

DERECHO ESPAÑOL EN AMÉRICA, DERECHO CASTELLANO VULGAR Y DERECHO INDIANO (UNA POSIBLE INTEPRETACIÓN HISTÓRICA)

Por Fernando Alejandro VÁZQUEZ PANDO

Profesor de la Universidad Anáhuac y de la Universidad Iberoamericana. México.

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Enunciación de la hipótesis que se propone:* 2.1. *Estado de las investigaciones indiano-privatistas.* 2.2. *Concepto de Derecho vulgar.* 2.3. *El Derecho privado de la América Española, como Derecho Castellano Vulgar.* 3. *Algunos datos que parecen apoyar la hipótesis propuesta:* 3.1 *En cuanto a la vulgarización interna:* 3.1.1. *Difuminación de las diferencias entre propiedad y posesión.* 3.1.2. *Simplificación de formalidades.* 3.1.3. *El principio "favor indiis".* 3.2. *En cuanto a la vulgarización externa:* 3.2.1. *Inobservancia del orden de prelación.* 3.2.2. *Uso indirecto de fuentes.* 3.2.3. *Aparición de la síntesis.* 3.2.4. *La vulgarización externa y la doctrina jurídica.* 3.2.5. *Posible interpretación de conjunto.* 4. *Síntesis retrospectiva.* 5. *Importancia de la cuestión.* 6. *Labor pendiente.*

1. *Introducción*

Esta breve comunicación tiene como finalidad única, proponer una posible hipótesis de investigación del Derecho privado de la época de la dominación española en América y, apuntar algunos datos que parecen apoyarla.

La finalidad anterior, nos obliga a la exposición sintética: nos limitamos a enunciar la hipótesis y, muy brevemente, a comentar algunos datos que permiten, a nuestro juicio, no considerarla del todo desechable para, finalmente, indicar por qué se considera el enfoque que se propone de tan especial importancia.

El profundo conocimiento del Derecho español en el Nuevo Mundo, que caracteriza a los demás congresistas, me permite prescindir de la constante remisión a las fuentes y bibliografía relevantes, en el caso, además, muy obvias.

2. *Enunciación de la hipótesis*

2.1. *Estado de las investigaciones indiano-privatistas*

El Derecho privado de la época de la dominación española en América, ha encontrado magníficos investigadores, si bien los temas que el mismo comprende están muy lejos de haber despertado tanto interés

como aquellos del Derecho público. Sin embargo, a pesar de las magníficas investigaciones existentes en la materia, no se han trazado aún lo que pudiéramos denominar líneas directrices que permitan caracterizar ese Derecho privado.

En efecto, el historiador del Derecho, partiendo de ese lugar común que es la afirmación de que el derecho privado de la época virreinal es, básicamente, el Derecho castellano de la época, pues era éste aplicable en el Nuevo Mundo, sin que parezca que el mismo haya sufrido un proceso de adaptación tan vigoroso e importante como el que se dio con el derecho público y, tal vez por ello, no ha pretendido caracterizarle, y ha limitado su labor a hacer notar las diferencias de importancia, casi todas ellas originadas en el ámbito del Derecho público.

A pesar de ello, y admitida la veracidad indiscutible de la afirmación según la cual el Derecho privado en Indias sea básicamente Derecho castellano, tal vez valdría la pena preguntarnos si ese Derecho privado ofrece características especiales que permitan diferenciarlo —reclamando un lugar propio— del Derecho castellano aplicable en la entonces Metrópoli.

2.2 *Concepto de Derecho vulgar*

En esa labor caracterizadora, parece tener especial relevancia el concepto de “Derecho vulgar”, para cuya construcción habremos de acudir al elaborado por los romanistas.

Es bien sabido que, en la época postclásica del Derecho romano, se presenta un fenómeno de decadencia que ha permitido construir el concepto de Derecho romano vulgar.

Ese fenómeno de “vulgarización” se caracteriza, podríamos decir, por diversos síntomas: por una parte existe, lo que pudiera llamarse la vulgarización “interna”, consistente fundamentalmente en la simplificación de las formalidades, así como en el desdibujamiento de las diferencias existentes entre las figuras afines o relacionadas, llevándolas a una confusión y a veces identificación con aquella que resulte más obvia o sencilla, o simplemente, menos técnica.

Aparte de este fenómeno de vulgarización que hemos llamado “interna”, en tanto se refiere a las instituciones jurídicas mismas, se da otro que, por contraposición, podríamos llamar “externa”, consistente principalmente en el uso indirecto de fuentes, abandono de los textos de los grandes juristas y aparición de los resúmenes, sinopsis y notas de las obras de la jurisprudencia clásica.

Lo anterior nos permitiría construir el concepto de “Derecho vulgar” a partir de las notas señaladas, cuya presencia en un momento histórico dado, nos permitiría hablar de un fenómeno de “vulgarización” del Derecho.

2.3. *El Derecho privado de la América Española, como Derecho vulgar.*

Pues bien, existen diversos datos que permiten considerar que el Derecho Privado en la época de la dominación española acusa los síntomas de un derecho vulgar, según la caracterización arriba hecha y, dado que tal fenómeno afecta al Derecho castellano, que era el aplicable en el ámbito privado, permite caracterizar al primero como Derecho castellano vulgar.

3. *Algunos datos que parecen apoyar la hipótesis propuesta*

3.1. *En cuanto a la vulgarización interna*

3.1.1. *Difuminación de las diferencias entre propiedad y posesión*

Al respecto, es de capital importancia traer a colación al genial dominico que fuera Francisco de Vitoria, quien, al preguntarse a finales de 1538 o principios de 1539 en su *Primera Relección de Indias*, sobre la legitimidad de la propiedad de los indios, contesta que éstos eran señores pública y privadamente a la llegada de los españoles, ya que los mismos se encontraban en pacífica posesión de las cosas, con lo cual da a la posesión un efecto legitimador que va a ocasionar su transformación en propiedad.

En la época, a pesar del efecto legitimador de la posesión de año y día que, por influencia germana, puede encontrarse en diversas fuentes hispanas, el concepto de propiedad y el de posesión eran claramente diferenciables, a pesar de lo cual, el genial dominico sostiene que, en virtud de estar en posesión pública y pacífica de sus cosas, eran los indios verdaderos dueños. La idea, que con el tiempo habría de convertirse en norma de Derecho internacional, permite así una identificación que habrá de pasar a derecho vigente, de cuya observancia hay pruebas suficientes.

Es interesante traer a la memoria que el desdibujamiento de las diferencias entre propiedad y posesión es, precisamente, una de las características del Derecho romano vulgar.

3.1.2. *Simplificación de formalidades*

La tendencia a identificar propiedad y posesión arriba señalada, es la que permite al indígena acreditar su propiedad sin necesidad de producir título legítimo, bastándole su propio dicho en muchos casos, para que deba tenersele por propietario.

Lo anterior, es sin duda, una simplificación de la prueba, y puede considerarse, en sí mismo, como un fenómeno de vulgarización por simplificación de formalidades. No es necesario destacar la diferencia entre el dicho de quien alega la titularidad, y la complejidad de producir un título que legitime la propiedad de un fundo.

Pero el fenómeno de simplificación no se da tan sólo en materia de prueba en protección del indígena, lo cual es una derivación del principio de "favor indiis" a que más adelante haremos referencia, sino también en aspectos más generales, de muy diversas materias, como, para citar un par de ejemplos, con respecto a las autorizaciones y dispensas para contraer matrimonio, lo cual ya han hecho notar, entre otros Ots y Capdequi.

3.1.3. *El principio "favor indiis"*

Por analogía al propuesto por Biondo Biondi, en relación al Derecho romano cristiano —el principio "favor debitoris"—, podría hablarse en el Derecho indiano de un principio "favor indiis", cuyo nacimiento se remonta, cuando menos, a las instrucciones dadas a Colón en Barcelona, y, del cual van a ir derivando una serie de medidas protectoras a favor del indio, que en más de una ocasión consistirían en establecer figuras simplificadas para que el indígena haga valer sus derechos —como en el caso ya mencionado en materia de prueba de la propiedad— o lleve a cabo sus demás actividades de índole jurídica.

Es cierto que el principio mencionado nace en el Derecho público, e incluso que muchas de sus aplicaciones —acaso las más importantes— se dan en una rama del Derecho público: el Derecho procesal. Pero no debe olvidarse que las simplificaciones en el ámbito de lo procesal, en más de una ocasión llevan a una simplificación en el ámbito del Derecho sustantivo, como se ve claramente en el arriba comentado sobre la propiedad.

Además, muchas de las consecuencias del que hemos llamado principio de "favor indiis" se dan en el Derecho privado, como lo es el conjunto de normas relativas a la capacidad para contratar y las condiciones de contratación en los contratos de prestación de servicios, en aquella época en la cual no se vislumbra siquiera la posibilidad de que algún día existiera un Derecho laboral susceptible de ser encuadrado en el ámbito del Derecho público. También pueden encontrarse disposiciones especiales, reflejo de este principio, por lo que se refiere a testamentos.

Otro ejemplo de interés nos lo da la ley XXV del título XXIV del libro II de la Recopilación de Indias, la cual ordena a los abogados no dilatar los pleitos y abreviarlos cuanto fuere posible "especialmente los de indios" a los cuales deben cobrar moderadamente y ser verdaderos protectores de sus personas y bienes.

Lo anterior, parece apuntar la necesidad de que al Derecho privado de Indias, se le dé un lugar propio, como Derecho privado indiano.

3.2. *En cuanto a la vulgarización externa*

3.2.1. *Inobservancia del orden de prelación*

Es también un lugar común, señalar que en el Nuevo Mundo las Partidas adquirieron un prestigio aún mayor que en la Península, llegando a ser invocadas en los tribunales con enorme frecuencia.

Lo anterior, si bien pone en alto el merecimiento de la obra alfonsina, no deja de implicar la inobservancia del orden de prelación de las leyes en vigor, y, en cierta medida, una forma de simplificación.

En efecto, debe tenerse presente que el Derecho castellano de la época, es un Derecho sumamente complejo por el estado de dispersión normativa en que se encuentra. Esta dispersión, a más de dificultar su estudio y consulta, hacía necesario establecer un orden de prelación, mismo que, como es bien conocido, se estableció en diversos casos, pero dando siempre a las Partidas un papel meramente supletorio.

Ese orden de prelación debía, obviamente, ser observado en el Nuevo Mundo pero, como es bien conocido, parece que el mismo fue en la práctica alterado. La enorme discrepancia de opiniones sobre el orden de prelación que acusan los autores, parece indicio bastante de la falta de observancia e, incluso, de la falta de consulta directa de las fuentes.

La falta de observancia del orden de prelación, se deja ver en mayor grado a través de las obras doctrinarias, pero existe también en compilaciones sancionadas, si bien en menor grado.

Ante la complejidad del Derecho castellano, resulta explicable que se acudiese a las Partidas, pues éstas no solo eran la fuente mejor sistematizada sino que, lo que es muy importante, eran la que cubría un mayor número de materias.

Con lo anterior, se evitaba tener que orientarse en el complejo mundo de aquella enorme cantidad de leyes, no siempre ordenadas, y no siempre fácilmente conciliables e incluso de difícil consulta por su escasez. Así, la preponderancia de las Partidas acusa ya un primer intento de simplificación de las fuentes.

3.2.2. *Uso indirecto de fuentes*

Un paso más se da en ese proceso de simplificación, cuando en lugar de acudir a las fuentes directas, se acude a ellas indirectamente, a través de manuales, notas y sínosis.

De tal uso indirecto es indicio, como arriba señalábamos, la divergencia entre los autores con respecto al orden de prelación, pero es de mucho mayor importancia el que figuras como Prudencio Antonio de Palacios hagan referencia constante a las fuentes en forma indirecta, como ha encontrado en la investigación del manuscrito que realiza la doctora Bugeda.

Está pendiente aún la localización de esas fuentes indirectas, para analizar su veracidad, pero es ya por sí importante el que se acuda a “la glosa y doctores” para utilizar el giro de Palacios, en lugar de acudir directamente a las fuentes.

Según la información que me ha proporcionado al respecto la doctora Bugada, Palacios cita siempre indirectamente el derecho romano, una investigación más minuciosa podría llevar a la determinación de que también con respecto a otras fuentes, sus referencias eran indirectas.

Es cierto que este fenómeno no parece ser sino el mismo que se da en España, en la que a fines del siglo XVIII el Derecho romano se estudia, tan sólo, como un conjunto de “sentencias de sabios”, pero parece ser que en Indias es más general y se da con fuentes de mayor relevancia, por su superior jerarquía según los órdenes de prelación.

3.2.3. *Aparición de las sîpnosis*

Un dato de gran importancia para el tema que nos ocupa, es el encontrado por la profesora González Domínguez: se trata de una suscripción pública a una edición compendiada de las Partidas, aparecida en un folleto en México en el año de 1835.

El dato es de mayor importancia aún, si se toma en consideración que la suscripción lo era para una *nueva* edición, de una obra previamente publicada en España y ahora corregida y aumentada por un abogado mexicano.

3.2.4. *La vulgarización externa y la doctrina jurídica.*

En cuanto a bibliografía jurídica, es interesante reflexionar sobre datos como los siguientes:

3.2.4.1. En el año de 1868 se publica en México la traducción al español de las Explicaciones de Ever Bronchorst al Título del Digesto de diversas reglas de Derecho antiguo, elaborada por el licenciado Pedro Ruano (Imprenta de Lara, México, 1868).

El traductor claramente dice en su prólogo que la obra va concordada y que “En cuanto a las concordancias, hemos procurado hacerlas con todas las leyes... y cuando no hemos encontrado ley terminante para la concordancia, hemos recurrido a los autores de más nota, prefiriendo siempre a los regnícolas, en razón de que, estando instruidos en nuestro Derecho, sus opiniones, y su testimonio respecto a nuestras prácticas, tienen en el foro un valor y una respetabilidad que no siempre pueden alcanzar los autores extranjeros. Inútil es decir que cuando hemos encontrado alguna ley romana que no esté en consonancia con la dispuesto

por nuestro Derecho, hemos marcado la diferencia en la nota respectiva”.

Pues bien, si se revisan tales concordancias, se encontrará que las mismas son, en la inmensa mayoría de los casos, a las Partidas, y tan solo en muy pocos a otras fuentes, entre las cuales se limita a hacer referencia, en una que otra ocasión, el Fuero Real, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y el Ordenamiento de Alcalá. Hace referencias al derecho mexicano posterior a la Independencia, especialmente a la Constitución, pero tanto éstas cuanto aquellas son francamente minoritarias, en comparación a las constantes referencias a las Partidas y a la glosa de Gregorio López. Más abundantes que fuentes distintas a las Partidas, son las referencias a los autores, entre los cuales cita a Hermosillo, Cevallos, Parladorio, Antonio Gómez, Cuyacio, Covarrubias, Molina, Guzmán, Spino, Menochio, Olea, Acevedo, Vinnio, Merlin, Paz, Ayllon, Salgado, Gutiérrez, Castillo, Nigr, Cyrie, Pareja, Solórzano, Gothofredo, Carleval, Conde la Cañada, Ferraris, Mattheu, Sánchez, Bobadilla, a más de la Curia Filípica y el Febrero Mexicano.

Evidentemente, y al igual que en la Península sucede, muchas de las referencias a las Partidas lo son a la glosa de Gregorio López.

¿Por qué esa preponderancia de las Partidas y de la glosa de Gregorio López? ¿Por qué la falta de referencia a otras fuentes que, según el orden de prelación, son jerárquicamente superiores? ¿Por qué la constante referencia a los autores, en lugar de a las fuentes directas?

Desde luego, la dificultad de consulta, derivada de la escasez de las obras, es un factor importante. Pero la consecuencia apuntada no pierde importancia por lo pragmático de su origen.

3.2.4.2. Cuando Vicente González de Castro elabora su proyecto de Código Civil a mediados del siglo XIX, concretamente en 1839, no pretende introducir innovación alguna al Derecho vigente, sino tan sólo sistematizarlo conforme a los principios del Código Napoleón.

De ahí que en su obra indique constantemente la fuente de la que toma cada disposición, siendo tales referencias principalmente a las Partidas, y algunas obras, entre las que destaca la Curia Filípica.

3.2.4.3. La preponderancia de las Partidas es aún más notoria en las famosas *Pandectas Hispano Meggicanas* de Rodríguez de San Miguel cuya nueva edición, la de 1852, es prácticamente una resistemización de las Partidas, con algunas modificaciones derivadas del derecho de la nueva nación.

De los cuidadosísimos índices del autor, claramente resulta que las fuentes principales de su obra son, según su importancia: a) Las Partidas; b) La Novísima Recopilación; c) Las Leyes de Indias; d) Las Leyes

de Toro; y e) La Compilación de Montemayor y Beleña, a más de un sinnúmero de cédulas, órdenes, circulares, etcétera.

La preponderancia de las Partidas se anuncia ya desde el *Discurso preliminar*, en el que el autor incluye una verdadera apología de ellas y en el que el autor, explicando su método, claramente indica que "Tomando por base las Partidas y la Recopilación Novísima..., me propuse distribuir a los lugares que creo oportunos de esos códigos la legislación posterior dispersa..." (tomo I, p. XIV-XV), y en el cual, refiriéndose a su obra, señala: "siempre resultará en ella la legislación, en solo tres volúmenes, menos confusa que la que está hoy en quince, sin contar lo no recopilado..." (p. XVI), siendo tales quince volúmenes los cuatro de las Partidas, cuatro de la Novísima Recopilación, cuatro de la Recopilación de Indias, dos de Montemayor y Beleña y uno "que contiene los Decretos útiles de las cortes de España, a merced de los trabajos benéficos de un particular, pues los auténticos o de autoridad pública son siete tomos" (ib. nota 1 al pie), con lo cual el autor implícitamente niega el carácter de legislación a las demás fuentes hispanas, entre ellas a la Nueva Recopilación, las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Real, etcétera.

3.2.4.4. También en las doctrinas del guatemalteco, José María Álvarez, reproducidas por Rodríguez de San Miguel en sus *Pandectas*, las remisiones del autor, lo son muy preponderantemente a las Partidas, salvo algunas, poco frecuentes, a la "recopilación de Castilla".

3.2.4.5. Por su parte, Francisco de Paula Ruanoba en sus *Lecciones de Derecho Civil*, de 1871, dice:

"Entre las diversas obras que tuve a la vista para adoptar la que me había de servir de guía en las presentes lecciones, ninguna encontré más a propósito que la del Febrero de Goyena, obra que por la solidez de sus doctrinas, claridad, precisión y buen orden de ellas, ha recibido una aceptación general no sólo en el Foro Mexicano, sino en todo el Español, así es que estas lecciones no son otra cosa, que un compendio de aquella obra en la parte civil, con las modificaciones que algunas de sus doctrinas han recibido por nuestra legislación" (p. XI).

A pesar de la aparente erudición del autor, quien incluye noticia sobre los ordenamientos aplicables y se refiere al orden de prelación (p. 23, tomo I), sus referencias a las Partidas son abundantísimas y mayoritarias.

3.2.4.6. Ya en ocasión anterior, la profesora González Domínguez hacía notar la preponderancia de las Partidas en la Sala, el Febrero y otras obras de la época, así como en la práctica de los tribunales.

Es cierto que las obras a que nos hemos referido, datan de una época que, estrictamente, no pertenece ya a la Historia del Derecho Indiano, pero no debe olvidarse que a esas fechas aún no se llegaba a establecer un derecho privado nacional y se mantenía en vigor el virreinal.

Debe además, tomarse en cuenta, que las prácticas jurídicas requieren de cierto tiempo para llegar a las obras doctrinales, especialmente cuando éstas son de un nivel erudito, en el cual caería la totalidad de las mencionadas, pues siempre el jurista se resiste a incorporar prácticas que no están de acuerdo con su formación académica.

3.2.5. *Posible interpretación de conjunto*

Si se reflexiona en los datos anteriores, podría pensarse en un proceso de vulgarización externa conforme a los siguientes pasos:

1. En primer lugar, se tiende a simplificar el derecho existente, desconociendo o "saltando" el orden de prelación y acudiendo a las Partidas, que ofrecen la ventaja de su mayor amplitud material y su mejor sistematización, a más de que sí pueden ser consultadas.

2. Las Partidas se utilizan en cierta medida, indirectamente, a través de la Glosa de Gregorio López.

3. Posteriormente, se empiezan a utilizar mediante sínosis, notas y obras doctrinales.

4. *Síntesis retrospectiva*

Los datos anteriores, a pesar de lo escasos y lo mucho de investigación que está por hacerse, parece suficiente para proponer como hipótesis de investigación del Derecho privado de la América española durante la dominación, el que este fuera un Derecho castellano vulgar, caracterizado por los siguientes rasgos:

1. La difuminación de las diferencias entre figuras afines o relacionadas.
2. La simplificación de las formalidades, tal vez junto con una derivación del principio siguiente, antecesor de la suplencia de la queja en el juicio de amparo.

3. El principio "favor indiis".

4. El uso de las Partidas, en desconocimiento del orden de prelación, como una medida de simplificación de la enorme complejidad del derecho existente.

5. El uso indirecto de las Partidas —primero a través de Gregorio López y después a través de obras doctrinales y sínosis—, y de las demás fuentes jurídicas.

Lo anterior, justificaría hablar de un Derecho privado indiano, para denotar que se trata de un Derecho propio y peculiar del mundo hispano-americano, en virtud del proceso de adaptación que sufre el derecho privado castellano.

5. *Importancia de la cuestión.*

De resultar acertada la hipótesis propuesta, y en cierta medida esbozada hace años por el profesor Basadre con respecto al Perú, se daría un paso más en la labor de encontrar las grandes constantes en la Historia General del Derecho.

En efecto, parece ser que la vulgarización, es una constante que se presenta en todos aquellos casos, en que se da un encuentro entre derechos de grado distinto de evolución, si a tal encuentro se une una tendencia a adecuar el sistema más evolucionado a las necesidades del grupo humano cuyo derecho se encuentra en un menor grado de evolución.

En el caso que nos ocupa, es indudable la mayor evolución y complejidad del derecho castellano, como lo es el deseo profundo, en mucho derivado de convicciones cristianas —esa fuerza civilizadora, que, junto con el Derecho romano tanto ha hecho por occidente—, de buscar soluciones adecuadas a las necesidades del Nuevo Mundo.

Esos dos ingredientes —mayor evolución y deseo de adaptación— parecen ser la causa generadora de lo que suele denominarse “vulgarización” del derecho, que si bien implica un cierto tipo de involución desde el punto de vista técnico jurídico, denota también una búsqueda profunda de la equidad —justicia adaptada a las peculiaridades del caso, como diría el Estagirita— y, por ello, denota un profundo sentido humanista, que antepone los contenidos valiosos a las estructuras formales.

6. *Labor pendiente*

A nadie escapa que la verificación de la hipótesis propuesta implica una ardua tarea, en tanto requiere, entre otros, un amplio análisis de las resoluciones de casos concretos, que permitan ponderar la medida en que se acudía indirectamente a las fuentes, se simplificaban los procedimientos y las figuras jurídicas... así como una búsqueda y análisis de la bibliografía jurídica de la época, para determinar si se da —con extensión suficiente— el fenómeno de aparición de *sipnosis*, notas y resúmenes, y el estudio de las instituciones del Derecho privado con un nuevo enfoque.

La tarea es ardua, pero también prometedora, en tanto desde ahora parece vislumbrarse un momento de profunda creatividad del humanismo, esa actitud ante la realidad a la que tanto debemos, y por la que tan poco se hace hoy en día.