, independencia política en Venezuela”, *Index*, 14 (1986), pp. 191-197; y Moreira Alves, J. C., “O Direito Romano na formação dos civilistas brasileiros até o advento do Código Civil”, *Index*, 14 (1986), pp. 225-250; Bravo Lira, B., “La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del derecho común”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 147-172; “Afirmación del derecho patrio o nacional frente al derecho común en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX”, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, pp. 295-311; “Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica. El derecho indiano después de la Independencia.

hecho, como ha puesto de relieve el profesor Bravo Lira, el cambio que opera la codificación no descansa en el derecho que se va a plasmar en los códigos (que será, en esencia, el de la tradición jurídica castellana y romano-canónica), sino en el nuevo papel que va a jugar el juez en el contexto de un orden jurídico que lima de manera considerable su arbitrio de antaño.⁴⁶

El estudio del derecho común en Indias que vamos a iniciar excluye el tratamiento del derecho canónico por la simple razón de que en este caso no se produjo sin más una simple recepción de los precedentes europeos medievales. La existencia de una radical novedad de partida (el Regio Patronato) determinó la creación de un auténtico derecho canónico indiano, ya estudiado por Alberto de la Hera,⁴⁷ entre otros, que bebía del derecho europeo (el *corpus iuris canonici*), pero que se apartó del mismo en temas e instituciones puntuales y concretas hasta el punto de formar un nuevo derecho para el nuevo territorio. Por otro lado, ese Derecho canónico era un derecho en formación, en renovación continuada, vivo y ágil, frente al anquilosamiento que se podía detectar en el derecho romano, limitado a sus textos, pero sin posibilidades de creación normativa novedosa.

Tampoco aludiremos más que de forma tangencial al nivel práctico porque ello supondría un trabajo directo de archivo que excedería con mucho los límites de esta modesta aportación, dirigida, sobre todo, a ve-

Legislación y doctrina jurídica”, *ibidem*, pp. 313-354; “Judex, Minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación”, *AHDE*, LXI (1991), pp. 111-163; y “Estudios de derecho y cultura de abogados en Chile, 1758-1998: tras la huella del ius commune, la codificación y la descodificación en el nuevo mundo”, *REHJ*, XX (1998), pp. 84-106; Gayosso y Navarrete, M., “El derecho romano: contenido y método para la formación y el desarrollo del sistema jurídico latinoamericano”, *RHDRL*, 29 (1992), pp. 83-98; Morineau, M., “La recepción del derecho romano en México. Situación de la mujer en la familiar”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVI, 77 (mayo-agosto, 1993), pp. 545-552; e “Influencia del derecho romano en el derecho mercantil mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, año VI, 16 (enero-abril, 1995), pp. 81-93; Tau Anzoátegui, V., *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, pp. 107-126; y Díaz Bialet, A., “La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil argentino (1864-1869)”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10 (2000), pp. 283-291.

⁴⁶ Cfr. Bravo Lira, B., “Judex, Minister Aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación”, *AHDE*, LXI (1991), p. 123. En esencia, el nuevo rol que se otorga al juez pasa por una reducción de su arbitrio, un mayor recurso a la *aequitas constituta*, como sombra de la ley, y una reducción del campo de actuación de la equidad natural.

⁴⁷ Véase Sánchez Bella, I. et al., *Historia del derecho indiano*, pp. 253 y ss.

rificar el orden de prelación de las fuentes que figuraba en la mente de los principales juristas que desarrollaron su labor en las Indias y que plasmaron en sus obras jurídicas más relevantes. Así se podrá explicar la perfecta conjunción entre los tres niveles relacionados que han de ser estudiados para verificar el modo de aplicación y de conocimiento de todo ordenamiento: el nivel oficial, el nivel culto y el nivel de aplicación práctica.⁴⁸

II. EL DERECHO CASTELLANO EN LA ÉPOCA MODERNA: USOS Y ABUSOS DEL DERECHO COMÚN

El derecho del reino castellano-leonés pasa por dos fases perfectamente diferenciadas a lo largo de la Edad Media que marcan su evolución vital de una manera indeleble: una primera, calificada por la doctrina tradicionalmente como de “derecho común visigodo”, en la cual se detecta la persistencia del antiguo *liber iudiciorum*, de la época de *recesvinto*, sujeto a múltiples redacciones posteriores, al que se le fue añadiendo con el paso del tiempo toda una gama de normas complementarias, recogidas y condensadas en los fueros; y una segunda, en la que se inicia de manera lenta y calmada la recepción del derecho romano justiniano y canónico, en tiempos de Alfonso X y de sus sucesores, hasta llegar al momento final decisivo que constituye el Ordenamiento de Alcalá de Henares, del año 1348.⁴⁹

48 Manejando la terminología ya clásica y unánimemente aceptada que propuso en su día el profesor Alfonso García-Gallo, que formula en su trabajo sobre la evolución del testamento en el derecho peninsular. Véase García-Gallo, A., “Del testamento romano al testamento medieval. Las líneas de su evolución en España”, *AHDE*, XLVII (1977), pp. 425-497. Postura más tarde matizada o corregida por las aportaciones de su discípulo Sánchez-Arcilla Bernal, J., “En torno al derecho indiano vulgar”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, I (1992), pp. 13-24.

49 Véase una síntesis completa en Sánchez-Arcilla Bernal, J., “La pervivencia de la tradición jurídica romana en España y la recepción del derecho común”, *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Florís Margadant*, México, UNAM, 1988, pp. 379-413; y las referencias generales sobre el periodo medieval en García-Gallo, A., *Manual de historia del derecho español*, cit. t. I, pp. 61 y ss.; Lalinde Abadía, J., *Iniciación histórica al derecho español*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 82 y ss.; Pérez-Prendes, J. M., *Curso de historia del derecho español*, Madrid, Facultad de Derecho-Universidad Complutense, 1989, pp. 493 y ss.; Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Historia del derecho. I. Instituciones político-administrativas*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 207 y ss.; Iglesia Ferreirós, A., *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed. corregida, Madrid, Marcial Pons, 1996, t. I, pp. 241 y ss.; Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 111 y ss.; Gacto Fernández, E., Alejandro García, J. A. y García Marín, J. M., *Manual básico de historia del derecho (temas y antología de textos)*, Madrid, Laxes, 1997, pp. 75 y ss.; y Coronas González, S. M., *Manual de historia del derecho español*, 2a. ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 113 y ss.

Tras la caída de la monarquía gótica y la ocupación musulmana que siguen al año 711, la vida jurídica de la Península Ibérica permanece, en principio, inmutable. Un ordenamiento jurídico consolidado y aplicado como era el visigodo no podía desaparecer de la noche a la mañana, por lo que los territorios donde se refugian los supervivientes del antiguo reino serán los depositarios de ese derecho tradicional, máxime si se tiene en cuenta la tolerancia de los musulmanes hacia las comunidades cristianas y judías, a las que les permitieron conservar su derecho y demás tradiciones culturales, incluida la religión. De todas formas, debe tenerse en cuenta que esta persistencia del *Liber* no significó su inmutabilidad, ni su conocimiento general, ni su conservación idéntica en todos los territorios cristianos. Existen zonas en donde se produjo un mayor respeto hacia el viejo derecho, como son los casos de Cataluña, el reino de León o las localidades donde se asentaba una importante población mozárabe, tales como Toledo o Córdoba. En estos ámbitos geográficos, es muy fácilmente detectable la conservación del *Liber* y numerosos documentos de aplicación del derecho ponen de relieve la actuación jurídica conforme a lo que mandaba o enseñaba la ley gótica. En otras regiones, tradicionalmente refractarias a poderes externos, la situación fue diferente: las regiones del norte, Castilla, los condados aragoneses o el naciente reino de Navarra, entre otros muchos, se habían mostrado históricamente como lugares difícilmente dominables primero para los romanos, más tarde para los visigodos y para los propios musulmanes. Sin embargo, la huella del derecho visigodo se deja notar por la presencia de varios códices del *Liber*, documentos jurídicos en los que se menciona ese texto o bien, indirectamente, por la influencia que se detecta en los textos forales de siglos posteriores, que manifiestan un conocimiento, mediato o inmediato, de la legislación gótica.

A pesar de esa persistencia general, no se puede predicar una igualdad entre todas las regiones por varios motivos. Primeramente, debe tenerse en cuenta que las copias del *Liber* debieron ser muy escasas, en un momento como el medieval en que un libro, de cualquier temática, era un bien de extraordinario valor. Solamente los grandes patrimonios estaban en condiciones de sufragar los gastos y dispendios que tales actividades culturales presentaban, por lo que las copias existentes no son muy abundantes y se residencian casi siempre en catedrales, monasterios o en manos de algún magnate laico que ejerciese alguna función judicial. No todo el mundo, pues, tenía acceso al conocimiento directo del texto legal, por

lo que no es difícil pensar que el antiguo derecho permaneciese en la conciencia del pueblo y en unas pocas personas, sabias y respetadas, contribuyendo de ese modo a su persistencia por el recurso a la memoria, a la tradición, más que por su conocimiento directo. En segundo lugar, debe advertirse otro factor que contribuye a un cierto desconocimiento general del derecho vigente: la ruralización, general a toda Europa, supuso la desaparición del antiguo poder de las ciudades, por lo que la vida se fue desarrollando en los campos, dominados por los grandes señores. Ello coadyuvó a que la vida jurídica caminase por unos derroteros diferenciados a los que establecía el texto gótico y a la necesidad de adaptación del mismo a las nuevas circunstancias. La distancia entre ciudades implicó además las dificultades de comunicación entre sus habitantes para el intercambio de todo tipo de conocimientos. En tercer lugar, el conocimiento del Liber no fue general más que en contadas excepciones: debido a los factores anteriores, se puede colegir que las copias eran muchas veces incompletas, fragmentarias o contenían numerosas interpolaciones o correcciones. Esto implicaba el manejo por los operarios jurídicos de varias versiones, no parejas entre sí y difícilmente unitarias, reconducibles a una única edición, por la inexistencia de un poder superior que tendría que velar por la aplicación del derecho y garantizase su uniformidad. En cuarto lugar, debe señalarse asimismo que aun en los territorios donde se aplicó, como Cataluña o las ciudades de mayoría mozárabe, no pudo darse una vigencia general de todas sus leyes, por la sencilla razón de que existían impedimentos de corte político que lo dificultaban: los títulos y normas referidas al rey, a la organización político-administrativa, a los tributos o a los Derechos penal y procesal, encajaban poco o nada con la nueva situación de dominación a la que estaban sometidos los habitantes de Cataluña (bajo el poder de los francos) y los cristianos que moraban en territorio musulmán (sujetos, como es obvio, al poder político islámico). Finalmente, debe señalarse la situación de pobreza cultural del momento que impedía un estudio serio, riguroso y detallado del Derecho como disciplina científica autónoma: el orden jurídico se aplicaba, mas no era objeto de estudio y de reflexión. A pesar de la apariencia de unidad, la situación era muy distinta a lo que pudiera parecer a primera vista.

Por los motivos apuntados, existía, por tanto, un derecho general, de herencia gótica, pero un derecho que se conocía por diversas vías y con variadas intensidades. Sin embargo, existía un factor que iba a desembo-

car en la aparición de todo un derecho nuevo. A todas las circunstancias referidas, se debe sumar otra de una gran trascendencia cual es la propia insuficiencia u obsolescencia que el Liber mostraba. Muchas de sus materias habían quedado desfasadas por la aparición de unas nuevas necesidades y circunstancias sociales, económicas y políticas, que convertían algunas partes de aquél en papel mojado. Ya hemos aludido a la no persistencia de sus leyes referidas al derecho público en los territorios dominados por los musulmanes o por los francos.

Lo mismo sucedió con otros fragmentos que devinieron insuficientes o desfasados para hacer frente a la nueva realidad (por ejemplo, el antiguo derecho penal, el derecho procesal o el derecho militar). Por otro lado, existían nuevas actividades que precisaban de una regulación que no aparecía fijada en los textos conservados, como la repoblación, las campañas militares o la aprehensión de nuevas tierras. ¿Cómo se fue resolviendo esta carencia de normativa?, ¿cómo se suplió el derecho tradicional? Por medio de la costumbre, de la creación popular del derecho ante la incapacidad del poder político, del rey, para generarlo. Esta génesis popular tuvo como resultado el pluralismo jurídico, esto es, que cada ciudad, villa, localidad o comarca presentase su forma peculiar de vivir el derecho, diferente de la que existía en los lugares próximos. Se fue creando, en suma, un nuevo derecho, que trataba de completar el derecho común visigodo, a través de dos mecanismos esenciales: la labor de los señores dentro de sus respectivos territorios y la labor de los concejos y municipios, donde existiesen.

Estos nuevos derechos, debemos recordarlo, no nacen con pretensiones de totalidad, sino que aparecen en puridad para suplir o corregir el antiguo derecho visigodo que seguía rigiendo como texto de vigencia general. A todo esto se debe sumar la creación por parte de la autoridad pública (reyes, condes, etcétera) de todo un elenco de normas privilegiadas dirigidas a ciertos lugares y a sus pobladores, efectuados con los más diversos fines, tanto demográficos como militares. La sucesión de cartas de población o cartas-pueblas, de franquezas, privilegios y libertades, ya personales, ya territoriales, contribuyeron aún más a acentuar la pluralidad normativa existente en ese momento concreto por medio de las excepciones a la aplicación del derecho visigodo.

Mediante esta labor, como puede verse, tampoco se tendió a la creación de un derecho general, sino a exceptuar la aplicación del antiguo

derecho a través del reconocimiento de ciertas situaciones, personales o reales, privilegiadas.⁵⁰

Desde el siglo IX se detectan claros intentos de plasmar por escrito ese abigarrado conjunto de normas jurídicas que formaban el derecho de cada localidad. En ese instante, surgen los llamados Fueros, prueba fehaciente ahora de la dispersión normativa en la que se hallaba la Península Ibérica en los siglos centrales del Medioevo. Diferentes familias forales pondrán de manifiesto esa falta de un derecho uniforme. A lo largo de las siguientes centurias (siglos XI, XII y XIII) siguen redactándose estos Fueros, cada más complejos y con mayor número de preceptos y de materias reguladas, como reacción ante el creciente poder de la realeza. El antiguo derecho visigodo seguía subsistiendo, ahora como supletorio de los cuerpos forales más perfectos en los que es posible ya avistar las primeras influencias del derecho común por el carácter incompleto que los mismos presentaban y que movió a sus redactores anónimos a recurrir al mismo para sistematizar o llenar las lagunas que se daban en los propios textos.

En este contexto llegamos al reinado de Alfonso X, en la segunda mitad del siglo XIII, quien elaborará una obra clave en la historia del derecho de Castilla: las Siete Partidas. No vamos a incidir aquí en toda la polémica que la obra alfonsina ha generado y sigue generando entre los estudiosos.⁵¹ Con independencia de su carácter inicial (si legal o didáctico), lo cierto es que, a pesar del rechazo que los municipios y la nobleza hicieron de esta obra, los tribunales reales fueron poco a poco aplicándola hasta llegar al momento decisivo que constituye el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), en el cual el biznieto del Rey Sabio, Alfonso XI, estableció lo que sigue a continuación:

Nuestra entencion, è nuestra voluntat es, que los nuestros naturales, è moradores de los nuestros Regnos sean mantenidos en pas, è en justicia: et como para esto sea menester dar Leys ciertas por dò se libren los pleytos, è las contiendas que acaescieren entrellos, è maguer que en la nuestra Corte usan

50 Además de los anteriores, véase especialmente Otero Varela, A. "El Códice López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*", *AHDE*, XXIX (1959), pp. 557-573; e Iglesia Ferreirós, A. "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", *Historia, instituciones, documentos*, 4 (1977), pp. 115-197.

51 Un resumen en Sánchez-Arcilla Bernal, J., "La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica", *El Scriptorium alfonsí: De los Libros de Astrología a las Cantigas de Santa María*, Madrid, Editorial Complutense, 1999, pp. 17-81.

del fuero de las leys, è algunas Villas de nuestro Sennorio lo han por fuero, è otras Cidades, è Villas han otros fueros departidos, por los quales se pueden librar algunos pleytos, pero porque muchas veces son las contiendas, è los pleytos, que entre los omes acaescen, è se mueven de cada dia, que se non pueden librar por los fueros; por ende queriendo poner remedio conuenible à esto establecemos, è mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas, que se usaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar, è emendar, è en las que son contra Dios, è contra raçon, è contra Leys, que en este nuestro libro se contienen, por las quales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos ceviles, è creminales; è los pleytos, è contiendas que se non pudieren librar por las Leyes deste nuestro libro, è por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leyes contenidas en los Libros de las siete Partidas, que el rey don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas las Leys; pero mandamoslas requerir, è concertar, è emendar en algunas cosas que cumplan; et asi concertadas, è emendadas porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres, è de los derechos, è de dichos de muchos Sabios antiguos, è de fueros, è de costumbres antiguas de Espanna, damoslas por nuestras Leys...⁵²

En esencia, el orden de prelación de fuentes que Alfonso XI establece es el siguiente: primeramente, serán de aplicación las normas aprobadas en el propio Ordenamiento, o lo que es lo mismo, la primera fuente del derecho serán las disposiciones aprobadas por el rey en las Cortes. A renglón seguido, los jueces procederán a la aplicación de los Fueros, englobándose dentro de los mismos, el Fuero Real (a pesar de ser creación regia) y el antiguo Fuero Juzgo, pero con unas restricciones tales que los hacían prácticamente inaplicables en la práctica. En tercer lugar, se aplicarían las Partidas y finalmente se acudiría al rey para suplir las lagunas existentes en el derecho del reino, posibilidad que dicho sea de paso no fue empleada más que en contadas ocasiones. ¿Qué sucedió en la realidad cotidiana? Los juristas procedieron a la aplicación directa de las Partidas por motivos que a nadie se le escapan: era un cuerpo jurídico global y completo; no presentaba las insuficiencias que podían detectarse en los

52 Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), título 28, ley 1, *Como todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leyes deste Libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas*. Citamos por la edición de *Los Códigos Españoles concordados y anotados*. Madrid, Antonio de San Martín, editor, 1872, t. I, pp. 465 y 466.

Ordenamientos de Cortes o en los Fueros; y, aquí una de las perversiones que se originó con este sistema, al haberse nutrido las mismas de los derechos romano y canónico, se entendió que la remisión a las Partidas era una puerta abierta a todo el derecho común y a toda la doctrina de los autores del mismo. La perversión había comenzado y el exceso, tan típicamente hispánico, no tardaría en llegar. Como habíamos señalado al comienzo de este trabajo, la “nacionalización” del derecho común no impidió finalmente el recurso al mismo; antes bien, se convirtió en el pretexto alegado por los juristas para acudir a las fuentes romano-canónicas y a las glosas y comentarios existentes en las principales bibliotecas.⁵³

Paralelamente se va produciendo el crecimiento del estamento letrado como auténticos depositarios del saber especializado que constituía el mundo jurídico. Ellos serán los que desarrollen hasta sus máximas consecuencias la educación que han recibido, trasladándola paso por paso en la aplicación práctica en sus múltiples vertientes.⁵⁴

Unos años después de Alcalá, las Cortes de Briviesca en tiempos de Juan I (1387), ponían de manifiesto el triunfo del derecho común frente al derecho propio del reino, al admitir expresamente la alegación de aquél, si bien con algunas limitaciones:

Otrosi defendemos que en el proceso non disputen los abogados nin los procuradores nin las partes, mas cada uno simplemente ponga el fecho e ençerradas razones e concluso el pleito, entoncez cada una de las partes, abogados e procuradores, por palabra e por escripto, enformen al juez su derecho allegando leyes e decretos e decretales, Partidas e fueros como entendieren que les cumple. Pero que tenemos por bien que amas las partes no puedan dar mas que sendos escriptos de allegaciones, e sy fuere pedido, sea puesto el fin de dicho pleito; pero por esto non negamos a las partes nin a su procuradores e abogados que todo tiempo que quisieren enformen al juez por palabra allegando todos aquellos derechos que entendieren que les cumplen.⁵⁵

53 Véase Petit, C., “Derecho común y derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVII)”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, L (1980), pp. 157-195.

54 Véase Maravall, J. A., “La formación de la conciencia estamental de los Letrados”, *Revista de Estudios Políticos*, 70 (julio-agosto, 1953), pp. 53-81; y Moxó, S. de, “La promoción política y social de los letrados en la Corte de Alfonso XI”, *Hispania*, XXXV, 129 (1975), pp. 5-29.

55 El texto en *Cortes de los Antiguos Reinos de León y Castilla publicados por la Real Academia de la Historia*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1863, t. II, p. 376.

La puerta estaba abierta y los abogados empezaron a inundar sus escritos de referencias a los derechos romano y canónico, y a las opiniones de los más dispares juristas antiguos y coetáneos, convirtiendo la labor del juez en un auténtico calvario ante la imposibilidad de acreditar la autenticidad y la autoridad de las citas realizadas. Para corregir estos excesos, se pronuncia Juan II en su famosa Ley de Citas del año 1427, dirigida a limitar las alegaciones de juristas:

Por esta mi carta, la qual quiero que sea avida e guardada commo ley e aya fuerça de ley, bien asi commo si fuese fecha en cortes que en los pleitos e causas e quistiones, asi creminales commo çeviles e otros qualesquier, que de aquí adelante se moviere... que las partes ni sus letrados e abogados nin otros algunos non sean osado de allegar ni alleguen nin mostrar ni muestren en los tales pleitos e causas e quistiones nin en alguno de ellos, ante de la conclusión nin después, por palabra nin por escripto nin en otra manera alguna, por si nin por otro, en juicio nin fuera de juicio, por via de disputaçion nin de información nin en otra manera que sea, para fundación de su intención nin para exclusión de la intención de la parte contraria nin en otra manera alguna, opinión nin determinación nin desiqion nin dicho nin actoridad nin glosa de qualquier doctor nin doctores nin de otro alguno, así legistas commo canonistas, de los que han seído fasta aquí después de Juan Andrés e Bartulo, nin otrosí de los que fuere de aquí en adelante; nin los juezes nin alguno dellos los reciban nin judguen por ellos nin por alguno de ellos; so pena que que lo alegare e mostrare, por el mesmo fecho, sin otra sentencia, sea privado del ofiqio de advocacia para siempre jamás e non pueda dende adelante advocar, e si fuere parte principal el que lo alegare e mostrare, que por ese mesmo fecho pierda el pleito si fuere actor, e si fuere demandado que sea avido por vençido del pleito en que lo alegare, e si fuere procurador por otro, e el juez o juezes de qualquier estado o condición, preeminencia o dignidad que sean que lo contrario fizieren de lo en esta mi ley contenido que por ese mesmo fecho pierdan qualquier ofiqio o oficios de judicatura que por mi tovieren e non puedan aver ni ayan nin otro para siempre jamás.⁵⁶

La Real Pragmática fija un límite cronológico que viene marcado por las vidas de Bártolo de Sassoferrato y de Juan Andrés, para el campo civil y canónico respectivamente. Los autores posteriores a los años 1357 y 1348, fechas respectivas de fallecimiento de los mencionados juristas, no podían ser alegados en juicio. Se creaba un criterio temporal para res-

⁵⁶ Véase Pérez de la Canal, M. A., "La pragmática de Juan II, de 8 de febrero de 1427", *AHDE*, XXVI (1956), pp. 659-668.

tringir las citas y una especie de vacío de casi setenta años, en relación al cual la producción doctrinal entonces generada se consideraría como letra muerta. El intento, sin embargo, no tuvo mucho éxito y la práctica siguió su propio camino al margen de las restricciones reales. Tanto es así que en 1493, los reyes católicos exigieron mediante otra real pragmática el estudio del derecho romano o del canónico durante al menos diez años para poder ocupar oficio o cargo de justicia, pesquisidor, relator o algún oficio de corregimiento, asistencia, alcaldía o juzgado, receptoría o cualquier otro puesto relacionado con la justicia. Es decir, hay una cierta claudicación en las palabras de Isabel y de Fernando y una aceptación del estado de cosas en que se hallaba inmerso el reino castellano-leonés.⁵⁷ Pero la práctica jurídica, a pesar de esta aceptación, seguía siendo caótica, compleja, repleta de citas, de autores, de referencias de dudosa procedencia y juristas de discutida autoridad. Para poner fin a esta pléyade de citas y de doctores, los Reyes Católicos dan un nuevo paso con una Pragmática de 1499, en la que se fija una jerarquía entre las autoridades doctrinales susceptibles de alegarse. En el derecho civil, se seguirá la opinión de Bártolo o, en su defecto, la de Baldo; en el campo canónico, la de Juan Andrés o bien la del Abad Panormitano.⁵⁸

Las Pragmáticas mencionadas ponen de manifiesto la perfecta inserción de Castilla en el universo del derecho común, lo que implicaba que las fuentes del derecho propio fuesen interpretadas a la luz de todos los principios y categorías del derecho romano justiniano. De esa forma, la doctrina de los juristas no se consideró como algo diferente o alejado de la ley, sino como una parte integrante de la misma, como una interpretación fidedigna de aquélla. Así se entendió que la opinión de los doctores debía ser seguida y vinculaba al juez cuando era unánime o cuando, si se trataba de la postura de un solo autor, no había sido contradicha por ningún otro.

De la aceptación de la realidad, deducida de los anteriores textos, sin embargo, se pasará al combate abierto contra el sistema desarrollado en la práctica. La Ley 1 de las Leyes aprobadas en las Cortes de Toro (1505)

⁵⁷ *Libro de las bulas y pragmáticas de los reyes católicos*, Madrid, edición facsímil, Instituto de España, 1973, t. I, ff. CXVIII-CXIX.

⁵⁸ El texto en Iglesia Ferreirós, A., *La creación del derecho. Una historia del derecho español. Antología de textos*, Barcelona, Signo, 1991, p. 122. Esta disposición no se verá alterada por las nuevas Ordenanzas de Madrid, del año 1502, recogidas en *Libro de las bulas y pragmáticas de los reyes católicos, cit.*, t. I, ff. LXIV-LXXVI.

derogará la anterior pragmática de 1499 y reinstaurará el orden de prelación de fuentes creado por el Ordenamiento de Alcalá de Henares:

Ordenamos y mandamos que todas las nuestras justicias destos nuestros Reynos y Señoríos ansi de realengos y abadengos como de orenes y behedrias y otros Señoríos qualesquier, de qualquier calidad que sean, que en la dicha ordenacion, decision y determinacion de los pleytos y causas guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo según que en ella se contiene: y en guardandola y cumpliendola en la dicha ordenacion, y decision y determinacion de los pleytos y causas, asi Civiles como Criminales, se guarde la orden siguiente. Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos, y pragmaticas por nos hechas, y por los Reyes donde nos venimos, y los Reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenacion y decision y determinacion, se sigan y guarden como en ellas se contiene: no embargante que contra las dichas leyes de ordenamiento, y pragmaticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros ansi del fuero de las leyes como las de los fueros municipales que cada Ciudad, Villa, ó Lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares, y no fueren contrarias a las dichas leyes de ordenamientos y pragmaticas, asi en lo que por ellas está determinado, como en lo que determinaremos adelante por algunas leyes, y ordenamientos y pragmaticas, y los Reyes que de nos vinieren: ca por ellas es nuestra intencion y voluntad que se determinen los dichos pleytos y causas, no embargante los dichos fueros, y uso y guarda dellos. Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos, y pragmaticas, y fueros no se pudiere determinar: Mandamos que en tal caso se recurra a las leyes de las sieta partidas hechas por el Señor Rey D. Alfonso nuestro progenitor: por las quales en defecto de los dichos ordenamientos, pragmaticas y fuero, mandamos que se determinen los pleytos y causas asi Civiles como Criminales de qualquier calidad ó cantidad que sean, guardando lo que por ellos fuere determinado como en ellas se contiene: aunque no sean usadas ni guardadas. Y mandamos que quando quier que alguna duda ocurriere de la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de ordenamiento, y pragmaticas y fueros ó de las partidas, que en tal caso recurran a nos, y a los Reyes que de nos vinieren, para la interpretacion et declaracion dellas: porque por nos vistas las dichas dudas declararemos é interpretaremos las dichas leyes como conviene a servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros subditos y naturales, y la buena administracion de nuestra justicia. Y por quanto nos hemos fecho en la villa de Madrid en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes y ordenanzas las quales mandamos que se guardasen en la ordenacion: y algunas en la decision de los pleytos y causas en el nuestro consejo, y en las nuestras audien-

cias: y entre ellos hecimos una ley y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo, y Juan Andres, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda á falta de ley: y porque agora somos informados que lo que hecimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traído mayor daño y inconveniente: porende por la presente revocamos, casamos y anulamos en quanto a esto todo lo contenido en la dicha ley y ordenanza por nos hecha en la dicha villa de Madrid: y mandamos que de aquí adelante no se use della, ni se guarde, ni cumpla, porque nuestra intencion y voluntad es, que cerca de la dicha ordenacion y determinacion de los pleytos y causas solamente se haga y guarde lo contenido en la dicha ley del Señor Rey Don Alfonso, y en esta nuestra.⁵⁹

Esta ley de Toro será reiterada nuevamente por la Nueva Recopilación 2, 1, 3, y por la Novísima Recopilación 3, 2, 3, con lo que el esquema de las fuentes permanecerá inalterado hasta la época de la Codificación.

Sobre el papel, en principio, el derecho castellano se integraría por el derecho creado exclusivamente en Castilla y por el rey castellano o las personas en quien éste delegue. No había pie para la aplicación de órdenes jurídicos extraños y ajenos. No cabe acudir a otros derechos, ni a otras tradiciones jurídicas. No ocurrió así y en varios textos posteriores, como en algunos Autos Acordados, se pone de manifiesto esa práctica ya secular e infructuosamente erradicada. Así la Nueva Recopilación recoge en su texto la referencia a la pragmática de Juan II (N. R., 2, 16, 4) y hace lo propio la Novísima Recopilación (Nov. R., 11, 14, 1), con lo cual se puede detectar la existencia de una antinomia clara: se prohíbe el recurso al derecho romano, conforme a las Leyes de Toro, pero se admite la cita de los autores de acuerdo con las reglas establecidas por Juan II. En esa misma línea, deben ser mencionados dos Autos Acordados, que demuestran el camino diferente respecto a la postura real oficial que se seguía en la práctica de los tribunales: el de 5 de febrero de 1594 y el de 19 de enero de 1624, recogido en el volumen correspondiente a los Autos Acordados, 2, 16, 1 y 7,⁶⁰ y también en la Novísima Recopilación 11, 14, leyes 2 y 3.

59 Leyes de Toro. Ley Primera. Citamos por *Los Códigos españoles concordados y anotados*, 2a. ed., Madrid, Antonio de San Martín, editor, 1872, t. VI, p. 571-572. Completa este nuevo orden de cosas la Ley Segunda, *op. cit.*, t. VI, p. 572, en la cual se ordena que los letrados “sean principalmente instrutos é informados de las dichas leyes de nuestros Reynos, pues por ellas y no por otras han de juzgar”.

60 *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla. Tomo tercero de autos acordados*, Valladolid, edición facsimilar, Lex Nova, 1982, vol. V, ff. 199-200, libro 2, título 16, 1. Dado por el Consejo

Esta situación será la que origine la pugna entre el derecho común y el derecho llamado patrio o real a lo largo del siglo XVIII, fundamentalmente a partir del reinado de Carlos III. Algunos Autos Acordados son partícipes de esos nuevos aires que se respiran.⁶¹ Las opiniones autorizadísimas del padre Feijóo, Berní, Mayáns o Castro, entre otros muchos, sentarán las bases para la renovación jurídica, del método y de la forma creadora, que alumbrará el siglo XIX y su hija más preclara: la Codificación.

III. LOS AUTORES COMO RESPONSABLES DIRECTOS DE LA ASUNCIÓN DEL DERECHO COMÚN

Todo el panorama descrito sucintamente hasta aquí pone en la picota el papel decisivo del estamento de los letrados a la hora de vertebrar el sistema de fuentes del derecho castellano, dando cabida en su seno al propio derecho común, aprovechando precisamente la puerta abierta que constituían las Partidas, realizadas sobre las base de los textos romanos y canónicos. Si acudimos al parecer de los juristas de la época moderna,

el 5 de febrero de 1594: “El Consejo consulto a su Majestad que aviendo visto la demasia, que ay en Abogados, assi en hacerse pagados, como en alargarse en las informaciones en derecho, parecia que de aquí adelante los hagan breves, i compendiosas en Latin, sin Romance alguno, si no fuera algun dicho de testigo, ó de escribano, ó ponderación de Lei, i aleguen solamente la Lei, ó doctor, que principalmente tocan al punto, i al que refiere á los otros sin decir los referidos por él, so pena de 20 mrs para la Camara, i pobres por mitad...”; y f. 201. Libro 2, 16, 7. Dado por el Consejo el 19 de enero de 1624, ordenando la limitación en las informaciones presentadas por letrados a un máximo de veinte hojas. Si la anterior constituía una clara muestra de limitación cualitativa, ahora el Consejo establece una cuantitativa, lo que exigiría a los abogados la agilización de sus escritos y la restricción a la cita indiscriminada de leyes romanas, canónicas o de doctores del derecho común: “...que las partes, que litigan, no puedan dar las Informaciones, ni los abogados hacerlas, ni los jueces recibirlas de mas cantidad, que de las dichas 20. hojas ...”.

61 *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, tomo tercero de Autos Acordados*, cit., vol. IV, ff. 67-68 y ff. 68-69. Libro 2, título 1, 1. Dado por el Consejo el 4 de diciembre de 1713: “...lo que es mas intolerable, creen que en los Tribunales Reales se deve dar mas estimación a las Civiles, i Canónicas, que las Leyes, Ordenanzas, Pragmáticas, Estatutos, i Fueros de estos Reinos siendo assi que las Civiles no son en España leyes, ni deven llamarse assi, sino Sentencias de Sabios, que solo pueden seguirse en defecto de ley, i en quanto se ayuden por el derecho natural, i confirmen el Real, que propiamente es el derecho comun, i no el de los romanos, cuyas leyes, ni las demas estrañas, no deben ser usadas ni guardadas...”; y libro 2, 1, 3. Dado por el Consejo el 29 de mayo de 1741: “...en lugar del derecho de los romanos, se restableciese la lectura, i explicación de las leyes reales, asignando cátedras, en que precisamente se uviesse de dictar el derecho patrio, pues por él, no por el de los romanos, deven substanciarse, i juzgarse los pleitos ...tengan cuidado de leer, con el derecho de los romanos las leyes del reino, correspondiente á la materia que explicaren”.

se puede concluir la existencia de una serie de argumentos comunes que insisten en un hecho claro: el derecho romano no forma parte directa e inmediata del derecho castellano puesto que admitirlo sería tanto como reconocer una subordinación al Imperio, ya desfalleciente, pero Imperio a fin de cuentas. El recurso al derecho romano no se hará a partir de la consideración del mismo como derecho vigente y alegable ante los tribunales, sino que la fundamentación de esta aplicación práctica tenderá a sustentarse en otra serie de argumentos, tales como su equiparación con la razón natural, la costumbre existente que ha consolidado esa práctica, o el carácter subsidiario que el mismo comporta. El Derecho romano no tiene perfiles legales en Castilla, pero sí tiene perfiles racionales y a partir de esa racionalidad que encarna se podrá incluir en el sistema de fuentes. Se puede afirmar la existencia de un estado de ánimo generalizado en torno a la posibilidad real de acudir al derecho común, prácticamente indiscutible en todos los autores de los siglos XVI y XVII. Veamos algunos ejemplos significativos.

Acaso uno de los más prestigiosas juristas de la época moderna ha sido el glosador de las Partidas, Gregorio López, cuya interpretación el texto alfonsino se vio favorecida por una especie de oficialidad que realza su genio jurídico. Gregorio López sostiene que el derecho romano no puede ser alegado al margen del sistema de prelación de fuentes fijado en Alcalá y en Toro, por lo que el recurso a aquél se realizará a partir de su consideración como textos que contienen en sí mismos la razón natural, pero no como derecho positivo.⁶² La base de su aplicación es su identificación total con el sentido natural, con la *ratio naturalis*, mas no sus reminiscencias legalistas. La glosa “por las leyes deste nuestro libro” a Partida 3, 4, 6, proclama este sentido y destaca la antigua prohibición existente desde la época visigoda (recuérdese el *commonitorium* con el que se iniciaba el Breviario de Alarico II) que castigaba con la decapitación el no juzgar conforme con el *Ius Proprium*, aunque al mismo tiem-

62 Acerca del origen de la expresión “razón escrita”, deben ser destacados tres grandes momentos. En sus comienzos, franceses en este caso, se aludió al derecho romano que era “razón”, en cuanto que ordenamiento y era “escrito” por oposición al derecho consuetudinario medieval francés. A partir del siglo XVI, designará al derecho romano en cuanto que depositario de la equidad, vinculado a la razón y vigente en cuanto tal, no como derecho positivo. Este sentido será el que esté presente en la jurisprudencia castellana de la edad moderna. Del siglo XVII en adelante, la expresión mencionada hará alusión a las leyes naturales que la razón ha plasmado en los principales libros del derecho romano. Sobre todo ello, véase Guzmán Brito, A., “Razón escrita”, *REHJ*, IV (1979), pp. 135-155.

po admite la conveniencia (también como los antiguos textos góticos) del estudio y de la lectura de la legislación imperial y de los doctores del derecho común por los beneficios culturales que provocan:

Hoc aliter statuitur per l. Odinam. De Alcalá, quae est inserta in legibus Tauri, l. 1, quae debet servari, et ibi approbantur istae Leges Partitarum, et praecipitur judicare per eas: unde patet periculum maximum imminens iudicibus istas leges ignorantibus, et earum medullam non gustantibus: quod fuit mihi incentivum laboris mei in eis glossandis, et pro tenui facultate mea interpretandis. Et nota hic istud verbum, et non por otras; et etiam habetur in dicta lege Ordin de Alcalá expresse: unde non sunt approbatae leges Imperatorum, et Consultorum leges, quamquam lex illa eas in studiis legere permittat... Hispanos olim constituisse, quod quicumque allegaret LL Imperatorum in iudicio, capite puniretur... Unde utendum est LL Imperatorum tanquam ratione naturali, si fundantur in ea, non tanquam legibus, secundum eundem ibi.⁶³

La clave de la interpretación del jurista castellano residirá en el último inciso transcrito: se pueden emplear las leyes romanas en cuanto que se fundan en la razón natural, fundiéndose o identificándose con ella, pero no en cuanto son leyes, disposiciones emanadas de una autoridad nacional o imperial. La admisión de su carácter legal determinaría una quiebra en la soberanía y en la secular exención imperial hispánica. Nuevamente insiste en lo razonable, lo bueno, lo equitativo, como el límite que permite el recurso a la leyes imperiales, incluso en el ámbito canónico. Es el tan mencionado argumento de acudir al derecho común no “imperii ratione”, por razón del imperio, sino “rationis imperio”, por el imperio de la razón que el mismo comportaba y encarnaba a la perfección:

Quod qui tanto tempore steterunt ut exempti ab imperio, non tenentur servare LL Imperatorum, quibus obedire non tenentur, nisi in quantum essent rationabiles; et tunc non quia LL Imperatorum, sed quia rationabiles... Et tamen debet per eas in causis ecclesiasticis judicari, si canones non repugnent: nam intelligendum est, non quia LL sed quia rationabiles... Quod in Curiis Regum jus civile non allegatur pro auctoritate, sed pro ratione... Quod non allegant constitutiones Imperatorum, quia Imperatorum, sed quia sunt naturales, et bonae; quoniam de naturali ratione procedunt, et de fonte aequitatis, quia ratio

63 Glosa “Por las leyes deste nuestro libro” a Partida 3, 4, 6. Citamos por la siguiente edición: *Las siete partidas del rey don Alfonso el sabio cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia y glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de S. M.*, París, Librería de Rosa Bouret y Cía., 1851, t. II, p. 417.

naturalis non circumscribitur loco, quia ipsa cura humano genere nata est à principio, quae sunt pulchra verba.⁶⁴

La interpretación no era del todo novedosa pues halla su amparo en un precepto recogido en el Fuero Real alfonsino que permitía el recurso a las leyes extrañas, siempre y cuando se diese coincidencia con lo sancionado en el Derecho castellano.⁶⁵

Esta identificación entre derecho romano y canónico, equidad y razón natural, expuesta por Gregorio López, será secundada por Palacios Rubios,⁶⁶ Marcos Salón de Paz,⁶⁷ Diego Pérez de Salamanca,⁶⁸ Diego de Covarrubias,⁶⁹ Bermúdez de Pedraza,⁷⁰ Juan Gutiérrez,⁷¹ Tomás Carle-

64 Glosa "Por las leyes deste nuestro libro" a Partida 3, 4, 6, *ed. cit.*, t. II, p. 417.

65 Fuero Real 1, 6, 5: "Bien sofrimos e queremos que todo ome sepa otras leyes por ser mas entendidos los omes e mas sabidores, mas non queremos que ninguno por ellas razone ni judge, mas todos los pleitos sean judgados por las leyes deste libro, que nos damos a nuestro pueblo, e mandamos guardar. Et si alguno adujiere libros de otras leyes en juicio, para razonar o para judgar por él, peche quinientos sueldos al rey. Pero si alguno razonare ley que acuerde con las deste libro, e las ayude, puedalo facer e non haya pena". Citamos por la edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1990.

66 *Cfr.* Pérez Martín, A., *Derecho común, derecho castellano, derecho indiano*, p. 75.

67 Véase la interpretación de su pensamiento en Petit, C., "Derecho común y derecho castellano", pp. 182 y 183.

68 Pérez de Salamanca, D., *Commentaria in quatuor priores libros Ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, Domici à Portonaris, 1575. Tertia Quaestio Proemialis, f. 10: "Hispani tamen duplex habent ius solum, canonicum, scilicet, & regium: civile enim non habet vim iuris, sed rationis". Idéntica opinión en su obra *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo, glosadas por el Doctor Diego Pérez, Cathedratico de Canones, en la muy insigne Universidad de Salamanca, y adicionadas por el mismo autor en los lugares que concuerdan con las Leyes de la Nueva Recopilación*, Madrid, Imprenta de Josef Doblado, 1779, t. I, Tertia Quaestio Proemialis, f. IX.

69 Implícitamente Covarrubias, D. de, "Variarum resolutionum", *Opera Omnia*, Zaragoza, Domici à Portonaris, 1583, t. I, libro I, capítulo XIV, núm. 5, ff. 436-437: "Ego tamen eius opinionis sum, ut Regias constitutiones, quas Septempartitum opus complectitur, quoties earum verba patiantur, existimem ad ius Pontificium Caesaremque reducendas fore ut nihil utriusque iuris sanctionibus aduersum in eis statui existimemus: quandoquidem earum legum conditoris potissimus fuerit scopus, in quemtantum opus ad Hispaniae reipub utilitatem direxit, ex utriusque iuris statutis, constitutiones praedictas Hispano sermone deducere...".

70 Bermúdez de Pedraza, F., *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia*, Madrid, edición facsimilar de la edición de Salamanca de 1612, editorial Civitas, 1992, f. 72: "Este es el derecho comun de Castilla, en el qual faltando decision se ha de acudir al derecho canonico según la mas comun opinion, que refieren Palacios Rubios, Castillo, Cifuentes y Bernardo Diaz: los quales refiere Diego Perez, y a falta de Canon se ha de acudir al derecho civil de los romanos no en quanto a derecho, porque no lo es de España, sino en quanto esta fundado en razon, para arguyr della según resuelve Diego Perez. Esto es verdad siendo la causa profana; pero si fuesse espiritual Ecclesiastica o de fe se ha de buscar autoridad del Nuevo, o Viejo Testamento, o sentencia de Sancto, o Concilio".

71 Gutiérrez, J., *Praxis Criminalis, Civilis et Canonica*, Lyon, Laurentii Anisson, 1660, Quaestio

val,⁷² Alfonso de Azevedo,⁷³ Yáñez Parladorio,⁷⁴ Villadiego⁷⁵ o Francisco Suárez,⁷⁶ entre otros muchos y sin ánimo de reproducir aquí todas las opiniones de mayor relevancia. Con mucho, podemos afirmar que es ésta la posición doctrinal que contó con un respaldo más numeroso y más sólidamente fundamentado. Pero no fue la única dirección del pensamiento.

Antonio Gómez, otro de los grandes juristas castellanos, se separa un poco del parecer de los anteriores. El esquema que propugna es el típico de las Leyes de Toro, con el recurso final al derecho común:

Nota ex ista lege, quod in isto Regno, in decisionibus causarum prius, & ante omnia debe judicari per istas Leges Tauri: Item consecutive per Leges Ordinenti, & Pragmaticas hujus Regni, & Leges Partitae; licet non prohibetur earum usus, nec consuetudo: postea per Leges Fori, quae fuerint in usu, & consuetudine: Postea vero, his deficientibus, debet judicari per jus commune Romanorum Consultorum, & Imperatorum, quod legitur, & disseritur in

CXXXV, núm. 7 y 8, f. 311: “Item leges Castellae & Hispaniae sunt ius commune & non municipale, ergo ad ipsum est recurrendum, non vero ad Leges Imperatorias Romanorum, quae apud nos non dicuntur iura, sed dicta sapientium: quod deficiente lege sequi possumus, & in iudiciis possunt allegari, quatenus ratione iuvantur, et confirmantur iure regio, quod ita in allegationibus tam Ecclesiasticis, quam secularibus servatur”.

72 Carleval, T., *Disputationes Iuris Varias, ad Interpretationem Regiarum Legum Castellae, et illis similibus, tam de jure Neapolitano, quam ex utroque Communi civili et canonico. De Judiciis*, Lyon, Laurentii Anisson, 1668, t. I, título I, Disp. VI, núm. 3, f. 294: “Certe si in Regno Castellae quamvis non obligat ius civile Romanorum in vim legis... observatur tamen tanquam ius aequum, & rationi confertaneum, & ex illo, & iuxta illud deciduntur lites in omnibus tribunalibus”.

73 Azevedo, A. de, *Commentarii Juris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones. Tomus Primus. Tres Priores Libros Novae Recopilationis complectens*. Fratres de Ville, Lyon, 1737. Liber Secundus, Titulus Primus, *De las Leyes*, ff. 99-100: “...leges Imperatorum non allegantur in nostra Hispania, ad decisionem causarum, nisi quatenus ratione fundantur...”.

74 Yáñez Parladorio, J., “Quotidianorum Differentiarum Sesquicenturia”, *Opera Juridica, sive Rerum Quotidianorum Libri Duo*, Sumptibus Fratrum de Tournes, Ginebra, 1761. Diff. VI, núm. 2 y 3, f. 210: “Hoc autem jus Commune a nostrati Regio jure longe distare in comperto esti cum enim jus commune ab imperatoribus latum sit, tantummodo in tertii imperii vim habere potest; in nostra Hispania non potest... Jus igitur commune sive Caesareum in nostra Hispania legis vim non habet, sed rationis tantum auctoritate pollet”.

75 Villadiego, A. de, *Forus antiquus gothorum regum Hispaniae*. Madrid, Ex Officina Petri Madrigal, 1600, ff. 4 y 6; y *El libro de los jueces o fuero juzgo*, Madrid, Imprenta de D. León Amarita, 1841, libro II, leyes VIII-IX, pp. 55 y 56. Este autor postula asimismo la vuelta al antiguo derecho visigodo “assi por su mucha antigüedad y autoridad, en los que casos que ocurrieren a propósito, sera muy vtil y necesario, y de mucha curiosidad, el alegarlas, y inducir las, como se haze cada dia de las leyes del derecho comun, y mucho mejor, por ser mas propias, y mas naturales leyes nuestras, estas que aquellas”.

76 Suárez, F., *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Nápoles, Ex Typis Fibrenianis, 1872, t. I, libro III, capítulo VIII, núm. 5, f. 184: “...illas leges ex vi suae originis non habere vim in Hispania”.

Scholis, & in Studiis generalibus, secundum communem opinionem, quae perieratur in casu de quo dubitatur; correcta Lege Regia de Madrid, quae disponebat, quod in decisionibus causarum, deficiente lege, sequatur opinio Bartol. & postea Bald.⁷⁷

Para él, en defecto de ley, se acudirá a la costumbre y, en defecto de ambas, a la razón natural, con la opinión común de los doctores como fuente supletoria, siempre que no sea errónea.⁷⁸ Si aún así no se puede sentenciar, habrá que recurrir a la analogía y, finalmente, a la decisión del príncipe, máximo intérprete de la ley y único generador de la misma.⁷⁹

Otros autores justificaban el recurso al derecho romano por una cierta medida conservadora. El uso y la costumbre han hecho que se acudiese al derecho común y el peso de dicha tradición es lo que justifica el triunfo de esa práctica.⁸⁰ En otro grupo, hallamos a quienes entienden que la alegación del *Ius Commune* obedece a la tolerancia del monarca, postura que encarna, de forma subliminal, Alonso Díaz de Montalvo en sus glosas al Fuero Real.⁸¹ Finalmente, algunos autores postulan la aplicación

77 Gómez A., *Ad Leges Tauri Commentarii Absolutissimum*, Madrid, Typis D. Gabrielis Ramirez, 1768. Commentarii ad Legem Primam, núm. 1, ff. 4 y 5.

78 Gómez A., *Ad Leges Tauri Commentarii Absolutissimum*, ed. cit., commentarii ad legem primam, núm. 8 y 9, f. 6: “Quod deficiente lege, recurritur ad consuetudine legitima praescriptam per lapsum decem annorum, & pluraliter actuum, non minus duorum ... Quod deficiente lege & consuetudine, recurrendum est ad rationem naturalem... Item deficientibus his, recurrendum est ad communem opinionem Doctorum”, de los cuales se dice que “quo intellige, si non est evidenter falsa, quia multoties unus ex subtili ingenio, & optimis rationibus posset alios superare”. En la misma línea de este jurista, Castillo de Bobadilla, J., *Política para corregidores y señores de vasallos*, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1775, t. I, libro II, capítulo X, ff. 364-388, aunque se detiene en la costumbre, sin avanzar más en el esquema de las fuentes. Al mismo tiempo, el recurso al derecho común está implícito en toda su obra, pero especialmente en libro I, capítulo VI, ff. 81-95, dedicado a la formación de los corregidores; y Llano, P. N. de, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta de don Joseph Doblado, 1785. Ley Primera de Toro, ff. 8-10.

79 Gómez A., *Ad Leges Tauri Commentarii Absolutissimum*, ed. cit. Commentarii ad Legem Primam, núm. 10, f. 6: “... procedendum erit argumento alicujus legis, vel juris scripti in simili casu disponentis”, para concluir con el recurso al Príncipe “quia ejus est declarare, cujus est condere”.

80 Postura que se halla en la obra del mismo Yáñez Parladorio, J., *Quotidianarum Differentiarum Sesquicenturia*, en *Opera Juridica sive rerum Quotidianarum Libri Duo*, ed. cit. Diff. VI, núm. 4, f. 210: “Vulgi autem opinionem cum hoc interpretatione consentire satis apparet ex eo, quod leges Juris communis quotidie in foro allegantur, & in scripturis conficiendis solemnibus illorum soleta fieri renunciatio. Et denique Judices secundum illos jus dicunt, nisi sit aliquid ex jure Regio, vel consuetudinis, quod illis refragetur”.

81 Díaz de Montalvo, A., *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey don Alonso IX: glosado por el egregio doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Madrid, Oficina de Pantaleón Aznar, 1781, t. I, glosa a Fuero Real 1, 6, 5, ff. 78 y 79: “Item ante conclusionem causae, vel etiam post, non possunt partes, seu advocati per scriptum, nec verbaliter disputando, nec alias opiniones,

de ese derecho puesto que en él se halla condensada la interpretación de los doctores o de los dichos de los sabios.⁸² Los argumentos esgrimidos son lo que menos interesa ahora: lo verdaderamente relevante es destacar cómo es una opinión generalizada y unánimemente defendida que el derecho romano formaba parte del orden jurídico castellano, por una o por otra vía, amparándose en el uso, en la tolerancia o en su consideración como razón natural y equidad. Hay un conciencia general de que se debe admitir el recurso al derecho romano. Si esto era lo que permitían los juristas en sus comentarios, no debe extrañar el apogeo del derecho común en la práctica judicial y extrajudicial, llevando a sus máximas consecuencias los designios esbozados por los tratadistas más relevantes.

Una vez que se admite el derecho común por cualquiera de esas vías, surge una cuestión a posteriori. Dado que el derecho común está integrado por el romano y el canónico, ¿cuál de ellos debe entenderse preeminente? La posición de la doctrina no fue unánime, puesto que algunos postulaban la primacía del derecho canónico, por su mayor contenido de equidad; otros, la absoluta libertad del juez para acudir a uno u otro; y, por último, algún autor defendía la posibilidad de recurrir a uno o a otro dependiendo de si la materia es secular o espiritual.⁸³

Como se ha puesto de manifiesto de una forma breve y sucinta, el dominio ejercido por el derecho común en el pensamiento de los autores es manifiesto, concluyente y claro. Se permite, al menos desde la perspectiva teórica, acudir al derecho común, con argumentos diferentes, que expresan el triunfo del universo jurídico romano-canónico. Lo destacable es cómo ese derecho de raíz europea se trasplanta al ámbito castellano

determinationem, seu dictum, vel auctoritatem, seu glosam alicujus Doctoris canonici, vel legum allegare; de his qui fuerint post Bar & Joan Ant nec de his, qui in futurum fuerint; iudices autem hoc non permittant. Advocatus vero, vel procurator, qui contrarium fecerit, perpetuo sit officio suo privatus; & pars allegans causam perdit, & iudex perpetuo officio amittat... Ex quo inferitur a contrario sensu, quod hodie licitum est, alias leges in causas praeter istas allegare, servata forma dictae Pragmaticae Sanctionis, & legis fori novi, & sic servatur. Item nota, quod de stylo Cancellariae in disceptationibus articulatur, an lex quae allegatur hujus fori, sit in usu, vel consuetudine, licet de jure regni, ut hic vides, mandantur servari ad unguem, & in allegata lege fori novi. Item nota, quod in his, quae non sunt legibus definita, Princeps este consulendus... vel si legibus definiti non possunt, arbitrium sequentur habere voluntatis... ubi non exemplis, sed legibus judicandum est; & omnes iudices veritatem legum; & justitiae vestigia sequi tenemur”.

82 Postura que encarnan entre otros Valdés (*Praerogativa Hispaniae, hoc est, de dignitate et praeminentia regum regnorumque Hispaniae*) y Morla (*Emporium Iuris*). Cfr. Petit, C., “Derecho común y derecho castellano”, p. 181, nota núm. 88.

83 Cfr. Pérez Martín, A., “Derecho común, derecho castellano, derecho indiano”, pp. 77-79.

con un dominio y una superioridad total que conducen al arrinconamiento del derecho puramente nacional, el creado por los reyes y las Cortes. Todo este caudal se exportará a las Indias por motivos obvios que obedecen a la comunidad jurídico-cultural creada entre los dos continentes. Pasamos, pues, a la siguiente fase de este trabajo: la asimilación de ese modo de operar en el campo del derecho por parte de los juristas indianos.

IV. LA DOCTRINA COMO MOTOR DE LA RECEPCIÓN EN INDIAS

Como sucede en Castilla, la doctrina de los autores del derecho común y de los autores indianos cobra un protagonismo decisivo a la hora de vertebrar el nuevo sistema jurídico americano. Como se ha indicado en reiteradas ocasiones, el carácter casuístico de aquél implicaba su conformación alejada de cualquier modalidad sistemática conocida hasta aquel entonces. El derecho indiano se muestra como un orden jurídico de tópicos —no un sistema—, casuista hasta sus máximas consecuencias, práctico, individualizado, alejado de creaciones conceptuales abstractas y generalizadoras, preocupado ante todo por la solución concreta de los problemas acuciantes que se iban presentando en la realidad cotidiana, más que formular reglas y principios de vigencia global. A todas luces aparece como un sistema jurídico útil y necesario, adecuado y conforme a la realidad que trata de reglar, pero incompleto e imperfecto.⁸⁴

La única manera de completar y perfeccionar ese ordenamiento, de por sí insuficiente y con lagunas, solamente podía efectuarse por medio de la referencia o la remisión a otro sistema jurídico cual era el castellano. Pero ese recurso implicaba además la posibilidad de insertar el derecho común como ya hemos visto. Por esta doble vía, este auténtico reenvío entre sistemas jurídicos, se produjo la llegada del segundo a las Indias, a través de dos sendas esencialmente. La primera de ellas es la que puede calificarse como legal u oficial, indirecta de todas maneras, porque nunca se proclamó de forma expresa la remisión al derecho común. Esta remisión oficial a Castilla comportó la utilización de aquél. Pero no bastó ese pronunciamiento legal. La segunda vía es la académica o doctrinal puesto que los autores condujeron a la aplicación del derecho común como supletorio del castellano. Ambas condujeron, en suma, a la

⁸⁴ Idea que puso de relieve uno de los más relevante juristas indianos, Pinelo, A. L., *Política de las grandezas y gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias*, edición facsimilar de Víctor Tau Anzoátegui, *RHD*, 11 (1983), pp. 519-560.

aplicación práctica final del derecho romano, sobre todo en el campo del derecho privado, que de esa forma se erigió en un modelo normativo alegable por los operadores jurídicos.⁸⁵

1. *La fijación del orden de fuentes del derecho indiano*

Desde la incorporación de las Indias a Castilla, no se planteó ninguna suerte de problemática respecto al ordenamiento jurídico que iba a regir en el nuevo continente descubierto. La incorporación a la Corona castellana determinó asimismo una clara opción por el derecho de dicho territorio, con exclusión de cualquier otro de los que gobernaban los reyes hispanos. Así lo ha expresado el profesor Juan Manzano en un trabajo fundamental sobre el tema que ahora nos ocupa:

El procedimiento de unión (de los distintos reinos y territorios) no se siempre el mismo. Unos, como Aragón, Portugal, Flandes, etcétera, se agregaron en forma aequae principaliter; otros, por vía de accesión. En este caso se encuentran las Indias del mar Océano, según reconocen unánimemente los tratadistas. Los efectos de una y otra forma de anexión son totalmente diferentes. En el primer caso, los reinos o estados unidos principaliter júzganse por distintos, y cada uno conserva sus leyes, fueros y privilegios. En cambio, en los casos de reinos y provincias que accesoriamente se unen o incorporan con otros, se tienen y juzgan por una misma cosa, y se gobiernan por las mismas leyes y gozan de los mismos privilegios que el reino a quien se agregan.⁸⁶

Desde los primeros pronunciamientos normativos, se consagra el recurso a aquél, el cual desempeñará un papel clave en los primeros años por la insuficiencia del Derecho propiamente indiano, todavía en proceso de gestación. Así se desprende de las palabras de Colón en los pleitos que siguieron al descubrimiento,⁸⁷ del contenido de las Ordenanzas dadas

⁸⁵ Cfr. Guzmán Brito, A., "La penetración del derecho romano en América", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, 2 (mayo-agosto, 1991), p. 210: "El derecho romano fue desde siempre el derecho privado propio de Indias".

⁸⁶ Cfr. Manzano Manzano, J., *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, Cultura Hispánica, 1948, p. 353.

⁸⁷ "Porque segund derecho, las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reyno a quien se acrecienta, y ansy la dispusicion de las dichas leyes del reyno de Castilla que antes estaban fechas, se extendían y estienden a las tierras de infieles que después de fechas las leyes se adquieren e ganan de nuevo, como a estas tierras de las Indias y por ellas se han de regir y reglar". Citado por Manzano Manzano, J., *Historia de las Recopilaciones de Indias*, 3a. ed., Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1991, t. I, p. 32, recogiendo una línea doctrinal inaugurada por Bártolo y por Baldo.

a la Audiencia de La Española en el año 1528,⁸⁸ de las Leyes Nuevas (1542-1543),⁸⁹ y de las ordenanzas de audiencias, de los años 1563 y 1596, dirigidas a diversa Audiencias,⁹⁰ quienes se expresan claramente al respecto sin ninguna clase de duda.

Con el paso del tiempo, se fue gestando el derecho indiano, metropolitano o criollo, y los mismos juristas acudieron a la distinción entre derecho general y derecho especial, con el predominio de éste, para regular las relaciones entre ambos. El derecho indiano era reputado como derecho municipal o especial, de aplicación preferente frente al derecho de Castilla, que aparecía así como un auténtico derecho general o común.

A esta idea van a responder dos leyes fundamentales recogidas en la Recopilación indiana, que por su trascendencia e interés pasamos a reproducir íntegramente.⁹¹ Cronológicamente, la primera de ellas es dada por

88 Ordenanzas antiguas de las Audiencias de Indias, de La Española (1528), cap. 52; de México (1528), cap. 54; *idem* (1530), cap. 58; y de Panamá (1538), cap. 57: “Otro sy por quanto por ser la dicha nuestra Audiencia nuevamente fecha y no estar en ella proueydos todos los oficiales que en adelante conuerna aya, asimismo por ser los nuestros Oidores proueydos para usar exercer la jurediccion no solamente en las causas ceuiles, de que conocen los nuestros Oidores de la Audiencia de Valladolid, pero asimismo an de thener y tienen el exercicio de la jurediccion criminal como Alcaldes de nuestra Corte y Chancillerías, y en estas nuestras Ordenanzas novan declarados ni proueydos todos los casos conuenientes y necesarios para la buena y breue administración de la justícia e orden de la dicha nuestra Audiencia. Ordenamos e mandamos que cada y quando acaeciére alguna cosa que no esté proueyda y declarada en estas nuestras Ordenanças y en las Leyes de Madrid fechas el año de quinientos e dos, se guarden las Leyes e Premáticas de Nuestros Reinos, conforme a la Ley de Toro, ora sea de horden, o forma, o de substancia, que toque a la ordenación o dicesion de los negocios y pleitos de la dicha Audiencia y fuera de ella”, Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 100.

89 “Ytem mandamos que en todo lo que aquí no va declarado ni determinado, los dichos nuestros presidentes e oidores de las dichas nuestras Abdiências sean obligados a guardar y guarden las ordenanças que por nos les están dadas y las ordenanças hechas para las nuestras Abdiências que residen en la çibdad de Granada e villa de Valladolid, y los capítulos de corregidores e jueces de residença y las leyes destos nuestros rreynos y premáticas y ordenanças dellos”. Citado por Moranchel Pocaterra, M. y Losa Contreras, C., *Instituciones político-administrativas de la América hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, t. II, II, p. 160.

90 Ordenanzas de 1563, núm. 311 y Ordenanzas de 1596, núm. 333, en Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, pp. 296 y 309, respectivamente.

91 Dichos textos figuraban ya en la Recopilación de Pinelo. Véase *Recopilación de las Indias de Antonio de León Pinelo*, edición y estudio preliminar de Ismael Sánchez Bella, México, Porrúa, 1992, t. I, pp. 339 y 340, concretamente en el Libro 2, 1, 1, *Que las leyes desta Recopilación se guarden conforme a lo que esta ordenado. Felipe IV en la ordenación desta Recopilación*; y en Libro 2, 1, 3, *Que en los casos no decididos por leyes o cedulas de las Indias, se guarden las leyes de Castilla conforme a la de Toro*, dada por el emperador Carlos en 1530 como ordenanzas para las audiencias y ratificada por Felipe II en las nuevas ordenanzas del año 1563. De aquí pasarán sin modificaciones a la futura Recopilación de 1680.

el emperador Carlos en el año 1530 como Ordenanza para las Audiencias indianas, ratificada posteriormente por Felipe II y por Felipe IV:

Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, ó por Cédulas, Provisiones, ó Ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme á la de Toro, assi en quanto á la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de substanciar.⁹²

En el texto transcrito, se ve con claridad el orden fijado: Derecho indiano, en primer lugar, y en su defecto se aplicará el derecho castellano conforme a las Leyes de Toro (no se hace mención a la Nueva Recopilación por no estar aprobada en el momento inicial en que nace esta norma carolina), a las que ya nos hemos referido, esto es, derecho real, derecho foral y Partidas, en este sentido y no en otro. Sin embargo, la práctica castellana había dado lugar al triunfo sin contemplaciones de las Partidas, aplicadas en lugar de los fueros y al mismo nivel que el derecho real. Eso es lo que explicaría la siguiente disposición, dada en tiempos de Felipe IV, que se muestra más acorde con la realidad jurídica castellana y por ello alude a que se guarden “las leyes de la Recopilación —la Nueva Recopilación de 1567—, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme á la ley siguiente”, esto es, se remite a los ordenamientos y pragmáticas reales y a las Partidas, con exclusión de la referencia al derecho foral. La aparente contradicción entre ambas disposiciones se explicaría en función de un mayor apego a la práctica y a un mayor y mejor conocimiento del modo de operar en el derecho castellano, que se expresa en la norma filipina. Una mayor fidelidad a lo que acontecía en la realidad justifica esa inserción que invierte en parte lo ordenado en Toro. La muletilla final “conforme á la ley siguiente” alude, desde nuestro punto de vista, a una reiteración en la formulación del orden de las fuentes indianas y no a una remisión estricta al ordenamiento de la ley 1 de Toro. Este el texto dado por Felipe IV en la ordenación proyectada previamente por Pinelo:

Haviendo considerado quanto importa, que las leyes dadas para el buen gobierno de nuestras Indias, Islas y Tierra firme de el Mar Océano, Norte y Sur,

92 Recopilación de las Leyes de Indias, 2, 1, 2, *Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de las Indias.*

que en diferentes Cédulas, Provisiones, Instrucciones y Cartas se han despachado, se juntasen y reduxessen á este cuerpo y forma de derecho, y que sean guardadas, cumplidas y executadas. Ordenamos y mandamos, que todas las leyes en él contenidas se guarden, cumplan y executen como leyes nuestras, según y en la forma dada en la ley, que vá puesta al principio de esta Recopilación, y que solas estas tengan fuerza de ley y pragmática sancion, en lo que decidieren y determinaren; y si conviniere que se hagan algunas demás de las contenidas en este libro, los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores y Alcaldes mayores nos den aviso y informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones, que para esto se les ofrecieren, para que reconocidos, se tome la resolución que mas convenga, y se añadan por Cuaderno á parte. Y mandamos, que no se haga novedad en las Ordenanças y leyes municipales de cada Ciudad, y las que estuvieren hechas por qualesquier Comunidades y Universidades, y las Ordenanças para el bien y utilidad de los Indios, hechas, ó confirmadas por nuestros Virreyes, ó Audiencias Reales para el buen gobierno, que no sean contrarias á las de este libro, las quales han de quedar en el vigor y observancia, que tuvierén, siendo confirmadas por las Audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba, ó revoca, y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme á la ley siguiente.⁹³

Tras la aparición de la Recopilación de 1680, el orden de prelación de fuentes sería el siguiente: *a)* el derecho territorial indiano, de carácter particular o municipal, contenido en la propia Recopilación y en las disposiciones posteriores; *b)* el derecho territorial castellano, de tipo común o general, formado por los ordenamientos y las pragmáticas recogidos en la Nueva Recopilación (1567) y posteriormente en la Novísima Recopilación (1805); *c)* las Partidas. No sería de aplicación en las Indias los fueros municipales, a los que aludían los textos castellanos porque su ámbito de vigencia se limitaba a ciertas localidades castellano-leonesas y no en las provincias indígenas, ya que cada ciudad allí creada tenía sus propias ordenanzas o leyes municipales, cuya vigencia garantizaba la propia Recopilación 2, 1, 1. Además, desde el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), las restricciones al empleo de esos textos habían sido tales que prácticamente los convirtió en letra muerta.⁹⁴ En estas condi-

93 Recopilación de las Leyes de Indias, 2, 1, 1, *Que se guarden las leyes de esta Recopilación en la forma y casos que se refieren*.

94 Cfr. Manzano Manzano, J., *Historia de las Recopilaciones de Indias*, 3a. ed., Madrid, Ediciones

ciones, estamos ya a punto de explicar cómo se produce la llegada del derecho romano en el contexto del derecho indiano y cómo se desarrolla en el parecer de los autores la recepción del mismo y su posterior empleo en la práctica jurídica.

2. *La doctrina de los autores como vehículo decisivo*

De la misma forma que en Castilla la doctrina coadyuvó a la aplicación supletoria del derecho romano, en las Indias aconteció un idéntico proceso. Varios motivos imponen esta consecuencia, profundamente entrelazados entre sí. Sabido es, como ya hemos visto, como el derecho común, con todas sus corrupciones y desviaciones, se erige en el modelo jurídico genérico de toda Europa desde el siglo XII y hasta los aires revisionistas del Siglo de las Luces.⁹⁵ Es el derecho que, por ese motivo, se enseña en todas las universidades con su cátedras de Leyes y de Cánones, que se van a singularizar por su escasa preocupación por el derecho real o por cualquier derecho que no presenta conexión con la tradición romano-canónica.⁹⁶

de Cultura Hispánica, 1991, t. II, pp. 351-353. Sobre la Recopilación y su aplicación práctica, véase Tau Anzoátegui, V., "Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680", *La Ley en América hispana*, pp. 173-233; y "La recopilación de 1680: dificultades para su aplicación", *ibidem*, pp. 235-248; y Herzog, T., "The Recopilación de Indias and its discourse. The Spanish monarchy, the Indies and the seventeenth century", *Ius Commune*, XX (1993), pp. 143-163.

95 Sobre este tema, véase Riaza, R., "El derecho romano y el derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año XII, 46 (enero-marzo, 1929), pp. 104-124; Coing, H., "L'insegnamento del Diritto nell'Europa dell'Ancien Régime", *Studi Senesi*, LXXXII, III Serie, XIX, fascicolo 2 (1970), pp. 179-193; Peset Reig, M., "La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2a. época, LXII, 5 (1971), pp. 605-672; "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII", *AHDE*, XLV (1975), pp. 273-339; "Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärten Absolutismus und liberaler Revolution", *Ius Commune*, VI (1977), pp. 172-201; y "Universidades españolas y universidades europeas", *Ius Commune*, XII (1984), pp. 71-89; y Álvarez de Morales, A., *Historia de las instituciones españolas (siglos XVIII-XIX)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, pp. 75 y ss.

96 Con carácter general, véase Rodríguez Cruz, A., *Historia de las universidades Hispanoamericanas. Periodo hispánico*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1973, *passim*, en especial, t. I, pp. 34-142, sobre los aspectos generales de la educación universitaria. A mayores, véase Steger, H. A., "Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert", *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 4 (1973), pp. 22-34; Levaggi, A., "Derecho indiano y derecho romano en el siglo XVIII", *AHJE*, vol. V (1980), pp. 278-287 y pp. 287-294, sobre su predominio en las universidades y en las bibliotecas; Morineau, M. e Iglesias González, R., "La enseñanza del derecho romano en la Universidad de México", *Derecho*, 40 (1986), pp. 41-51; Tau Anzoátegui, V., *Casuismo y sistema*,

La formación jurídica, por tanto, no se realiza a partir del conocimiento y estudio de los derecho nacionales o patrios. Los alumnos se forman en el derecho romano y en el derecho canónico, exclusivamente. Al salir de las facultades, aparecerá ante ellos un mundo práctico nuevo, diferentes al que han vivido en las aulas universitarias. Varios textos de la Recopilación de Indias hacen alusión a los doctores en Cánones y en derecho para significar esa perfecta inserción en los planes de estudio del derecho común.⁹⁷

Cuando acceden a la práctica del foro o a los altos cargos de la justicia o del gobierno, proceden a poner en práctica sus conocimientos que, repetimos, no se acercan ni por asomo a lo que es el derecho nacional, que era el que debería aplicar conforme a lo que ordenaba la legislación. Hay una dualidad destacable entre el mundo jurídico en el que se forman los juristas y el mundo jurídico práctico: el primero, de raíces romano-canó-

pp. 231-313; Abadfe-Alcardi, A., “La tradición institucional salmantina en los Libros de Claustros de la Universidad de México de la Ilustración a la Independencia (1701-1821)”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Tomo I, pp. 219-237; Arenal Fenochio, J. del, “Historia de la enseñanza del derecho romano en Michoacán (México), 1799-1910”, *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman Law*, 14 (1986), pp. 263-281; y “El estudio de los derechos real e indiano en el Colegio de San Ildefonso de México a principios del siglo XIX”, *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 239-266; Medina Romo, H., “Derecho romano: un punto de partida y de llegada. Su influencia en la formación de abogados de la Universidad de Guadalajara”, *Jure*, México, 3a. época, Universidad de Guadalajara-Facultad de Derecho, 1 (enero-abril, 1990), pp. 39-46; Coca, A. A., “La primera cátedra (1791) y la primera Facultad de Leyes (1796) de la Universidad de Córdoba en el desarrollo del derecho del siglo XVIII (A propósito del bicentenario de la Cátedra de Instituta)”, *RHDRL*, 28 (1991), pp. 23-54; y Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, pp. 123-134.

97 Entre otras muchas, véase Recopilación de las Leyes de Indias, 1, 22, 10: “Ordenamos y mandamos, que el Doctor mas antiguo en la facultad de Canones sea Decano en las universidades de Lima y México, aunque sea Oidor de nuestras Audiencias, que en las dichas ciudades residen”; 1, 22, 18: “Ordenamos y mandamos, que los Examinadores Doctores, que se han de hallar en los actos secretos de las facultades de Teologia y Derechos en las Universidades de Lima y México...”; 1, 22, 21: “...en los grados de Canones, los de Prima de Canones y Leyes, Visperas de Canones y Decreto; y á falta de qualquiera, después de estos, el de Visperas de Leyes, y el de Instituta. En los grados de Leyes, los dos de Prima de Leyes y Canones, y los de Visperas de Leyes y Canones; y á falta de qualquiera, el de Decreto, y el de Instituta...”; 1, 22, 32: “Y mandamos, que el Religioso, que regentare la dicha Catedra, haya de gozar, y goze de las honras y prerrogativas concedidas al Catedrático de Prima de Teologia, que ya estava fundada, y tambien sea igual en la opcion, y todo lo demas, á las Catedras de Prima de Canones y Leyes...”; 1, 22, 38: “Ordenamos, que todas las Catedras se provean por oposición, como fueren vacando: la de Prima de Teologia, Canones y Leyes en propiedad; y las demas de Teologia, Canones y Leyes por quatro años; y las de Artes y Filosofia por tres años”; 1, 22, 57: “Y en quanto al segundo, de que la elección de Rector no sea por alternativa, y puedan ser elegidos Clerigos y Seculares, Doctores graduados en Teologia, Canones y Leyes... se formassen del Rector, Consiliarios y Catedráticos, Iuristas...”.

nico, constituye el mundo real, el práctico, el que realmente se aplicará y desarrollará en los tribunales; el segundo, el indiano, forma el mundo legal, dado que ese era el derecho que primeramente debía ser aplicado. Los juristas contribuyen, pues, a infringir el propio orden de prelación que se había fijado, pero sin que su comportamiento pueda ser calificado de ilegal o de ilícito. Al contrario, todos esos juristas entienden que en el sistema de fuentes castellano-indiano se debe acudir al derecho específicamente creado para las Indias (insuficiente e incompleto, como ya se ha destacado), para pasar más adelante a recurrir al castellano, que era tanto como decir a las Partidas por su carácter enciclopédico, completo y global. En efecto, los ordenamientos de Cortes que pueblan la Baja Edad Media castellana apenas se referirán a cuestiones de derecho privado, salvo ejemplos puntuales. Resultado de ellos es la aplicación práctica de las Partidas, como cuerpo general y supletorio de todo el orden jurídico privatista.

Pero el texto alfonsino no era una condensación del derecho castellano. En su proceso de formación, se observa un predominio del derecho común, por lo que los autores castellanos e indianos entendieron con muy buen criterio que la referencia a las Partidas era lo mismo que la referencia directa a las fuentes de las que las mismas se nutrían. Decir Partidas era decir derecho romano y derecho canónico. La plasmación práctica de las primeras comportaba idéntica aplicación práctica del cuerpo del derecho común.

La actuación de los juristas iba a caminar por otros derroteros, separados del sistema oficializado. No podían renunciar al Derecho estudiado y aprendido, por lo que proceden a forzar hasta sus máximas consecuencias la interpretación de las leyes. En los recovecos que la legislación les permite, introducen de manera progresiva las soluciones contempladas en el derecho romano para prácticamente todas las materias posibles y pensables: desde el derecho privado, en todas sus ramas, hasta los nombramientos de oficiales o los caracteres de ciertos empleos típicamente indianos, todo pasa por el tamiz del derecho romano, todo se justifica a partir de textos legales y doctrinales procedentes del laboratorio del derecho común, toda reflexión se efectúa con los métodos, mecanismos, categorías y principios de aquél.

La solución era, a todas luces necesaria, puesto que las lagunas o los defectos existentes en el derecho indiano, solamente podían ser suplidos por medio de una referencia a lo más selecto de la tradición jurídica eu-

ropea. La seguridad jurídica y la certeza de las soluciones exigían acudir a una tabla de salvación prestigiosa, llena de sabiduría, dominada por la autoridad más que por la potestad, manejando expresiones del derecho romano. Para ello, se tuvieron en cuenta las decisiones de estos autores que operaban no sólo a partir de sus propias reflexiones y razonamientos, sino que acudían en muchas ocasiones a copiar o a ampararse en las citas de otros autores anteriores, en las conocida como *communis opinio doctorum*, única manera mediante la que se podía atisbar una cierta certeza jurídica.⁹⁸

Las opiniones de los juristas, auténtica fuente del Derecho Indiano junto a la ley y a la costumbre, no se configuran como una fuente exclusiva. Es esa doctrina sabia y reflexiva una especie de depósito del saber jurídico del momento, un compendio de lo más granado del pensamiento jurídico romano-canónico, pero también del indiano. No existe propiamente una literatura jurídica floreciente en los primeros años del siglo XVI por razones obvias: la ciencia está todavía en formación. Hay autores aislados, fuertemente dependientes de los castellanos coetáneos y muy ligados al pensamiento escolástico y a las doctrinas del derecho natural. Los nombres de Hevia Bolaños, Escalona y Agüero, Pinelo y Solózano, en la primera mitad del siglo XVII, los de Montemayor, Villarroel, Frasso o el Marqués del Risco, en la segunda mitad de la misma centuria, y toda la pléyade de comentaristas que aparecen en el siglo XVIII (Murillo Velarde, Gamboa, Corral Calvo de la Torre, Salas, Palacios, Lebrón y Cuervo, Ayala, entre otros muchos), muestran el grado de desarrollo de la ciencia jurídica en Indias y su más que notorio paralelismo con la de la Europa del momento.⁹⁹

98 Los jueces estaban obligados a fallar conforme a la opinión mayoritaria de los doctores (la unánime, la mayoritaria o bien la indiscutida), puesto que en caso contrario se entendía que sentenciaban con impericia y hacía suya la litis, con la subsiguiente acción de repetición del afectado. Sobre el juego de esta regla, véase Guzmán Brito, A., "Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna", *AHDE*, L (1980), pp. 851-890. El control a ejercer sobre la misma y sus posibles abusos, demandado en el siglo XVIII, se efectúa históricamente de dos formas: la restricción de las autoridades alegables, a través de las conocidas como "leyes de citas", y la automoderación y autodisciplina para la formación de los propios razonamientos jurídicos. Es evidente que ninguna de estas posibilidades fue desarrollada en los siglos XVI y XVII, en donde la acumulación de citas y de opiniones —y cuantas más, mejor— valía para hacer más sólido y firme un dictamen o una sentencia.

99 Véase sobre las principales figuras en Indias, Pareja Marmanillo, D. A., "Los jurisconsultos de la Colonia", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Año II, III (1938), pp. 699-725; y año III, II (1939), pp. 409-423; García-gallo, A., *Metodología de la historia del derecho Indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, *passim*; "La ciencia jurídica en la formación del derecho

No obstante, esa autoridad como saber socialmente reconocido, aparecerá de una forma doble en la práctica. Por un lado, como orientadora de las diferentes normas jurídicas existentes, en el sentido de incidir en el proceso que va desde su creación hasta su final aplicación. No debe olvidarse que muchos de los más prestigiosos juristas indios formaron parte del Consejo de Indias, el auténtico legislador para el continente, y que los mismos fueron pasando por diferentes cargos gubernativos y jurisdiccionales, con lo que su presencia a lo largo de la vida de las leyes y demás normas era continua. Por otro, la opinión de los juristas raramente aparecía en solitario a la hora de resolver un litigio o un asunto de gobierno, sino que más bien concurría con las restantes fuentes, convergiendo con las mismas, desempeñando las funciones interpretativas más dispares (ampliando o restringiendo, acudiendo a la analogía, etcétera). Estas dos direcciones revelan a las claras la trascendencia de su papel en el conjunto normativo indiano.¹⁰⁰

Para ayudar a ello, se puede ver cómo claramente las principales obras jurídicas del derecho común europeo fueron recibidas en Indias en tiempo relativamente corto, cómo se manejaron prácticamente las mismas ediciones que estaban en boga en Europa, resultado de un auténtico trasplante ideológico que llevó a la creación de una verdadera comunidad jurídico-cultural;¹⁰¹ y cómo se desarrollaron los mismos estilos literarios

hispano-americano en los siglos XVI al XVIII”, *AHDE*, XLIV (1974), pp. 157-200; y *Manual de historia del derecho español*, cit., t. I, pp. 405-406 y pp. 424-425; Coing, H. (coord.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band. Neuere Zeit (1500-1800)*, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, pp. 228-247, en especial, pp. 242-247, para el derecho indiano; Pérez Martín, A. y Scholz, J. M., *Legislación y jurisprudencia en la España del antiguo régimen*, Valencia, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones, pp. 104-145; Gibert Sánchez de la Vega, R., *Ciencia jurídica española*, Granada, Imprenta de Francisco Román, 1983, pp. 18 y 19; Bravo Lira, B., “La literatura jurídica indiana en el Barroco”, *REHJ*, X (1985), pp. 227-268; “El derecho común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del barroco en Hispanoamérica”, *Ius Commune*, XV (1988), pp. 1-42 (*derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, pp. 147-187); y “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla”, *AHDE*, LVIII (1988), pp. 5-80 (*derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, pp. 3-71); Leiva, A. D., “La literatura jurídica en la época del descubrimiento”, en *RHD*, 20 (1992), pp. 223-233; Dougnac Rodríguez, A., *Manual de historia del derecho indiano*, pp. 252-254 y pp. 263-276; y Barrientos Grandón, J., “La literatura jurídica indiana y el *Ius Commune*”, Alvarado, J. (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del antiguo régimen*, Madrid, Marcial Pons, t. I, 2000, pp. 199-285.

100 Véase Tau Anzoátegui, V., “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, *RHD*, 17 (1989), pp. 351-408; y *Casuismo y Sistema*, pp. 427-480.

101 Véase Malagón Barceló, J., *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, Biblioteca Nacional de México, Instituto Bibliográfico Mexicano,

a ambos lados del océano: diccionarios y repertorios jurídicos,¹⁰² glosas, notas y comentarios,¹⁰³ tratados, libros de consejos y máximas jurídicas,¹⁰⁴ alegaciones, concordancias, instituciones¹⁰⁵ y un largo etcétera de géneros literarios idénticos a los europeos,¹⁰⁶ recibidos del tesoro medieval forjado por glosadores¹⁰⁷ y por comentaristas.¹⁰⁸

Asimismo, se puede observar cómo se actuó en el campo del derecho de la misma manera y con las mismas técnicas que en el viejo continente se usaban, es decir, los juristas se incardinaron esencialmente dentro de los cauces de trabajo que habían sido señalados por el llamado *mos italicus* o “bartolismo jurídico”, método dialéctico y dogmático, que fue el dominante en las universidades y en la forma de trabajo de los autores,¹⁰⁹ salvo casos esporádicos y tardíos.¹¹⁰ Siguiendo a Francisco Carpintero,

núm. 3, 1959, pp. 59-96; y Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, pp. 51-122 y pp. 123-228.

102 Véase Barrero García, A. M., “Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días (notas para su estudio)”, *AHDE*, XLIII (1973), pp. 311-351, en especial para las Indias, pp. 329-330 y pp. 334-335.

103 Véase Sánchez Bella, I., “Los comentarios a las Leyes de Indias”, *AHDE*, XXIV (1954), pp. 381-541.

104 Véase Sholz, J. M., “Spanische Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des ancien régime”, *Ius Commune*, III (1970), pp. 98-119.

105 Véase Luig, K., “Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert”, *Ius Commune*, III (1970), pp. 64-97.

106 Véase Holthöfer, E., “Literaturtypen des mos italicus in der europäische Rechtsliteratur der frühen Neuzeit (16.-18. Jahrhundert)”, *Ius Commune*, II (1969), pp. 130-166.

107 Véase Weimar, P., “Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit”, *Ius Commune*, II (1969), pp. 43-83.

108 Véase Horn, N., “Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit”, *Ius Commune*, II (1969), pp. 84-124. Diferencia el autor cuatro grandes géneros literarios: la literatura de tipo exegético (lecturas, comentarios, repeticiones, siguiendo las fases de exposición ideadas por Cino de Pistoita: *Divisio*, *Summa*, *Casus*, *Expositio Litterae*, *Notabilia*, *Oppositiones* o *Contraria*, *Quaestiones* y *Sententia*); la literatura práctica (Cuestiones, consejos, literatura notarial, libelos); las monografías; y los repertorios o colecciones. A estos cuatro tipos se han de sumar la literatura docente y la literatura vulgar al margen de del derecho común (flores, repertorios, vocabularios, libros de derecho, etcétera.).

109 Véase Guzmán Brito, A., “Mos Latinoamericanus iura legendi”, *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, I (1996), pp. 15-20.

110 El dominio de ese “modo italiano” de creación e interpretación del derecho, tanto en España como en América, no impidió la aparición de juristas, escasos eso sí, que operasen de acuerdo con el *Mos Gallicus* o humanismo jurídico renacentista, de corte filológico, histórico y crítico. Véase a modo de ejemplo, Guzmán Brito, A., “Estudios en torno a las ideas del humanismo jurídico sobre la reforma del derecho. Un humanista español frente al derecho de su época: Pedro Simón Abril”, *REHJ*, IX (1984), pp. 169-185; y Dougnac Rodríguez, A., “El humanismo jurídico a través de dos elecciones en la Universidad de San Marcos de Lima”, *REHJ*, XV (1992-1993), pp. 179-223. En

varias serían las notas que tipifican este modo de trabajo itálico: definden la vigencia intemporal del derecho romano; su carácter práctico, para cuya aplicación se requieren solamente conocimientos jurídicos; la falta de depuración de las fuentes; la argumentación basada en *leges*, *rationes* y *auctoritates*, abusando del principio de autoridad, todo lo cual desemboca en un casuismo sin mucho orden, ni concierto.¹¹¹ Esos caracteres fueron los que permiten singularizar la forma de obrar de los juristas indios.

Ese método aplicado por los juristas americanos presenta, a tenor de lo que afirma Guzmán Brito, algunas peculiaridades tales como la ausencia de una consulta directa al derecho romano, sino el recurso al mismo mediante la consulta de las Partidas, o la consideración general de aquél como doctrina de sabios que tiene un valor *pro ratione*. Incluso en la época posterior de la Independencia, el influjo se deja sentir por el recurso a Roma como modelo interpretativo, por la formación de los propios juristas, que continúan la tradición antigua, la consideración del mismo como equidad, y la convicción generalizada de su valor superior.¹¹²

Para Bernardino Bravo Lira, la ciencia jurídica indiana presenta una serie de notas singulares: son autores formados en el derecho común, preocupados por la aplicación práctica, tópica y concreta del ordenamiento, profundamente casuistas, realistas, atentos a la variedad y a la variabilidad de la situaciones dadas en América, a la búsqueda de la justicia para los casos concretos.¹¹³ Se conformarán con ir resolviendo los casos que se les presentan, conforme a unos principios generales o a decisiones adoptadas para supuestos análogos, si bien se vuelcan de lleno en el caso particular objeto de su atención.

este último caso, se trata de una influencia tardía (siglo XVIII), que obedece al predominio intelectual francés en esa centuria y su corolarios de criticismo absoluto sobre el mundo del derecho común.

111 Véase Carpintero, F., "*Mos italicus, mos gallicus* y Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica", *ius commune*, VI (1977), pp. 108-171. Por oposición, el método francés, representado entre otros muchos por Alciato, Zasius, Cuyacio, Donello, Antonio Agustín o Cagnolo, defiende el carácter histórico del derecho romano con lo que se cuestiona su aplicación práctica; se introduce la filología y la historia como fuentes auxiliares, con el correspondiente redescubrimiento y restauración del derecho romano en su pureza originaria, tras la corrupción de Justiniano y del *Mos Italicus*; la preocupación por la ordenación; y el rechazo al recurso de autoridad.

112 Cfr. Guzmán Brito, "Mos Latinoamericanus iura legendi", pp. 18 y 19.

113 Véase Bravo Lira, B., "El derecho común en Ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del barroco en Hispanoamérica", *ius commune*, XV (1988), pp. 1-42.

Finalmente, una regla de aplicación continuada en sus trabajos, tomada asimismo del *ius commune*, es la conocida como *odia restringi*: al existir tres órdenes jurídicos en juego (indiano, castellano y romano, éste dotado de primacía), se defendió desde tiempos de los glosadores y comentaristas, la aplicación restringida de aquellas leyes que corregían o enmendaban el derecho común, mientras que las que no producían tal efecto debían ser ampliadas en su extensión (Favores Ampliari). La ley real solamente corregía el derecho común cuando así lo declaraba expresamente y esa ley debía reputarse odiosa. Era de interpretación y de aplicación restringida, a menos que volviese al derecho antiguo común, reputándose de nuevo favorable y susceptible de ampliación.¹¹⁴ Basta traer a colación las expresivas palabras de Javier Barrientos Grandón, uno de los mejores especialistas sobre la materia:

La influencia de las diversas tendencias doctrinarias en la literatura jurídica indiana, se puede observar tanto en la forma, como en el fondo. En efecto, formalmente, los más de los juristas indianos escribieron obras que se inscribían dentro de los géneros tradicionales de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío. Además, enfrentaban los problemas jurídicos con unos métodos, que se reducían, prácticamente al casuismo propio de un derecho jurisprudencial, y al recurso característico del bartolismo, que era la *communis opinio*. De otro lado, en cuanto al contenido de sus obras, se aprecia con claridad en ellas que se apoyaban en el derecho romano y canónico, así como en las doctrinas y opiniones de sus glosadores y comentaristas y, en ciertos casos, de algunos humanistas y neotomistas españoles, lo que resulta patente en las obras de los siglos XVI y XVII, pues en el XVIII se produjo un paulatino abandono del derecho romano, glosadores y comentaristas, amén de una tendencia creciente a preferir a los autores regnícolas.¹¹⁵

A través del panorama expuesto, observamos la perfecta imbricación de las Indias en la dinámica del derecho común extendido por Europa, sin que se pueda hablar de una dependencia cultural, sino, al contrario, de una comunidad: las universidades desarrollaban las mismas enseñanzas, lo que facilitaba el desplazamiento de profesores y alumnos a lo largo de ambos continentes; los libros estudiados, conocidos y empleados eran idénticos, incluso las mismas ediciones tenían rápida expansión por

114 Véase Bravo Lira, B., “*Odia restringi*. Forma y destino de una regla de derecho en Europa e Iberamérica, durante la Edad Moderna”, *Ius Commune*, XIX (1992), pp. 81-93.

115 Cfr. Barrientos Grandón, J., *La cultura jurídica en la Nueva España*, p. 92.

América; la literatura jurídica cultiva iguales géneros;¹¹⁶ el método de trabajo de los juristas sigue los cauces fijados en el viejo continente. Luego no debe extrañarnos la profunda inserción del derecho romano en prácticamente todo los órdenes del derecho. Resta, pues, simplemente acudir a los propios autores para que en sus palabras se acredite la herencia jurídico-cultural romana que hasta ahora hemos referido.

3. *¿Era aplicable el derecho romano en las Indias?*

Pareceres contrastados

Las opiniones de los más relevantes juristas indianos sobre el tema en el que se centran nuestra reflexiones han de ser calificadas en diferentes direcciones. Apenas se citarán obras del siglo XVI por ser esta centuria el momento en que el propio derecho indiano y la ciencia jurídica que lo secunda, se halla todavía en formación. Será a partir del siglo XVII cuando se detectan ya las obras más importantes que se van a referir a la cuestión de las fuentes indianas y sus relaciones con Castilla y con Europa. En esencia, los pareceres contrastados a los que aludiremos se dividen en tres grandes direcciones. Primeramente, los autores de los siglos XVII y XVIII son coetáneos de los grandes juristas castellanos de la época, por lo que su modo de sentir y de pensar es idéntico al que se estilaba en el viejo continente. Pinelo, Solórzano, Hevia Bolaño, Corral Calvo de la Torre, Carrasco del Saz, entre otros muchos, han sido formados en el derecho común y por ello en sus propias obras propugnan el recurso indirecto a aquél para suplir las lagunas detectables en el derecho indiano.

¹¹⁶ Así se pueden diferenciar varios grupos de trabajo: 1) Autores que trabajan sobre la base de las obras de algunos juristas castellanos, como son los casos de Diego Gómez Cornejo, en sus *Adiciones a los comentarios del doctísimo Antonio Gómez* (1598) o de Diego Ibáñez Faría, que elabora unas adiciones a las *Variarum Resolutionum* de Covarrubias (1659-1660) y más adelante unas *Novae Additiones* (1688); 2) Autores que comentan el derecho castellano y el derecho común, con pequeñas referencias al derecho indiano, tales como Juan de Matienzo (*Comentaría in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae*. Año 1580); Juan de Montealegre (*Praxis civile de exercitio practycorum actionem tam in communi quam in regio iure sancta iuxta hodiernum*. Año 1614); Álvarez de Velasco (*Axiomata et loca communi iuris*. Año 1631); Francisco Jaraba y Buitrón (*Relectio Iuris Civilis*. Año 1669); o Pedro Murillo Velarde (*Práctica de Testamentos*. Año 1745); y 3) autores que comentan directamente textos del derecho romano, caso de José de Arriz (*Extemporánea relectio ad legem Quíquis*. 16. *Codice*. *Si certum petatur*. Año 1785) o José de Baquijarro y Carrillo (*Relectio extemporánea ad explanationem legis Pamphilo XXIX. D. De Legatis et Fideicommissis*. Año 1788). Véase sobre los mismos, Dougnac Rodríguez, A., *Manual de historia del derecho indiano*, pp. 263-276.

Los autores del siglo XVIII se mueven en otra dirección: hay un silencio bastante expresivo en relación a este problema, aunque su formación y las fuentes de las que se nutren sus obras no deben llamarnos a engaño. El romanismo está presente, si bien lo callan y podemos pensar que, no obstante esa omisión, su parecer coincidiría con los autores del grupo anterior. La obras que escriben además no están pensadas para la construcción de un sistema teórico del derecho indiano, sino más bien para fijar las bases de su aplicación en la práctica cotidiana. Por esa razón, no hay que hacer ulteriores precisiones o remisiones al derecho romano. La práctica será la encargada de poner cada orden jurídico en su lugar correspondiente.

Por último, hay que mencionar a todo el bloque de autores que actúan entre los siglos XVIII y XIX. Su característica generacional no es solamente biográfica: son los hombres que van a asistir a la crítica demoleadora del orden jurídico vigente y a la erección paulatina de todos los nuevos Estados que se desgajan de la monarquía hispánica universal. Bajo esas dos coordenadas, por tanto, su obra se muestra claramente crítica respecto al derecho común. Primero, porque metodológicamente se aparta de los nuevos aires que se han insuflado en la Europa de las Luces, conducentes a una crítica y revisión de los postulados tradicionales sobre la ciencia jurídica. No hay tanto un ataque al derecho romano en sí mismo considerado, sino una lucha frontal y un rechazo a lo que ha sido el abuso práctico de aquél, que ha de ser reemplazado por unos nuevos mecanismos de formación y de aplicación del derecho. Por otro lado, la aparición de los movimientos independentistas forzarán a una cierta ruptura con el pasado colonial que será bastante relativo en el mundo jurídico, aunque se nota el peso castellano y se omite el recurso a Roma. Los nuevos derechos nacionales que aparecen a lo largo del siglo XIX pondrán de manifiesto esa clara dependencia jurídica, a pesar de la independencia política.

En todo caso, manejamos un concepto amplio de la noción de jurista indiano: en este concepto, englobamos a aquél que ha escrito sobre algún aspecto particular o general del derecho propio de las Indias, con independencia de su procedencia nacional o de lugar donde la obra manejada es objeto de publicación. Por encima de nacionalidades y particularismos, se defiende un concepto científico que ve a aquél como el intérprete del derecho indiano, sin tener en cuenta su procedencia, su formación o su periplo vital. Tan indiano es Solórzano como lvarez, a pesar de ser el

primero hispano y el segundo guatemalteco. Lo decisivo es su preocupación científica e intelectual y en ese campo particular no es posible hacer distinciones por razón de la patria.

*A. Las posturas en favor: una clara dependencia de Castilla.
El derecho romano como razón escrita*

Las primeras obras relevantes del derecho indiano, datadas en el siglo XVI, no ofrecen ninguna referencia al derecho romano como derecho aplicable en Indias. En ellas, se puede observar una clara tendencia a ceñirse al derecho de Castilla como derecho supletorio de los nuevos territorios descubiertos. Sin perjuicio de ello, los autores no pueden traicionar su formación jurídica. Fray Tomás de Mercado, por ejemplo, llena las páginas del Libro I de su *Suma de Tratos y Contratos*, con alusiones directas a los juristas romanos y medievales, así como a las principales figuras del pensamiento teológico medieval, como Boecio, San Agustín, Santo Tomás, entre otros.¹¹⁷ Juan de Matienzo continúa esa línea primeriza. Al no haberse formado todavía el derecho indiano con la sustantividad que alcanzaría en la siguiente centuria, las remisiones a Castilla son constantes. Matienzo, en su gobierno del Perú, efectúa unas reflexiones análogas a las que Solórzano realizará en su política indiana, para reclamar un gobierno ejercido por letrados y para rechazar los cambios normativos instantáneos.¹¹⁸ Al esbozar unas Ordenanzas para las principales audiencias del virreinato, expresa claramente la dependencia con Castilla en unos términos generales que no permiten atisbar la conexión con el derecho común.¹¹⁹

117 Mercado, T. de, *Suma de tratos y contratos*, Madrid, edición de Restituto Sierra Bravo, editora Nacional, 1975. Libro I, ff. 97 y ss.

118 Matienzo, J. de, *Gobierno del Perú*, édition et étude préliminaire par Guillermo Lohmann Villena, Travaux de l'Institut Français d'Études Andines, t. XI, Paris-Lima, 1967, parte segunda, capítulo I, f. 197: "Parece que conviene que los que gobernen este Reino sean letrados o caballeros principales, sabios y prudentes, y no principales ni grandes señores". Más adelante, en f. 201, expone que "no entre de presto a mudar las costumbres y hacer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer muy bien las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y de los españoles que en ella habiten... Háse primero de acomodar a las costumbres y naturaleza de los que quiere gobernar".

119 *Ibidem*, parte segunda, capítulo IV, f. 244, en el título XV, CCLXI, de las ordenanzas propuestas para la Audiencia de Charcas; asimismo susceptibles de ser extendidas a las de los reyes, Quito, Panamá y Chile: "Item, que en lo que aquí no va declarado, se guarden las leyes reales, y las que los Oidores hicieren, entretanto que lo consultaren con su Majestad".

El siglo XVII muestra ya el nacimiento de una dependencia intelectual con el continente europeo, en la que se van a alinear los principales juristas indianos. Un ejemplo de la dependencia de ese pensamiento jurídico castellano puede atisbarse en la conocida obra de Juan Hevia Bolaño, aparecida en Lima en el año 1603: la *Curia Filípica*. Aunque su contenido se dirige en esencia al estudio del derecho procesal y del derecho mercantil,¹²⁰ no empece esto para que su autor realice algunas manifestaciones referidas al sistema de fuentes del derecho. En concreto, al abordar el tema de la sentencia o juicio con la que concluyen los pleitos, el jurista asturiano, siguiendo de cerca la opinión de Gregorio López y en términos parecidos a los del glosador de las Partidas, manifiesta la no asunción en Castilla y en Indias del derecho romano en tanto que derecho positivo, sino su asimilación por la vía de equipararlo a la razón natural, alegando en favor de estas ideas el recurso a la exención imperial y al principio de que los reyes españoles no han reconocido superior en lo temporal y no han de seguir, por ende, los mandatos del derecho romano:

Las leyes del derecho civil y comun imperial de los Romanos se reciben en cuanto á razon natural, y no en cuanto á leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los Reinos donde los Reyes, y Principes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal como en los Reinos de España, y Reyes de ellos nuestros Señores, según Gregorio Lopez.¹²¹

El romanismo de Hevia Bolaño no se detiene aquí, sino que se exterioriza en los siguientes pasajes en los que maneja con profusión la mejor doctrina del derecho común y emplea las reglas y los razonamientos típicos del sistema del *Mos Italicus*. A propósito de la utilización del argumento analógico, señala que:

120 Hevia Bolaño, J. de, *Curia Filípica*, México, imprenta de la Real Compañía, 1825. Es expresivo de su contenido el subtítulo: *Primero, y segundo tomo. El primero, dividido en cinco partes, en las que se trata breve, y compendiosamente de los Juicio civiles y criminales, eclesiásticos y seculares, y de lo que sobre ellos está dispuesto por Derecho, y resoluciones de Doctores: útil para los Profesores de ambos Derechos, y Fueros, Jueces, Abogados, Escribanos, Procuradores, y otras Personas. El segundo tomo, distribuido en tres libros, trata de la Mercadería y Contratación de Tierra y Mar: útil y provechoso para Mercaderes, Negociadores, Navegantes, y sus Consulados, Ministros de los Juicios, y Profesores de Jurisprudencia*. La atribución de esta obra no está del todo clara, como demuestra Lohmann Villena, G., "En torno a Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros", *AHDE*, XXXI (1961), pp. 121-161.

121 Hevia Bolaño, J. de, *Curia Filípica*, cit., 1, 8, 15, f. 45. El propio autor se reconoce tributario de las opiniones vertidas por Gregorio López, Molina y Acuña.

La ley ó derecho introducido en un caso, se estiende á otro, militando la misma razon, como está difinido en el derecho. Y procede, aunque la ley sea penal, cuando de no estenderse así quedará frustrado, y no de otra manera, como tambien se dice en el derecho, salvo cuando lo contrario está determinado por ley según Sylvestro, aunque se note, que la ley nueva, que corrige la ley antigua en uno de los casos equiparados en el derecho, es visto hacerlo en lo demas, como dicen Acevedo, y Gutierrez.¹²²

O al exponer el juego de los criterios interpretativos relativos a la temporalidad y a la especialidad de las leyes, tremendamente importantes en el caso indiano, así como al referirse a la doctrina de los doctores como elemento exegético:

La ley posterior en fecha, y tiempo corrige la anterior en él aunque se posterior en situación, y lugar, no se sabiendo la fecha y tiempo. La posterior en lugar y situación y orden de libro, ó Recopilación en que estuviere, corrige la anterior en ella; sino es que la anterior en orden es de mayor equidad que la posterior en ella. Y la primera parte de la ley por la postrera se corrige, y el fuero general se deroga por el municipal especial, como lo resuelve Paz; mas por la ley general no se corrige la especial, según Cifuentes, aunque cesante esto, la ley que dispone en general, generalmente se ha de entender, como se dice en el derecho. Y cuando un doctor trae dos opiniones contrarias, ó diversas, no declarando cual sigue, en duda, es visto quedar con la última, y segunda, según Gregorio Lopez.¹²³

Finalmente, Hevia Bolaños vuelve a establecer el núcleo básico y primordial del derecho de Castilla y de las Indias, integrado por el real, el romano y el canónico, cuando alude al carácter supletorio que van a desempeñar las costumbres:

Asimismo de derecho civil, real y canónico tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada, y prescrita por diez años para con presentes, y veinte para con ausentes, determinada, á lo menos, por dos actos en el discurso de este tiempo, y procede aunque sea contra el mismo derecho, y para corregirle, salvo que siendo contra el canónico, ha de ser de cuarenta años, como consta de unas leyes de Partida, y su glosa gregoriana. Mas esta costumbre para tener fuerza de ley, ha de ser afirmativa de usarse una cosa, porque siendo negativa de no usarse, no la tiene, aunque sea

122 *Ibidem*, pp. 1, 8, 16, ff. 45 y 46.

123 *Ibidem*, pp. 1, 8, 17, f. 46.

de mil años; sino es comprendiendo en sí algunos actos afirmativos, por lo menos tácitos, según Sylvestro. Y habiendo dos costumbres vale la más moderada; y no la habiendo en el Lugar, se ha de guardar la de la tierra mas cercana, conforme a una ley de Partida. Y nótese, que cuando en lo que es necesario de derecho se usa alguna cosa para mayor superabundancia, cautela y consejo, no vale para introducir costumbre, que tenga fuerza de ley, como se dice en el derecho.¹²⁴

Dentro de esta corriente de pensamiento, se halla lo más granado del derecho indiano del momento. Un parecer análogo se recoge en la obra del jurista indiano Francisco Carrasco del Saz, muerto en 1625, formado en la Universidad de Alcalá de Henares, que trabajó en las Audiencias de Lima y Panamá. En su *interpretatione* del derecho castellano manifiesta una opinión similar a la que sostenida por los autores hasta aquí referidos y un modo de actuar en el mundo del derecho que concordaba con lo que era la práctica usual de la Castilla moderna.¹²⁵

En el pensamiento jurídico de Antonio León Pinelo, se manifiesta una paradoja: a pesar de citar continuamente el derecho romano como base para la elaboración de la futura Recopilación de Indias,¹²⁶ Pinelo se manifiesta partidario de entender la existencia de una comunidad jurídica entre Castilla y las Indias, matizado por el carácter especial del derecho indiano y el general o común del castellano:

124 *Ibidem*, pp. 1, 8, 18, f. 46.

125 Carrasco del Saz, F., *Interpretatione ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae explicatae quae quaestiones plures*, Sevilla, Hyeronymum a Contreras, 1620, capítulo VIII, ff. 96 y ss. Sobre este autor, véase Barrientos Grandón, J., "El *mos italicus* en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15?-1625)", *Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2 (1993), pp. 43-61.

126 Pinelo, A. L., *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales, que en su Real Consejo presenta el Licenciado Antonio de León*, Santiago de Chile, edición del Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1956, pp. 137-176. Como se sabe, Pinelo procede a realizar una exposición de los principios que deben guiar la futura Recopilación, que tomará de las constituciones de Justiniano en las que se fijaban los criterios con arreglo a los cuales redactat el Código y el Digesto. Pinelo lo expone en nuevo puntos: quitar los prefacios de las leyes; evitar duplicidades; evitar las antinomias; eliminar las leyes caídas en desuso; añadir lo necesario para que las leyes sean claras y llanas; quitar las cláusulas superfluas; cambiar las palabras para garantizar el buen sentido de la ley y su concordancia con el contexto; extractar lo importante de las diferentes y abundantes leyes dadas para Indias; y distribuir el material en títulos y libros. Sobre esta cuestión, véase Bernal, B., "El derecho romano en el discurso de Antonio León Pinelo sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las Leyes de las Indias Occidentales", *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 145-183; y Guzmán Brito, A., "Romanismo en la teoría recopiladora de Antonio León Pinelo", *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, pp. 373-384.

“Supuesto pues que no se ha de recopilar lo decidido por leyes destos reynos, será forzoso recurrir a ellas, faltando las de Indias, con que esta recopilación será como continuación de la de Castilla”.¹²⁷

Este principio de remisión exclusiva a Castilla es nuevamente esbozado en su Tratado de Conformaciones Reales, cuando expone el carácter supletorio del derecho de aquella Corona, integrado por la Recopilación, los Ordenamientos de Cortes y las Partidas. Esta mención última permite albergar una pequeña esperanza para la inserción del derecho romano en el orden indiano, aunque Pinelo no profundiza sobre el particular y no nos permite concluir su postura al respecto. Acaso en su pensamiento de recopilador, la perfección de su obra, en trámites de realización, impedía acudir a otros derechos ajenos al castellano, siendo suficiente la conjunción de ambos ordenamientos para regular la vida en las Indias:

El segundo fundamento es, que las leyes de Castilla todas estan mandadas guardar en aquellos Reynos, no absolutamente, sino en lo que no estuviere decidido por las suyas propias y particulares, ó no fuere contrario a ellas. I aunque se ayan de guardar todas, en este caso, se ha de entender reducidas á los cuerpos del derecho Real, como son los de la Recopilación, Ordenamiento, i Partidas; no las que después acá se han promulgado, i se van promulgando cada dia, que estas no se deven ni aun pueden executar en las Indias, son que vayan passadas, i mandadas guardar por su Consejo.¹²⁸

Una de las obras de mayor trascendencia e importancia en la historia de América alude asimismo a esta cuestión: nos referimos a la *política indiana* de Juan Solórzano Pereira, versión romanceada (más que traducción) de aquel tratado general sobre las Indias que el autor publica por primera vez entre los años 1629 y 1639 (*De indiarum iure*). La obra se publica en el año 1647 y entre sus fuentes se encuentra lo más señalado de la doctrina del derecho común.¹²⁹

¹²⁷ Pinelo, A. L., *Discurso, cit.*, p. 159.

¹²⁸ Pinelo, A. L., *Tratado de confirmaciones reales*, Caracas, edición facsimilar, estudio preliminar de Eduardo Arcilla Farfías, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1979, parte I, capítulo VIII, f. 49.

¹²⁹ Una visión general sobre la misma puede consultarse en OTS Capdequí, J. M. y Malagón Barceló, J., *Solórzano y la política indiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 41-95. Sobre el romanismo excesivo de la obra solorzana, véase López Núñez, C., “El romanismo en la política indiana”, *AEA*, VI (1949), pp. 715-754; Margadant, G. F., “Uso y abuso del derecho justinianeo en la política indiana de Solórzano”, *Essays in Honour of Ben Beinart*, Cape Town, 1979, t. II, pp. 203-221; y Barrero García, A. M., “La literatura jurídica del Barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira”, *RChHD*, 15 (1989), pp. 65-85.

Con anterioridad, el tratado *De indiarum iure* había procedido a realizar un tímido esbozo de esta cuestión, secundando la postura doctrinal mayoritaria que se había gestado en la península ibérica y que ya hemos comentado. El derecho romano no se podía alegar en cuanto que derecho positivo, en cuanto que ordenamiento vigente. Mas los juristas no desesperaron por esta aparente prohibición y llegaron a la conclusión de que sí podía, en cambio, ser admitido en su condición de razón natural, de texto que encarna mejor que ningún otro dicha base racional general en la que se funda todo el orden jurídico y a la que hay que remitirse cuando se produzca la existencia de lagunas. Veamos su parecer que se desprende de la siguiente reflexión:

Unde illud etiam nascitur, quod dixit Oldrad cons. 69 num. 6 Hispanos scilicet legem habere, per quam capite puniunt eso, qui in iudicio leges Imperatorum allegant; quod quamvis certum non sit, ut advertit Zevall d. q. ult. num. 41 attamen certissimum est, quod faltim prohibamur, eas in vim legum allegare, sed tantum in vim rationis.¹³⁰

Solórzano Pereira pone sobre el papel la expresión de la idea genéricamente extendida en el mundo castellano de que las leyes romanos tienen fuerza en cuanto que racionales, pero no como auténticas normas legales. Sin embargo, esta referencia no se encuentra en la política indiana. A pesar de faltar el pronunciamiento expreso sobre el particular, una somera lectura de este texto pone de relieve que las fuentes de las que bebe el jurista indiano son las romano-canónicas, tanto legales como doctrinales. Por ello, la fundamentación de sus razonamientos se elabora a partir del derecho común. Y lo que es más importante: su actuar jurídico opera a partir de categorías, principios y conceptos típicos de aquél. Basta para ejemplificar lo dicho un lectura del libro III cuando trata de las encomiendas. Allí se trata de precisar la naturaleza jurídica de esta institución indiana y para ello la pone en relación con algunas figuras típicas del derecho común como la enfiteusis, los feudos, los mayorazgos o las donaciones modales.¹³¹

130 Solórzano Pereira, J., *Disputationem de Indiarum Iure, sive de iusta Indiarum Occidentium inquisitione, acquisitione, et retentione, tribus libris comprehensam*, Madrid, Ex Typographia Francisci Martinez, 1629, libro II, capítulo XXI, núm. 77, f. 551.

131 Solórzano Pereira, J., *Política indiana*, Madrid-Buenos Aires, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1930, t. II, libro III, capítulo III, ff. 21-48.

Otras referencias en el mismo libro III permiten contemplar la perfecta imbricación de la labor de este jurista en el universo del *ius commune*, como cuando hace referencia a la equidad,¹³² a la extensión de la ley favorable,¹³³ al papel de la analogía¹³⁴ o la exigencia de que los cambios normativos se haga de forma paulatina,¹³⁵ poblando su obra de citas a textos y doctrinas de la corriente jurídica dominante en el Europa del momento. A propósito de todas estas cuestiones, Solórzano deja escapar una pequeña frase llena de significado que concuerda plenamente con lo expresado en la versión latina de su obra: “Aunque hoy nos governamos de derecho común y del Reyno”,¹³⁶ contraponiendo la legislación real a la del derecho romano-canónico, que, a tenor de sus palabras, son los cuerpos legales por los que se gobiernan las Indias. La idea es la misma que se defendía en la Castilla coetánea.

Como se sabe, el libro V de la obra de Solórzano se dedica a la administración de justicia y al gobierno. No debe extrañar, por tanto, que en esta materia tan sumamente conectada con la aplicación del derecho se plasmen algunas referencias que pasamos a comentar con brevedad. Las referencias a Roma y a su derecho son reiteradas. La aplicación del derecho ha de escapar de cualquier clase de sutilezas, haciendo un elogio encendido de la labor jurisdiccional y su trascendencia práctica.¹³⁷ Al aludir al modo específico en que se debe juzgar, Solórzano

132 *Ibidem*, t. II, libro III, capítulo VIII, núm. 37, f. 95: “Aunque el derecho sea fixo y estable, la equidad, que es hija de la razón natural, lo templá, modera, y altera, á las veces, según lo piden los casos, que se suelen ofrecer, que por el tiempo lugar, personas, y otros varios accidentes piden se ajuste, y acomode á las ocasiones”.

133 *Ibidem*, t. II, libro III, capítulo XVII, núm. 18, f. 192: “En segundo lugar infiero, que esta ley de la sucesión debe ser tenida por favorable, y como tal se ha de interpretar, entender, y estender siempre favorablemente en los casos y dudas que cerca de ella se ofrecieren, y recreieren...”.

134 *Ibidem*, t. II, libro III, capítulo XX, núm. 24, f. 232: “Asi solemos decir, que quando la razon se ajusta bien, la disposición es la misma, no tanto por via de extensión, como de comprensión, ó de declaración...”.

135 *Ibidem*, t. II, libro III, capítulo XXXII, núm. 30, f. 396 y núm. 5, f. 401.

136 *Ibidem*, t. II, libro III, capítulo XXXII, núm. 31, f. 396.

137 *Ibidem*, t. IV, libro V, capítulo VIII, núm. 18, f. 123, en el que se hace mención a la práctica procesal de los romanos. Más adelante, libro V, capítulo VIII, núm. 27, f. 126, proclama lo que sigue: “De qualquiera suerte de estas que voten, deben ir tambien con recato de no pegarse, ni dexarse llevar de los que llaman sutilezas de ingenio, consideraciones metafísicas o ápicos de derecho, sólo buenos para ejercitarse en escuelas, porque esto siempre se reprueba en los juicios y tribunales, como lo enseñan muchos textos y Autores, aconsejándoles, que no juzguen jamás por su solo ingenio y capricho, apartándose de la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia; porque esto es vicio y grandísimo, según sentencia de Séneca y tanto más dañoso quanto más encubierto”. Añade en núm. 28, f. 126. “Y así tienen y han tenido siempre por menos aptos para jueces y gobernadores

inserta algunas reflexiones que conectan nuevamente con el mundo romano y el mundo medieval. Un ejemplo claro es el relativo a la vigencia del principio de seguir la común opinión doctrinal, salvo la existencia de ley o de razón contraria que convenciesen al juzgador.¹³⁸

Al contemplar esa labor jurisdiccional, citando el tratado sobre pactos nupciales de Fontanella, nuestro autor se sumerge después en el catálogos de soluciones del derecho común, tales como la razón (equiparada como se ha visto al derecho romano), la equidad (que aparece encarnada en el derecho canónico), y finalmente la justicia, como aspiración final que se persigue en todo sistema jurídico:

Singular y novísimamente lo dice Fontanella, que alabando las decisiones del Senado de Cataluña, se arroja á decir que sin duda tienen algo de divinidad estas congregaciones que Dios constituyó en la tierra para administrar justicia y que parece que los asiste, para que siempre juzguen y arbitren lo que es conforme á razon, equidad y justicia.¹³⁹

Sin embargo, Solórzano parece contradecirse puesto que cuando se alude a la necesidad de que las leyes se adaptan al lugar y al tiempo específicos para los cuales han sido creadas, destaca el carácter plenamente flexible del derecho indiano que no ha de depender de ningún otro ordenamiento.¹⁴⁰ No obstante, vuelve a destacar el carácter supletorio del

los hombres sutiles ó que se pegan y precian de novedades y sutilezas, y se revocan de ordinario las más de sus sentencias en los Tribunales Superiores, como con mucha copia de autoridades y fuerza de razones lo prueban Calixto, Ramirez, Mastrillo, Pineda y otros”.

138 *Ibidem*, t. IV, libro V, capítulo VIII, núm. 29, ff. 126 y 127: “Y esto será más cierto, si siguiéramos la doctrina de los que enseñan que estamos obligados á seguir, quando juzgamos ó aconsejamos las opiniones comunes y más aprobadas ó probables y que pecan los que hacen lo contrario, como ponderando para ello algunos textos y doctrinas de Santo Tomás y de muchos antiguos Teólogos y Juristas, lo dicen Navarro, Covarrubias y otros infinitos que refieren Cateliano, Cota, Cevallos y Torreblanca. Aunque Mastrillo viene á resolver, que podria tener excusa el juez que juzgase contra alguna opinión comun quando hallare ley ó razon contraria que manifestamente la convenciese. Y Juan Sánchez después de haber disputado bien este punto de las opiniones comunes y probables, tambien concluye, que estará seguro en conciencia el que reduce y sigue en práctica opiniones escolásticas y teóricas, si siente con juicio cierto y especulativo que son probables; pero no si este juicio no fuese cierto y firme, porque en esa duda más se debe arrimar á la común opinión”.

139 *Ibidem*, t. IV, libro V, capítulo VIII, núm. 58, ff. 134 y 135.

140 *Ibidem*, t. IV, libro V, capítulo XVI, núm. 4, f. 260: “Que estas leyes, que deben acordarse y consultar los del Consejo, sean las que fueren pidiendo el tiempo y la utilidad y conveniencia de aquellas Provincias y Republicas... En las de las Indias es esto mucho más cierto, como con gran prudencia y fundado en la experiencia que tuvo de ellas, lo resuelve el Docto y Religioso P. Josef de Acosta, porque todo ó lo más es nuevo en ellas ó digno de inovarse cada día, sin que ningun derecho, fuera del natural puede tener firmeza y consistencia, ni las costumbres y exemplos que hallamos introducidas sean dignas de continuarse, ni las leyes de Roma ó España, se adapten á lo

derecho castellano y del derecho común,¹⁴¹ a pesar de que se refiere a la suprema potestad de interpretación que corresponde al monarca, idea que debe troncar con lo sancionado en el Ordenamiento de Alcalá y en las Leyes de Toro.¹⁴² A pesar de todas las dudas y vacilaciones, no puede dudarse del carácter contemporáneo de la obra de Solórzano y de su perfecta imbricación y concordancia con el pensamiento de los principales juristas castellanos, lo cual no es obstáculo para poner de relieve las singularidades que la legislación indiana presenta.

En el siglo XVIII, a pesar del predominio de las obras de los autores que se mencionan en el párrafo siguiente, eminentemente prácticos, existen tres grandes juristas indianos que van a referir nuevamente la cuestión del Derecho romano, optando por la solución hasta ahora esbozada: aquél tendría vigencia en Indias como consecuencia de su condición de razón escrita y no por su pretendido carácter legal.

Juan Corral Calvo de la Torre expone en sus comentarios a la Recopilación de Indias su decisión de decantarse por el recurso al derecho romano.¹⁴³ El orden de prelación de fuentes indianas se inicia con las Real Cédulas expedidas por los monarcas o por el Consejo para el caso particular; en su defecto, serán de aplicación las disposiciones de la Nueva Recopilación, Leyes de Toro, Partidas, leyes de Ordenamientos y Fueros. Si aún así no es posible sentenciar, el juez acudirá al derecho canónico y finalmente al derecho romano, a la doctrina de los autores unánimemente aceptada (la *communis opinio*, la opinión generalizada) y a la *legum Glossam*, esto es, a la obra de Accursio conocida como la Magna Glossa o Glossa Ordinaria, contando con el respaldo de, al menos,

que pide la variedad de sus naturales, demás de otras mudanzas y variedades, que cada día ocasionan los inopinados sucesos y repentinos accidentes que sobrevienen”.

141 *Ibidem*, tomo IV, libro V, capítulo XVI, núm. 11, ff. 262 y 263. Se jacta de que el Consejo de Indias ha gobernado siempre en América con plena atención a las necesidades y especiales características “dexando en lo demás en su fuerza y vigor las comunes y generales que están dadas, y promulgadas para los Reynos de Castilla y León”, como consecuencia de la incorporación de los nuevos territorios a la Corona castellana, como dispone en núm. 12, f. 263.

142 *Ibidem*, tomo IV, libro V, capítulo XVI, núm. 29, f. 269: “Y por otra ordenanza sacada de un decreto Real del año de 1631, se dispone que si el Rey diere algunas órdenes en que pudieren caber dos sentidos ó más se le consulte y pregunte la inteligencia, para que declare lo que más convenga y huviera sido de su intención. Palabras, que tambien se confirmen con la del derecho, que dice, que al Autor de la ley, pertenecen semejantes declaraciones”.

143 Véase Guzmán Brito, A., “La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan Corral Calvo de la Torre”, *Justicia, sociedad y economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 71-89.

tres juristas.¹⁴⁴ Llama la atención la anteposición del derecho canónico al derecho civil, pues, como ya se ha expuesto, tampoco en la doctrina castellana existía una clara posición al respecto. En este sentido, Corral Calvo de la Torre parece decantarse por la opinión sustentada por algunos canonistas indianos, en consonancia con lo que acontecía en la mayor parte de Europa.¹⁴⁵

El canonista Pedro Murillo Velarde alude asimismo a esta ardua, adoptando una línea tradicional, similar a la ya expuesta. El orden de las fuentes jurídicas que expone es el castellano:

Omnes Leges, utriusque Recopilationis, Tauri, & Partitarum sunt servandae à Judicibus in causis decidendis, etiam si allegetur, non esse usu receptas, ut constat ex L. I Taur, & ex Pragmaticis Recopilationis. Allegatis Legibus fori, & Styli, est necessarium probare illorum usum, nisi forte in Recopilatione sint inserta...,¹⁴⁶

para referirse a continuación a la práctica indiana en los términos que siguen y que no difieren del parecer de otros autores, esto es, Reales Cédulas específicas, Recopilación de Indias, recopilaciones castellanas y derecho común, canónico y civil:

In his Indiarum Regnis pro decisione causarum, debent ante omnia inspicere Schaedulae Regiae speciales, si quae sunt ad illam Cancellariam, vel Civita-

144 Corral Calvo de la Torre, J., *Comentaria in libros Recopilationis Indiarum. Tomi III et IV*. Apud Josephum a Rico, Madrid, 1756. *Comm.* Lib. 2, t. 1, libro II, capítulo XXIV, núm. 45, ff. 22 y 23: “Lex nostra 2, praevenit formam Judicibus, quibus legibus, et sanctionibus sit utendum in negotiorum ac litium resolutione, quando in hac Recopilatione non est decisum, nec declaratum, quid sit faciendum ibi... Primo enim per Regias Schedulas, si aliqua, sit illum casum expedita... Si non in Regnis Castellae per leges Regias novae Recopilationis, si desint ad negotium, per leges Tauri, his deficientibus, per leges Partitarum, Ordinamenti, et Fori ... Harumque defectu es ad Jus Canonicum recurrendum, quod quidem in spiritualibus, et pro foro animae est primo adendum: nam in his ómnibus aliis Juribus etiam Regiis anteponitur... Hisque omnibus deficientibus, ad Jus Civile est recursus... non habeat vim legum... tanquam ratione naturali, si in ea fundantur... tandem secundum Doctorum opinionem, sive legum Glossam”.

145 Es el caso de Reiffenstuel, A., *Jus Canonicum complectens Tractatum de Regulis Juris*, Apud Ludovicum Vives, París, 1864, t. I, proemio, III, núm. 42, f. 10. *Magna excellentia juris canonici super jus civile*: “Etsi juris canonici magna sit dignitas et excellentia, multumque praestet juri civili... quod quanto anima praefertur corpori, tanto jus canonicum est dignius civili”.

146 Murillo Velarde, P., *Cursus Juris Canonici, Hispani et Indici, in quo, justa ordinem titularum Decretalium non solum canonicae Decisiones afferentur, sed insuper additur, quod in nostro Hispaniae Regno, & Indiarum Provinciae Lege, consuetudine, privilegio, vel praxi statutum, & admissum est*, Madrid, In Typographia Ulloae a Ramone Ruiz, 1791, t. I, *Notitia Juris Preambula*, núm. 23, f. 9.

tem directae: his deficientibus jus Commune, quod in ipsa Recopilatione Indiarum invenitur, inspici oportet: in ejus defectu recurrendum est ad Recopilationem Castellae Partitae, & Pragmaticae Hispaniae hic non debent servari, nisi sint expeditae à Supremo Regio Indiarum Consilio L. 39 l. 40 tit. I lib 2 R. Ind. Deficientibus Legibus Regiis, etiam in foro Saeculari, recurrendum est potius, ad jus Canonicum quam Civile, & è contra deficiente Textu Canonico in foro Ecclesiastico debent Judice Ecclesiastici secundum Leges Regiae judicare.¹⁴⁷

Concluye una mención expresa a la opinión de Gregorio López. Nuevamente aflora la dependencia con Castilla. Las leyes civiles pueden citar en tanto que emanación de la razón natural, no en cuanto que leyes, de la misma forma que se pueden alegar los escritos de filósofos o de poetas por la sabiduría que los mismo encierran: “Possunt verò citari Leges Civiles, non tanquam Leges, sed tanquam ratio naturalis, sicut allegentur dicta Philosophorum, vel Poetarum”.¹⁴⁸

Un último ejemplo es el que no suministran Jacobo Magro y Eusebio Ventura Beleña en unas elucidaciones sobre las Instituciones de Justiniano. En dicha obra, se refieren a la cuestión que nos ocupa, lo cual es lógico por el tema central de su exposición. Nuevamente aparece una línea tradicional, que demuestra la escasa originalidad razonadora de ambos juristas. Las menciones a la razón natural, al carácter no legal del derecho romano y demás lugares ya comunes constituyen el eje central de la reflexión:

Ex tunc siquidem Jus Civile Romanorum non aliam in Hispania auctoritatem obtinet, quam sententiae quorumque Prudentum, aut quaelibet ratio naturalis; haec autem non circumscribuntur loco, qui cum humano genere nata est à principio; nec ideo observatur qui lex Romana sic sancivit, aut Imperator voluit, sed quia bonum, & rationabile jusset, ut pulchre notat Bald. In L. Nemo C. De Sent. Imo refert Oldrad. Cons. 69 Hispanos olim constituisse poenam mortis adversus allegantes in judicio leges Imperatorum, ne superioritas aliqua ex illorum observantia argueretur.¹⁴⁹

147 *Ibidem*, t. I: *Notitia Juris Preambula*, núm. 23, f. 9.

148 *Ibidem*, núm. 23, f. 9.

149 Magro, J. y Beleña, E. V., *Elucidaciones ad Quatuor Libros Institutionum Imperatoris Justiniani opportune locupletatae legibus, decisionibusque Juris Hispani*, México, Apud D. Philippum Zunnigam, & Ontiveros, 1797, t. I, *Proemium*, 6, núm. 4 y 5, ff. 15 y 16.

V. EL SILENCIO DE LOS PRÁCTICOS

Dentro de esta categoría se incluyen a todos aquellos autores que no efectúan un pronunciamiento preciso y claro sobre el tema que estamos abordando. Se trata de casos puntuales en los que se detecta una clara contradicción entre lo que silencian (la referencia al derecho romano) y las fuentes que han empleado (textos y autores del derecho común, de una manera amplia en lo cuantitativo y en lo cualitativo). Así se evidencia la existencia de una literatura bastante elemental, de carácter práctico y escasa erudición y valor doctrinal, orientada sobre todo a la formación pragmática para facilitar el manejo de los textos y de los argumentos favorables por parte de los juristas del foro. La erudición de los juristas del anterior grupo, fuertemente condicionada por la formación de los autores referidos, da paso en el siglo XVIII a una sucesión de obras de corte no teórico, ni dogmático, sino dirigidas a los profesionales del derecho con la vista puesta en la ayuda que les podían prestar en sus cotidianas labores jurídicas.

Como ha destacado Sánchez Bella, la finalidad de estas obras era la de hacer asequible la interpretación y la aplicación del derecho, por lo que se abandonaba cualquier disquisición teórica: nacían de la misma práctica jurídica y eran empleadas frecuentemente en la vida profesional de los juristas, siendo las que reflejaban con una mayor fidelidad el nivel cultural del momento, no tan alejado y diferente del peninsular.¹⁵⁰ La causa de su proliferación se explica por varios factores: el auge de los letrados, la aparición de la imprenta y, sobre todo, los defectos, imperfecciones y omisiones que presentaron las diversas recopilaciones de los

150 *Cfr.* Sánchez Bella, I, “Los comentarios a las Leyes de Indias”, *AHDE*, XXIV (1954), p. 382 y pp. 481-483: “Salvo el caso de las Notas de Ayala, obra de finalidad distinta, los demás Comentarios son obra de los prácticos; son redactadas, por tanto, en los territorios indianos y responden a los fines tradicionales de facilitar la interpretación y aplicación del derecho glosado... Nacen para facilitar únicamente a sus autores la aplicación del derecho, aunque luego se intente extender su utilidad a otros letrados indianos mediante su impresión... El contenido viene a ser el mismo (insisto que la obra de Ayala es un caso distinto y no me refiero a ella ahora): concordancias legales, citas doctrinales, antinomias, práctica jurídica, etc., aunque quizá sean más ricos en citas legales, debido a que el derecho posterior a la recopilación indiana no ha sido adicionado en las reediciones del texto legal como venía haciéndose con la Recopilación castellana... Si el derecho castellano pasó en gran escala a ser aplicado en Indias en circunstancias tan distintas a las de los territorios peninsulares, con mucha mayor razón pasó la técnica de los juristas conservada por las universidades de aquí y de allá, difundida en las obras jurídicas que con plena libertad pasan a Indias y aplicada por togados que en gran parte han nacido y se han educado en Castilla”.

siglos XVI y XVII, que forzaron a crear un aparato doctrinal que supliese todos esas taras.¹⁵¹

Los variados comentarios y notas¹⁵² que aparecen en Indias reflejan unas direcciones intelectuales con claridad marcadas por el deseo de facilitar el conocimiento del derecho realmente vigente. Por lo tanto, lo que puebla estas obras es la sencillez expositiva, la simplicidad de la argumentación y el empleo de la ley como mero pretexto que sirve de ilustración a variadas remisiones a otras leyes y a otros autores. Se desarrollan disquisiciones que se orientan a completar e ilustrar la Recopilación de Indias.

Se deben señalar aquí a autores como Prudencio Antonio de Palacios (1683-1755), oidor de las Audiencias de Santo Domingo y Guadalajara y fiscal de la de México, quien en sus Notas a la Recopilación de Leyes de Indias, aparecidas en 1740, apenas se refiere a esta cuestión y la salva realizando un somero comentario al texto carolino, incidiendo en la problemática de la costumbre “contra ley”, y en la necesidad de que se prueben los textos forales en caso de que sean alegados.¹⁵³

En la misma línea, aparece el pensamiento del panameño Manuel José de Ayala, quien incide en la misma postura de silencio respecto al derecho romano, preocupándose sobre todo del juego de la costumbre contra ley¹⁵⁴ y a la problemática de las leyes en desuso.¹⁵⁵ Sin embargo, alude de forma tangencial a los nuevos aires que recorren España y Europa en cuanto al nuevo tratamiento que se ha de dar al derecho romano:

151 Cfr. Sánchez Bella, I., “Los comentarios a las Leyes de Indias”, p. 388.

152 Enumerados por Sánchez Bella, I., “Los comentarios a las Leyes de Indias”, pp. 423-425 y pp. 432 ss. Destacan los de Juan Luis López y Pedro Frasso (pp. 439-448), los de Corral Calvo de la Torre (pp. 448-455), los de Azúa, Salas y Martínez de Rozas (pp. 456-462), y los de Eugenio López y Tomás de Salazar (p. 463), todos ellos en el virreinato del Perú. Vinculados al de Nueva España, aparecen los de Palacios, Lebrón, Mendoza y Ladrón de Guevara (pp. 483-523) y desde la Península Ibérica, los de Manuel José de Ayala (pp. 466-481).

153 Palacios, P. A. de, *Notas a la Recopilación de Leyes de Indias*, México, edición de Beatriz Bernal, UNAM, 1979, libro II, título I, ley 1, f. 113: “...quando la práctica ha derogado alguna forma o solemnidad introducida por el derecho y el Príncipe tiene de ello ciencia y paciencia con actos positivos y notorios, es visto, ya que no aprobarla permitirla... Al que alega le ley del Fuero y del Estilo pertenece probar el uso de ellas, a no ser que estén insertos en las leyes de la Recopilación”.

154 Ayala, M. J. de, *Notas a la Recopilación de Indias*, Madrid, transcripción y estudio preliminar de Juan Manzano, ediciones Cultura Hispánica, 1945-1946, t. II, libro II, título I, Ley 1, ff. 8 y 9. Esta cuestión no aparece tratada en la otra gran obra del jurista panameño; “Derechos”, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, Madrid, ediciones de Cultura Hispánica, 1989, t. V, pp. 97-132.

155 Ayala, M. J. de, *Notas a la Recopilación de Indias*, cit. t. II, libro II, título I, Ley 2, f. 10.

En mi tomo 39, fol. 185, está el *Discurso sobre la observancia de las Leyes del Reino*, en que se trata del origen de todas las legislaciones: motivos de la diversidad de Leyes Patrias: obligación de saberlas, obedecerlas y observarlas: se reprueba el uso y estudio de las romanas, y sus comentarios: se persuade el de las reales, y se propone el método que debe observarse en las universidades y academias: los malos y perniciosos efectos que resultan en los tribunales de no arreglarse las Leyes a lo decisivo de ellas, permitiéndoles tergiversaciones y cavilaciones.¹⁵⁶

Tampoco se halla un pronunciamiento explícito en los comentarios de Salas, Martínez de Rozas y Boix.¹⁵⁷ Los textos coetáneos siguen la misma orientación: escasa preocupación por las construcciones doctrinales, simplificación del derecho con las miras puestas en la aplicación práctica del mismo.¹⁵⁸

VI. CONTRARIOS A LA APLICACIÓN: LOS NUEVOS AIRES DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

La literatura del siglo XVIII y comienzos del XIX, salvo honrosas y muy contadas excepciones, se mueve dentro del ambiente de criticismo para con el sistema del derecho común. Las obras de Muratori en Italia, de Verney en Portugal, y, sobre todo, las opiniones del padre Feijoo, el doctor Castro, Berní Catalá, Mayáns y Ciscar, entre otros muchos, crea todo un ambiente de opinión contrarios no al derecho romano, sino a los excesos que la práctica ha generado y que deben ser combatidos a través de los más diversos remedios.

¹⁵⁶ *Ibidem*, t. II, libro II, título I, Ley 1, nota núm. 3, ff. 8 y 9.

¹⁵⁷ Véase García-Gallo Peñuela, C., *Las Notas a la Recopilación de Leyes de Indias, de Salas, Martínez de Rozas y Boix*, Madrid, Cultura Hispánica, 1979, libro II, título I, ley 2, f. 87, que remite al libro II, título XVI, ley 66, f. 94 (“Que el conocimiento de los pleitos y causas sea conforme a derecho y los delitos no queden sin castigo”) y a la ley 40, del título I, que no aparece recogido en la obra. A mayores, véase García-Gallo Peñuela, C., “José Lebrón y Cuervo. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias. Estudio, edición e índices”, *AHDE*, XL (1970), pp. 349-537; y “Las notas a la Recopilación de las Leyes de Indias, de José Perfecto de Salas y Ramón Martínez de Rozas”, *AHJE*, vol. V (1980), pp. 551-583, con las mismas referencias que hasta aquí hemos descrito: escaso criticismo, carácter informativo y reducida capacidad de análisis y de exégesis.

¹⁵⁸ Es el caso de Pérez y López, A. X., “Leyes”, *Teatro de la Legislación Universal de España é Indias*, Madrid, imprenta de don Antonio Espinosa, 1797, t. XIX, ff. 105-138. Recopila este autor las principales referencias legales, pero sin un orden claro y sin ánimo crítico. Hay una breve introducción, de tipo filosófico, a la que sigue después los fragmentos de los principales cuerpos normativos castellanos referidos a la ley y a su naturaleza y caracteres: *Liber Iudiciorum*, fuero juzgo, fuero viejo, fuero real, partidas, recopilaciones, etcétera.

La especialidad material de algunas obras pone de manifiesto el abandono a las soluciones romanísticas. Son tratados que se ocupan de materias tan específicas que la remisión al derecho romano se excluye por la existencia de una abundante legislación sobre el particular que agota prácticamente toda la materia.

En pleno siglo XVII, concretamente en el año 1672, José de Veitía Linaje desarrollaba una historia de la Casa de Contratación de Sevilla.¹⁵⁹ En ella mostraba cómo existía una cierta discrepancia entre la formación de los diferentes cargos del órgano sevillano, profundamente imbuida de derecho común,¹⁶⁰ y lo que era su práctica, precisamente por la especificidad de los objetos que competían a la Casa, en la cual se detectaba un apartamiento consciente del derecho romano para ceñirse al conjunto de soluciones que se contenían en las propias ordenanzas e instrucciones de la institución y, supletoriamente, se debería acudir al derecho del reino.¹⁶¹

En un misma línea, ya en el siglo XVIII, aparece Francisco Xavier de Gamboa en sus conocidos Comentarios a las Ordenanzas de Minas. El autor sostiene que todos los aspectos relacionados con la minería deben decidirse conforme a las propias Ordenanzas, sin acudir a órdenes jurídicos extraños.¹⁶² Hay un rechazo implícito a acudir a cualquier norma

159 Veitía Linaje, J. de, *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Buenos Aires, edición facsimilar, publicaciones de la Comisión Argentina de Fomento Interamericano, 1945, libro I, capítulo II, ff. 12-31. Desarrolla el estudio sobre las competencias de tipo gubernativo (libro I, capítulo V, ff. 51-60) y jurisdiccional (libro I, capítulo VI, ff. 61-66) de la casa.

160 *Ibidem*, libro I, capítulo VI, núm. 3, f. 61: “Devo dezir que estas plazas (las de jueces letrados) se han ocupado muy desde sus principios por sujetos de mucha suposición, así de letras como de calidad, y de Colegios mayores, y Cathedras de las principales Universidades deste Reino, y que han salido promovidos á Chancillerías, y Consejos”. Véase además la relación de las personas que ocuparon los principales puestos en libro I, capítulo XXXVII, ff. 398-415.

161 *Ibidem*, libro I, capítulo VI, núm. 13, f. 64: “Ay en esta Sala semanero, como en la de Gobierno, y del cargo del que lo es, y despachos que puede hazer por si solo, se dirá adelante; y como quiere que en Sala de Justicia en todos los casos, y cosas sobre que por derecho municipal de la Real Audiencia de la Contratación se hallare ordenança, ley o instrucción que contenga el caos o negocio sobre el que se litigare, o la pena del delito, que se huviere de castigar, se deva juzgar por ellas, ay una por la cual se manda, que en todas las cosas, y casos que en ellas no estuvieren decididos, se guarden y cumplan las leyes, y prematicas destos Reynos y señoríos”.

162 Gamboa, F. X. de, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*, México, edición facsimilar de la edición madrileña del año 1761, Miguel Ángel Porrúa Editor, 1987, capítulo I, núm. 7, ff. 4 y 5: “Y si estas Ordenanzas que están mandadas guardar por Ley especial de Indias, que habla de la que formó en todas materias este insigne Virrey (se refiere al virrey del Perú, Francisco de Velasco), como à las de Castilla, que no contengan cosa en contrario, debe sujetarse la decisión de la causas de Minas, su economía, gobierno, y beneficio en aquel Reyno; y para los Jueces, Ministros, y Mineros de la Nueva España, son igualmente utiles para aprovecharse de algunos puntos, y noticias, que no se hallen en las Ordenanzas de el nuevo Quaderno, ni en las Leyes de la Recopilación de

extranjera (como podía suceder con el derecho romano), dado que se dice que “de otros Reynos no ay necesidad de mendigar Ordenanzas Metalicas, por ser abundantissimas las nuestras”.¹⁶³ Pero al referirse a la regalía y supremo dominio del rey sobre los recursos mineros, Gamboa vuelve la vista al derecho común,¹⁶⁴ si bien advierte que sobre ese sustrato genérico fueron erigiéndose los diferentes derechos propios que matizaron algunas de las soluciones romanas.¹⁶⁵

Uno de los ejemplos claros de esta nueva tendencia, que rechaza el recurso al derecho romano en beneficio del derecho patrio, lo constituye el guatemalteco José María Álvarez, quien en su obra *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, aparecida entre los años 1818 y 1820 en su país de origen. Este jurista centroamericano entiende que no es posible en ningún caso el recurso al derecho romano, ya que el nuevo derecho nacional y el de Castilla presentan un elenco tan amplio y general de fuentes que hace de todo punto innecesario la referencia al derecho común. Es un jurista más preocupado por la nueva situación en la que se halla su patria, de reciente constitución, con su nuevo ordenamiento jurídico, que de la anterior tradición legal y doctrinal con la que se va a romper, pero no del todo. Con razón María del Refugio González califica a este autor a la obra a que nos referimos como “partaguas” entre el derecho indiano y los subsiguientes derechos nacionales.¹⁶⁶

Indias por ser muy ajustado à razon, que en los puntos omisos se atienda la Ley, ó costumbre de las Provincias mas cercanas, especialmente fraternizando tanto las de el Perú, y Nueva España”. Idea que se reitera en capítulo I, núm. 10, ff. 5 y 6.

¹⁶³ Gamboa, F. X. de, *Comentarios a las Ordenanzas de Minas*, cit., capítulo I, núm. 12 y 13, ff. 6 y 7.

¹⁶⁴ *Ibidem*, capítulo II, núm. 1, f. 10: “Por derecho comun todas las venas, ó minerales de qualesquier metales de oro, plata, ó de piedras preciosas, eran propios de los soberanos, y de su patrimonio...”.

¹⁶⁵ *Ibidem*, capítulo II, núm. 2, ff. 10 y 11: “Por casi universal costumbre de todos los Reynos, y por Estatutos, y Leyes particulares de cada uno, todas las Venas de metales preciosos, y sus frutos se declararon por Regalia, y Patrimonio de los Reyes, y Príncipes Soberanos; como de el Imperio, sus Electorados, Portugal, Aragón, y Cataluña, testifican su establecimiento, y la relacion de varios autores”.

¹⁶⁶ Véase González Domínguez, M. del R., “Las instituciones de José María Álvarez, partaguas entre el derecho indiano y los derechos nacionales (peculiaridades indianas de su obra)”, *AHJE*, vol. VI (1980), pp. 381-404. A mayor abundamiento, véase Guzmán Brito, A., “La literatura de derecho natural racionalista y la literatura de derecho indiano con especial referencia a las Instituciones de José María Álvarez”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. I, pp. 481-498.

Al exponer en su obra un breve *Compendio de la historia del derecho de España*, se refiere a la aplicación del derecho en las nuevas naciones, en una prelación en la que no figura el derecho romano por ninguna parte: es más se excluye la referencia expresamente a los doctores del derecho común.¹⁶⁷ Cuando se alude a las clases de interpretación, diferencia entre una interpretación auténtica (la del legislador), una usual (la del juez) y la doctrinal. De esta última, destaca su valor en función de las razones que se aleguen y del cumplimiento de las reglas de la correcta interpretación, rechazando la *communis opinio* y otros argumentos de autoridad empleados antaño:

Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados esplican alguna ley conforme á las reglas de una justa interpretación. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretación, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanta tengan las razones en que se funden.¹⁶⁸

Finalmente, se refiere de nuevo al orden de prelación de las fuentes del Derecho Indiano, sin que aparezca la mención del derecho romano en ninguno de los supuestos previstos. El juez habrá de acudir a las disposiciones no insertas en la Recopilación de Indias; a las leyes insertas en dicho texto; a las leyes de la Recopilación de Castilla y Autos Acordados; al Fuero Real y al Fuero Juzgo, sin necesidad de prueba; a los

167 Álvarez, J. M., *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, México, UNAM, 1982, ff. 14 y 15: "Diversos los Códigos legislativos y multiplicados cada día mas las reales ordenes y cédulas, un mismo punto se encuentra á veces decidido por disposiciones contrarias. Era necesario que las leyes fijasen el órden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes mismas, y esto es lo que ha hecho la 2 tit. 1 lib. 2 Recop de Ind y la 1 de Toro. Según ellas y otras órdenes posteriores, los asuntos deben despacharse y los pleitos decidirse por las leyes y disposiciones siguientes. 1. Por las ultimas reales órdenes y cédulas comunicadas á las autoridades respectivas por la via correspondiente. 2. Por la real Ordenanza publicada para el establecimiento de intendentes en Nueva España y mandada observar en esta en lo aceptable. 3. Por las leyes de la Recopilación de Indias. 4. Por las de la de Castilla. 5. Por las del Fuero Real sin ser necesaria la prueba de su uso por no estar derogados. 6. Por las de los Fueros municipales que tuviere cada ciudad en lo que fueren usadas y guardadas. 7. Por las de las siete Partidas; y habiendo en ellas oposición ó contrariedad, debe consultarse al rey para que las interprete, declara ó enmiende según previene la ley 3 tit 1 lib 2 Recop de Cast. Lo mismo se ha de practicar cuando en ninguno de los cuerpos de nuestro derecho se encuentre ley oportuna de donde se pueda sacar la decisión que se necesita, por no haber ya facultad para recurrir en estos casos á Bartolo, á Baldo, ni á Juan Andres como mandaba una ley de Madrid, que se halla derogada por la citada ley 3 tit. 1 lib. 2 Recop de Cast".

168 *Ibidem*, t. I, libro I, título I, segunda parte, ff. 40 y 41.

estatutos y fueros municipales de cada ciudad, con los requisitos fijados por el Ordenamiento de Alcalá; a las leyes de Partidas,¹⁶⁹ y finalmente se debe recurrir a la analogía

Se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espíritu y dando á la ley mejor y mas obvia inteligencia.¹⁷⁰

Para terminar con una final referencia al mecanismo de cierre de todo el sistema: “se debe ocurrir al sumo imperante para que forme una ley nueva que lo decida”.¹⁷¹

VII. CONCLUSIONES

A través del examen que hemos propuesto, se ha tratado de hacer factible la construcción de un puente doctrinal que explicase la conexión entre el derecho oficial y el derecho práctico. Como han puesto de relieve numerosos estudios, la praxis judicial y extrajudicial desarrollada en el continente americano era deudora del derecho común y así se ve en numerosos ejemplos en los que se puede poner de manifiesto, como en escrituras de contratos, sentencias ejecutorias, dictámenes y prácticamente todos los documentos de aplicación del derecho. La causa obedecía a la insuficiencia del propio derecho indiano, más preocupado de elaborar todo un aparato de gobierno y de justicia, que de configurar un sistema jurídico completo y global. A resultas de ese carácter incompleto, se hizo necesario desde los comienzos de la colonización recurrir al derecho de Castilla, reino al que se habían incorporado las Indias, dependencia que se ve acentuado, sobre todo, en aquellos campos no contemplados o regulados en la propia legislación indiana. Así en el ámbito del derecho privado, procesal o penal, la extensión de Castilla a las Indias fue prácticamente total.

Ese derecho castellano supletorio, sin embargo, no era en puridad el solo derecho de Castilla. Por medio de interpretaciones dispares, los autores habían concluido que el cuerpo principal de aquel derecho, las Partidas, formaban una especie de síntesis o condensación de la tradición jurídica europea del derecho común, por lo que el recurso a aquéllas com-

169 *Ibidem*, t. I, libro I, título II, ff. 58-61.

170 *Ibidem*, t. I, Libro I, título II, f. 60.

171 *Ibidem*, t. I, libro I, título II, f. 61.

portaba la remisión a todo el derecho romano y el derecho canónico, sus cuerpos legales y las opiniones doctrinales que desarrollaban aquellos. Castilla fue víctima propiciatoria de esta interpretación y las Indias, como no podía ser menos, recibieron esta herencia castellana.

Tenemos, por tanto, dos realidades que se daba la espalda: un derecho oficial que proclamaba la aplicación sin discusión del derecho castellano, y una realidad práctica en la que se recurría de manera continua al derecho romano. ¿Cómo se dio ese paso? Aquí es donde encuentra su asiento la opinión jurisprudencial.

El germen de todo este proceso vino dado por la actuación de los juristas. Formados en las universidades hispanas y americanas, donde lo único que se enseñó fue el derecho común hasta finales del siglo XVIII, los juristas procedieron a volcar en la praxis todo el conocimiento que habían adquirido en el seno de esa tradición. No es extraño que, de forma directa o indirecta, sus escritos doctrinales o prácticos remitan a numerosos textos romano-canónicos o las opiniones sustentadas por otros doctores dentro de la misma corriente de pensamiento.

Las bibliotecas de estos juristas, teóricos o prácticos, dan buena prueba de ello. Pobladas de las ediciones más reputadas de los principales textos, normativos o no, constituyen el arsenal ideológico con arreglo al cual van a operar. Sus propias creaciones doctrinales son tributarias de los estilos o formas literarias que se gestaron en Europa y su modo de razonar en el campo del derecho bebía asimismo de las maneras que allá por el siglo XIV habían creado Bártolo y demás autores, en consonancia con el ambiente de exaltación del pensamiento aristotélico que se vivían en aquel entonces. Las reacciones contra ese “modo itálico” también se dejaron sentir en las Indias de una manera bastante tímida y restringida, pero las hubo (otra prueba de la comunidad cultural forjada).

Dentro del pensamiento de los principales tratadistas del derecho indiano, hemos procedido a efectuar una tripartición en virtud de sus pronunciamientos respecto al papel del derecho romano. Las posiciones no fueron unánimes, mas es preciso destacar que el pensamiento de los peritos en Derecho no fue algo estático, sino que fue evolucionando conforme a las necesidades de los tiempos en que debían actuar.

En primer lugar, se han agrupado todos aquellos autores, pertenecientes al siglo XVII, que proclaman sin ambages la vigencia de aquél en Indias. Se trataría de los juristas más célebres y reputados de la doctrina. Sus obras presentan caracteres de totalidad, dependencia mayúscula de

los europeo, de lo hispánico, sin por ello carecer de originalidad. Sus posturas manifiestan una clara conexión con el derecho europeo y eso se traduce en la remisión que hacen al mismo, sin ninguna clase de restricciones.

En un segundo bloque, se sitúan los prácticos de los siglos XVII y XVIII. La finalidad de sus textos es otra: no tanto crear grandes aparatos sistemáticos de derecho indiano, sino explicar de forma sencilla y clara cómo se debe proceder en la práctica jurídica cotidiana. La preocupación, pues, es otra. No hay pronunciamientos expresos sobre la cuestión central de la que nos hemos ocupado. Hay un silencio sospechoso. Pero las dudas se disipan en el momento en que observamos cuáles son las fuentes en las que se han basado: las mismas que las de los autores del mismo grupo. Sin embargo, estimaban irrelevante esa discusión y centraban sus esfuerzos en señalar la explicación de algunas normas de la Recopilación de 1680 o en completarla con los sucesivos textos normativos que fueron surgiendo en el último cuarto del siglo XVII y en el XVIII.

Por último, el Siglo de las Luces provocará una convulsión enorme en el pensamiento jurídico europeo. No hay un rechazo expreso del derecho romano en sí mismo considerado, sino de la forma ilegítima y abusiva con la que aquél ha sido empleado. La inobservancia del derecho propio, el desprecio cierto que hacia el mismo se tenía, las citas interminables de autores y leyes romano-canónicas, la pasividad de los abogados, adaptados a la perfección a un sistema judicial que les permitía tales excesos (denunciados expresamente por normas jurídicas) y un sinfín de irregularidades más, coadyuvaron a la aparición de un espíritu crítico que se tradujo en unas tímidas medidas de cambio. La reivindicación de los derechos nacionales, la implantación de su estudio en las Universidades y la restricción a la aplicación del antiguo orden jurídico ponen de relieve esos aires de cambio. Los autores que viven en estos momento de convulsión plasman en sus textos esas nueva manera de interpretar el derecho.

Sin embargo, debe ser resaltado el ambiguo resultado que se producirá en todo este proceso. Las ideas del siglo XVIII serán las bases de partida para todo el proceso codificador, pero la postura respecto al derecho común no implicó un rechazo absoluto del mismo. En ciertos campos, existía una clara incompatibilidad (derecho público o derecho penal), forzada por las bases ideológicas que remozaron totalmente la organización del Estado o el sistema punitivo. Pero en otras ramas, no hubo tal ruptura. Los casos del derecho privado o procesal son los casos paradigmáticos.

Se fue plasmando poco a poco en los principales cuerpos normativos que aparecen en América a lo largo del XIX y de esa manera estamos en condiciones de afirmar la existencia de una “tercera vida”, de una nueva resurrección del derecho romano, sumada a la que se dio en tiempos del mismo Imperio romano y en la Edad Media con el trabajo de glosadores y comentaristas. La codificación, por tanto, no combatió abiertamente al derecho romano. Antes bien, se valió de él, de sus textos, de sus categorías y principios, de su espíritu, para forjar pausadamente los modernos derecho nacionales. Los nombres ya mencionados de Andrés Bello, Teixeira de Freitas o Vélez Sarsfield, ejemplifican a la perfección ese enlace capital entre el derecho del antiguo régimen y los nuevos derechos nacionales, motivado en parte por la profunda formación romanista de los encargados de elaborar ese derecho, que solamente era nuevo en parte.

Con estas líneas, hemos tratado de resaltar el profundo influjo que el derecho romano causó en América mediante las voces autorisadísimas de los juristas más relevantes de la época colonial. Esperemos que sirvan de impulso para desarrollar en el futuro nuevos trabajos sobre la materia, que animen al estudio de esa realidad tan compleja y atractiva, tan necesaria y paradójica, como fue el derecho indiano.