

# EL DERECHO CASTELLANO DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO INDIANO

Beatriz BERNAL<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho indiano y derecho castellano*. III. *El orden de prelación en la legislación castellana: el "Ordenamiento de Alcalá" y los grandes cuerpos legislativos que le precedieron y sucedieron*. IV. *El orden de prelación en la leyes de Indias: el caso especial de la Nueva Recopilación de Castilla*. V. *¿Se llegó a aplicar la "Novísima Recopilación" en Indias?* VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Para el sistema o estatuto que rigió durante más de tres siglos la vida jurídica de los territorios americanos se ha acuñado ya el término de derecho indiano. Esto no es de extrañar, "Indias Occidentales" fueron llamadas en la época dichas extensas y remotas tierras; "Real y Supremo Consejo de Indias" su máximo organismo de gobierno; "Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias", el único cuerpo de sus leyes que fue promulgado a finales del siglo XVII, y "Política Indiana", su más importante obra doctrinal.<sup>2</sup>

1 Universidad Complutense de Madrid.

2 Al igual que hoy en día, que se discute sobre la adecuación de los términos: Latinoamérica, Iberoamérica, Hispanoamérica o América española para denominar las tierras situadas al sur del río Bravo, desde el siglo XVI hasta el XIX, en Europa se desarrolló una amplia, erudita y polémica bibliografía en torno al nombre del nuevo continente descubierto por Colón en 1492. Pues bien, "Las Indias" fue la denominación más común que se le dio en España, y la más utilizada por los juristas españoles en los albores del siglo XV. Luego, para distinguir al territorio continental y de las Antillas de las islas asiáticas (principalmente las Filipinas) también sometidas a España, se añadió el adjetivo: Occidentales. Esto fue debido a que cuando Colón descubrió América creyó que había arribado a la India. Además, correspondía a la concepción tripartita medieval que dividía al mundo en tres

Ahora bien, ¿qué fue exactamente el derecho indiano?, ¿cuáles fueron sus componentes? A responder estas preguntas dedicaré la primera parte de este trabajo, adelantando que al definir el derecho indiano utilizaré el criterio más amplio que se ha usado para su conceptualización;<sup>3</sup> definición que incluye al derecho castellano que se aplicó en Indias como uno de sus componentes más extensos e importantes. Es por ello que el acápite segundo de este escrito se titula: "Derecho indiano y derecho castellano."

Una vez definidos ambos sistemas jurídicos, las siguientes preguntas que me planteo son: ¿en qué forma el derecho castellano quedó integrado al indiano? ¿en qué medida se aplicó en Indias? ¿cuáles de sus cuerpos legislativos gozaron de mayor aceptación en el mundo americano y por

continentes: Europa, Asia y África. Años después, Américo Vespucio, como resultado de sus viajes a los territorios descubiertos, estableció la noción de un nuevo continente. Con ello se produjo el tránsito de la concepción tradicional tripartita de la tierra a la concepción moderna de un sistema abierto que permitía la inclusión de un cuarto continente: América. Fue entonces cuando surgió el problema de la denominación que había de darse a éste. Sin embargo, a pesar de la difusión que alcanzó en toda Europa el *Mundus Novis* de Vespucio (1503) y del famoso tratado de Martin Walseemuller: *Cosmographiae Introductio* (1507) que consagró el nombre de América, en España, como ya hemos dicho, se le siguió denominado: "Las Indias". Esto fue debido, en parte, a que así siguieron llamándole los historiadores de la época, principalmente Gonzalo Fernández de Oviedo en: *Sumario de la Natural Historia de las Indias* (1526); Bartolomé de las Casas en: *Historia de las Indias* (1527-60) y Francisco López de Gómara en: *Historia General de las Indias* (1522). Ver de Beatriz Bernal la voz: "Indias Occidentales", en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, t. III, 1987. También, de Levellier, Roberto: *América, la bien llamada*, Buenos Aires, Kraft, 1948, 2 vols., y de O'Gorman, Edmundo: *La idea del descubrimiento de América: historia de esa interpretación y crítica de sus fundamentos*, México, UNAM, 1976.

3 En sentido estricto, el derecho indiano ha sido definido como el conjunto de disposiciones legislativas que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas, tanto en España como en América, para ser aplicadas, con carácter general o particular, en todos los territorios de las Indias Occidentales. Los que así definen el derecho indiano se basan en un criterio legislativo. Esto es, atienden al órgano que expidió la disposición. También a la especialidad de la norma, dejando de lado otros estatutos jurídicos que en gran medida se aplicaron en América. En sentido amplio, se entiende por derecho indiano el sistema jurídico que estuvo vigente en América durante los tres siglos de dominación española. Abarca, no sólo las disposiciones dictadas para las Indias desde la Metrópoli y las promulgadas en los territorios americanos por las autoridades delegadas, sino también las normas del derecho castellano que se aplicaron como supletorias, y las costumbres jurídicas de los indígenas que se incorporaron *secundum legem* o se mandaron guardar por la propia legislación indiana. Quienes así lo definen atienden a un criterio de aplicación normativa. Es este el criterio que utilizo por considerarlo el más adecuado. Ver de B. Bernal, "Derecho indiano", voz del *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., t. II, pp. 993-995; "El derecho indiano", *Omnia*, México, 1987, año 3, núm. 7. Ver también de Alfonso García-Gallo, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970; de Víctor Tau Anzoátegui, *Qué fue el derecho indiano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Monografías Jurídicas 148, 1982 y de Ots Capdequí, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968. Estos autores siguen también el criterio de aplicación antes explicado.

qué? Estos cuestionamientos obtienen respuesta en los acápites III y IV que tratan de los órdenes de prelación que quedaron establecidos, primero en el ordenamiento castellano promulgado en 1348 en Alcalá de Henares, y siglos más tarde en la recopilación de Indias de 1680.

Fuera del orden de prelación quedó, por razones obvias, la Novísima Recopilación, ese cuerpo de leyes imperfecto y desfasado que se promulgó en Castilla en los albores del siglo XIX. A analizar su posible vigencia y aplicación en una América en pleno proceso independentista dedico el acápite V.

Por último, como conclusión, propongo un orden de prelación que abarca los cuatro estatutos jurídicos que, en mi opinión, rigieron en las llamadas Indias Occidentales, entre ellas la Nueva España, durante los tres siglos de dominación española en América. Dentro de dichos sistemas jurídicos, el derecho castellano ocupa un importantísimo lugar, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo.

## II. DERECHO INDIANO Y DERECHO CASTELLANO<sup>4</sup>

Se le denomina derecho indiano al sistema jurídico que se aplicó en la América española continental durante los siglos XVI, XVII y XVIII, extendiéndose en el tiempo al siglo XIX en Cuba, Puerto Rico y las islas Filipinas. Este derecho abarca, no sólo las normas promulgadas especialmente para las Indias en la Metrópoli por sus órganos legislativos, y las dictadas en los territorios americanos por sus autoridades delegadas, sino también las normas de derecho castellano que se aplicaron como supletorias, sobre todo en materia de derecho privado, y las costumbres indígenas que se incorporaron o se mandaron guardar por la propia legislación indiana, por no contradecir ésta, ni los principios de la religión católica.

Con base en la definición anterior, y atendiendo a los componentes que lo integran, el derecho indiano puede clasificarse en: 1) derecho indiano metropolitano o peninsular: conjunto de disposiciones legislativas que emanaron del rey o de los órganos colegiados radicados en la Metrópoli (el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, principalmente); 2) derecho indiano criollo: normas expedidas por las autoridades delegadas en América, en especial los virreyes, las audiencias y los cabildos; 3) derecho castellano: sistema jurídico que, con el aval de la

<sup>4</sup> Ver de B. Bernal, las voces: "Derecho indiano" y "Derecho castellano" en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., t. II, pp. 993-995 y 961-963, respectivamente.

propia legislación indiana, y con carácter supletorio y subsidiario, se aplicó en las Indias desde que éstas fueron incorporadas a la Corona de Castilla y; 4) derecho indígena, grupo exiguo de costumbres jurídicas prehispánicas que, también con el aval de las leyes de Indias, sobrevivieron, integradas o permitidas por ellas, durante el periodo colonial.

Desde un punto de vista formal, el derecho indiano nació tres meses y medio antes de que Cristóbal Colón zarpara del puerto de Palos de Nogueira en su primer viaje de descubrimientos, y con casi seis meses de anterioridad a su arribo a la isla Guanahaní. Su certificado de nacimiento fueron las Capitulaciones de Santa Fe, fechadas el 17 de abril de 1492. En ellas se establecieron las bases jurídicas con las cuales se iba a gobernar un mundo aún desconocido: el Nuevo Mundo. Como es lógico suponer, en dichas capitulaciones no se tomaron en consideración las peculiaridades del variado y extensísimo territorio que un día había de regir España. Estas se basaron en los principios jurídicos de la Castilla de entonces.<sup>5</sup> ¿Cuáles eran esos principios? La respuesta es obvia: los contenidos en el derecho castellano, en tránsito del medioevo al modernismo. Veamos ahora qué fue y cómo estaba conformado éste.

El derecho castellano puede definirse como el conjunto de disposiciones legislativas, doctrina y costumbres jurídicas que imperaron en Castilla, desde sus orígenes hasta la consolidación del Estado español. Este sistema jurídico se compone de varios elementos que intervinieron en su formación y que se fueron sobreponiendo a través del tiempo. A las costumbres jurídicas celtíberas se sobrepuso el derecho romano durante los seis siglos en que España estuvo sometida a Roma (218 a.C. a 415 d.C.). A la caída del imperio de Occidente, la península ibérica fue conquistada por los visigodos (415-711) quienes añadieron el elemento germánico a los ya existentes. Posteriormente se produjo la invasión musulmana (711-1492). Durante ese largo periodo, denominado de "dispersión normativa", por gran parte de la historiografía contemporánea,<sup>6</sup> coexistieron en la península ibérica diversos ordenamientos o estatutos jurídicos. El derecho romano, y su apéndice, la legislación visigótica, sobrevivieron a través de *Liber Iudiciorum* o Libro de los Jueces (654), obra que contenía el derecho

5 Ver de B. Bernal los dos trabajos citados en la nota 2; y de García-Gallo, A.: "Génesis y desarrollo del Derecho indiano", *Estudios de historia del derecho indiano*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1972.

6 Así lo denominan, entre otros tratadistas: Tomás y Valiente, Francisco: *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 1974, y Lalinde Abadía, Jesús, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1974.

proveniente de los códigos visigodos romanizados hasta el momento de su promulgación en épocas del monarca Recesvinto.<sup>7</sup> Más tarde, la legislación visigótica fue revisada y actualizada por los reyes Wamba, Ervigio y Egica, y de ella se hizo una versión muy difundida que recibió el nombre de: *Vulgata*.

Durante los siglos XII y XV, se produjo en España, como en casi toda Europa, la recepción del derecho romano bizantino o justiniano; derecho que, unido al canónico que se había venido conformando desde los primeros siglos de nuestra era, integraron el *ius commune*. Se trataba de un sistema jurídico que por su alto grado de desarrollo técnico y por adecuarse a los intereses absolutistas de las monarquías que se estaban formando (*unum ius unum imperio*) ofrecía una plataforma común de validez que permitió su penetración paulatina en los nacientes reinos europeos.

Dicha penetración, sin embargo, no fue pacífica. Por el contrario, dio lugar a una lucha entre el derecho viejo o tradicional, con sus elementos de formación ibérico, germánico y romano vulgar, y el nuevo derecho romano-bizantino y canónico, culto y elitista, conocido por una minoría de juristas que se habían formado en las universidades medievales, entonces de reciente creación. A este binomio de estatutos jurídicos hay que añadir el derecho real o legal, creado por el rey y las cortes itinerantes de Castilla. Al viejo derecho tradicional correspondían los intereses de los señores feudales y de la burguesía municipal, a los derechos real y común, los intereses de los monarcas, en el preámbulo de la formación del Estado moderno. En los reinos de Castilla y León (ya unidos desde 1230) la lucha entre ellos fue larga y dio lugar a un movimiento recopilador que tuvo su máximo esplendor en el siglo XIII. Así, en la primera mitad de dicho siglo, Fernando III, el Santo, dio validez al *Liber Iudiciorum*, ahora castellanizado y convertido en Fuero Juzgo.<sup>8</sup> Poco después, Alfonso X, el Sabio, comenzaría su largo y fructífero periodo de gobierno refundiendo estos cuerpos legislativos con otros textos que recogían derechos forales de origen consuetudinario y con preceptos romanos, formando con ello el

7 La mayoría de las leyes que contiene el *Liber Iudiciorum* fueron promulgadas por Recesvinto y su padre Chindasvinto. Contiene también otras debidas a los reyes Recaredo y Sisebuto. Ahora bien, la historiografía más moderna considera que proviene de un largo proceso recopilador que se remonta al Código de Leovigildo o *Codex Revisus* (568-586); al *Breviario de Alarico* o *Lex Romanae Visigothorum* (506); y al *Código de Eurico* (476).

8 De esta época es también el Fuero Viejo de Castilla, considerado como un código general y único para Castilla la Vieja.

Fuero Real (1249-1255). Con las imposiciones a la mayoría de las ciudades castellanas de estos cuerpos legislativos,<sup>9</sup> Fernando y Alfonso pretendieron superar el localismo jurídico existente hasta entonces.

Dentro de la extensa obra legislativa y doctrinal del rey sabio (Fuero Real, Espéculo, Setenario, y su legislación derivada: Leyes Nuevas y Leyes de Estilo) destacó el Libro o Fuero de las Leyes, más tarde conocido bajo la denominación de Siete Partidas (1256-1265); obra que recogió el derecho común, con olvido casi absoluto del viejo derecho castellano. Este monumento legislativo (1256-1265), considerado el código más perfecto de su época, se nutrió del derecho romano justiniano (Digesto, Codex y Novellae), del derecho canónico (el Decreto de Graciano y las Decretales de Gregorio Nono), de las opiniones de los glosadores a ambos derechos y, en menor medida, del derecho feudal (*Libri Feudorum*).

La diversidad de estatutos jurídicos, típica del periodo de la dispersión normativa, causaba serios conflictos de aplicación del derecho, que no fueron resueltos a pesar de los intentos unificadores de Fernando III y Alfonso X. Para solucionarlos se promulgó el Ordenamiento de Alcalá (1348) en épocas del rey Alfonso XI. Así, en el título 28 de la ley primera de dicho ordenamiento se estableció el orden de prelación de las leyes para el reino de Castilla —que analizaremos posteriormente.

El matrimonio de los reyes católicos, Fernando e Isabel, sentó las bases de la unión política de las coronas castellana y aragonesa. Dicha unión política se consolidó posteriormente, en el siglo XVI, bajo los reinados de Carlos V y Felipe II, y más tarde, en el siglo XVII, bajo el reinado de los Austrias menores. Al derecho castellano se le empieza a identificar entonces como derecho español, mientras que a los estatutos jurídicos de los otros reinos se les califica de forales. Además, a partir de los reyes católicos se produjo el descubrimiento de América y su posterior incorporación a la Corona de Castilla.<sup>10</sup> Debido a ello, será el derecho castellano, y no otro, el que se aplicará en las Indias. Durante el periodo

<sup>9</sup> Fernando III impone el Fuero Juzgo a Murcia y Andalucía. Alfonso X pretende imponer el Fuero Real (así aparece en el prólogo) a todo el reino de Castilla. No lo logra, sólo se aplica, quizás, en el tribunal del rey. Luego es derogado en 1271. La causa: choca con el derecho municipal y los intereses de los nobles. Más tarde, Alfonso XI lo otorga como fuero municipal a varias ciudades castellanas: Sahagún, Aguilar del Campo, Santo Domingo de la Calzada, Burgos, Soria, Peñafiel, Atienza, Palencia, Talavera, Madrid, Valladolid y otras.

<sup>10</sup> Ver de Juan Manzano y Manzano, "La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los reinos castellanos", *AHDE*, Madrid, 1951, y de Alfonso García-Gallo, "Las Bulas de Alejandro VI", *AHDE*, Madrid, 1958.

de los Austrias, el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá, se irá repitiendo en los cuerpos legislativos que le sucedieron: las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación de Castilla (1567).

Con la llegada de los Borbones al iniciarse el siglo XVIII, se produce la unificación jurídica de España, a través de los Decretos de Nueva Planta (1711-1781).<sup>11</sup> En adelante, el derecho castellano será el español por antonomasia. Los restantes estatutos jurídicos serán definitivamente forales. En cuanto al orden de prelación, el primer lugar dentro del mismo pasa ahora a la Novísima Recopilación de las Leyes de España (1806), que se promulga, tardíamente, en los albores del movimiento independentista americano.

### III. EL ORDEN DE PRELACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CASTELLANA: EL "ORDENAMIENTO DE ALCALÁ" Y LOS GRANDES CUERPOS LEGISLATIVOS QUE LE PRECEDIERON Y SUCEDIERON

Como hemos dicho anteriormente, los intentos de unificación del derecho de Fernando II y Alfonso X a través del Fuero Juzgo y el Fuero Real no dieron el resultado esperado, aunque, sin lugar a dudas, constituyeron pasos importantes en el proceso de integración normativa para la Corona de Castilla. Esta se logra, por fin, en 1348, con la promulgación de una ley de Cortes:<sup>12</sup> el Ordenamiento de Alcalá, que estuvo precedido de otras normas que se dictaron con la misma finalidad de unificación jurídica. Entre ellos destacaron los ordenamientos de Burgos (1315 y 1338), Villa Real (1346) y Segovia (1347). Veamos ahora cómo se logró dicha unificación jurídica.

El Ordenamiento de Alcalá, cuya autoría ha sido atribuida al infante don Juan Manuel y a Gil de Albornoz, entonces arzobispo de Toledo, además de recoger gran parte del contenido sustantivo de la legislación alfonsina, establece un orden de prelación de leyes en el título 28 de su

11 A partir de estos decretos, consecuencia de las guerras de sucesión al trono entre Austrias y Borbones, el absolutismo de estos últimos, fundamentado en la ideología del racionalismo ilustrado, permite al rey, por sí solo, legislar con carácter general o nacional. Sólo las Indias, Navarra y el país vasco, que había sido leales a los Borbones, conservaban íntegramente sus propios ordenamientos.

12 Las leyes de Cortes, muy frecuentes en el siglo XIII, tenían que ser aprobadas y derogadas, tanto por el rey como por las Cortes que representaban todos los brazos de la sociedad. De ahí que tuvieran como característica su ámbito de vigencia general, esto es, para todo el reino. Esto facilitó la integración normativa castellana.

ley primera.<sup>13</sup> Éste era: el propio ordenamiento, en su defecto los fueros municipales y, en cierto sentido, el Fuero Real y el Fuero Juzgo.<sup>14</sup> Y, por último, las Siete Partidas del rey sabio.

Ahora bien, ¿qué es un orden de prelación?, ¿en qué momento histórico aparece en Castilla?, ¿por qué causa?, ¿cuál es su utilidad? Ha llegado el momento de explicarlo. He aquí las respuestas.

El orden de prelación es una declaración legislativa que establece una jerarquización entre los distintos elementos que componen un sistema jurídico en una coordinada espacio-temporal previamente definida. Se da, generalmente, cuando el ordenamiento jurídico de una nación o Estado ha adquirido una extrema complejidad, provocando una situación caótica en relación con la aplicación de las leyes. El apogeo de las órdenes de prelación corresponde a la Edad Media y a los inicios de la Edad Moderna. Su utilidad estriba en jerarquizar los distintos ordenamientos que, por razón de la dispersión normativa, así como por la sobreposición de ordenamientos, características de dichas épocas, impiden una clara aplicación de la ley. Es por eso que, más tarde, las recopilaciones y, sobre todo, las codificaciones, hacen disminuir su utilidad.<sup>15</sup>

En el orden de prelación establecido en la ley de Alcalá, destaca el triunfo del ordenamiento territorial sobre el local al establecer que los pleitos civiles y criminales se juzguen por el propio ordenamiento, que se promulgó como general para todo el reino. Además, los fueros municipales o locales, sufren importantes limitaciones en cuanto a su aplicación. En efecto, su utilización se redujo al uso y a la prueba de éste. Así, en los casos en que su práctica hubiese quedado interrumpida, la disposición

<sup>13</sup> El paso referido del ordenamiento, dice: "Por ende, queriendo poner remedio conveniente a ésto, establecemos y mandamos que los fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaren, salvo en aquellas que nos falláramos que se deba mejorar y enmendar, o en las que son contra Dios e contra razón, o contra las leyes que en este libro se contienen. Por las cuales leyes deste libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles y criminales; y los pleitos y contiendas que non pudieren librar por las leyes de este nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las *Siete Partidas*."

<sup>14</sup> El Fuero Real, también denominado Fuero del Libro, Fuero de las Leyes o Fuero Castellano, pretendió aplicarse con carácter general, así aparece en el prólogo del mismo, en todo el reino de Castilla. Como no se logró, se aplicó en el tribunal del rey y, como fuero municipal, en las ciudades de Sahagún, Aguilar del Campo, Santo Domingo de la Calzada, Burgos, Soria, Peñafiel, Atienza, Palencia, Talavera, Madrid, Valladolid y otras ciudades castellanas. De ahí que, al igual que en el caso del *Liber Iudiciorum*, que castellanizado y convertido en Fuero Juzgo se impuso en Murcia y Andalucía, la mayoría de los tratadistas lo incluyan, a nivel de fuero municipal, en el orden de prelación establecido por el Ordenamiento de Alcalá.

<sup>15</sup> Ver Dalinde Abadía, Jesús, *op. cit.*, pp. 129-130.



normativa se consideraba derogada. Además, su contenido normativo quedó condicionado a que el rey estimara conveniente reformarlo (“mejorarlo o enmendarlo”), y también a que los fueros no fueran contra Dios, la razón y el propio Ordenamiento de Alcalá.<sup>16</sup> En cuanto al Fuero Juzgo y al Fuero Real, tampoco mencionados en la ley de Alcalá, éstos subsistieron como fueros locales, allí donde habían sido impuestos. Esto es, en Murcia y Andalucía, y en algunas ciudades castellanas.

Aunque en Castilla, como se ha visto, las Partidas quedaron en el último lugar del orden de prelación, en la práctica, tanto en España como en América se impusieron sus principios y normas.<sup>17</sup> En la Metrópoli desde su aparición, aún sin fuerza legal, las Partidas habían inspirado las decisiones del tribunal del rey y habían ido formando poco a poco la mentalidad de los nuevos juristas que asesoraban al soberano.<sup>18</sup> En América española, y por consiguiente en la Nueva España, fue el cuerpo legal más usado en materia de derecho privado. Las fuentes doctrinales de la época y también las del siglo XIX en México así lo demuestran.<sup>19</sup> Esto no es de extrañar, en el caos legislativo que imperó en diversos momentos del periodo colonial, un código romanizado como las Partidas —aunque en versiones vulgarizadas—<sup>20</sup> ofrecía las virtudes suficientes para que fuera utilizado por letrados y aplicadores del derecho, formados bajo los lineamientos de la universidad salmantina. Además, hay que tener también en cuenta que en los territorios indios las Partidas no tuvieron que luchar contra los intereses centralistas de la Corona española impuestos desde los inicios de la colonización, ni defender fueros y privilegios que nunca se tuvieron.

<sup>16</sup> Ver el paso del Ordenamiento de Alcalá, citado en la nota 12.

<sup>17</sup> El *Libro de las leyes*, llamado también *Siete Partidas*, por su división en siete partes, es el más romanizado, perfecto e importante de los textos jurídicos castellanos de todas las épocas. Por tales razones, son múltiples las versiones que se han hecho de él e innumerables los estudios que se han realizado en torno al mismo. En la imposibilidad de enumerar la amplia bibliografía que las *Partidas* ha generado, me remito solamente a un breve resumen hecho por mí para el *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1988. Ver de B. Bernal, la voz “Siete Partidas”, en el vol. IV, pp. 2915-2917.

<sup>18</sup> Entre otras razones, porque los juristas que asesoraban a los reyes se habían formado en las universidades medievales (Bolonía, Perurgia, Cracovia, Salamanca, Coimbra y otras), donde se enseñaban los derechos romano y canónico, fuentes fundamentales de las *Partidas*.

<sup>19</sup> Así aparece en las notas al *Diccionario de Escribano* (México, 1873) de Rodríguez de San Miguel y en las distintas ediciones de los Salas y Febrero mexicanos.

<sup>20</sup> Citar los trabajos de Sánchez Arcilla y Fernando Vázquez Pando sobre la vulgarización del derecho castellano.

Sólo resta añadir que el orden de prelación del ordenamiento de Alcalá fue ratificado por los Reyes Católicos y que se confirmó expresamente en la disposición primera de las Leyes de Toro de 1505, sustituyendo ésta a aquella en el más alto escalón de la jerarquía de las normas castellanas. Y, más tarde en la Nueva Recopilación de 1567<sup>21</sup> y en la Novísima Recopilación de 1805,<sup>22</sup> produciéndose en ambas igual sustitución.

#### IV. EL ORDEN DE PRELACIÓN EN LAS LEYES DE INDIAS: EL CASO ESPECIAL DE LA NUEVA RECOPIACIÓN DE CASTILLA

Este orden de prelación quedó contenido en la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680 que a la letra dice:

Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestros reinos de Castilla conforme a la de Toro, así en cuanto a su substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar.<sup>23</sup>

El primer problema que se plantea al leer este paso del Código Carolino,<sup>24</sup> es el de determinar la causa por la cual la Recopilación, promulgada en 1680, remite a las Leyes de Toro de 1505 y no a la Nueva Recopilación de Castilla, promulgada medio siglo después (1567), en épocas de Felipe II. ¿Por qué, si ya ésta, la Nueva Recopilación, se había puesto a la cabeza del orden de prelación de los cuerpos legislativos castellanos, sustituyendo a las Leyes de Toro y relegándolas a un segundo lugar? ¿Es que hubo intención en el legislador indiano de saltarse el código filipino? De ninguna manera, la causa de esta aparente omisión estriba en un descuido de los recopiladores indianos que incorporaron al Código

21 *Nueva Recopilación*, Lib. II, Tít. I, ley 3.

22 *Novísima Recopilación de Castilla*, Lib. III, Tít. II, ley 3.

23 *Rec. Indias*, Lib. II, Tít. I, ley 2.

24 Llamado también así por haber sido promulgado por Carlos II, último de los monarcas de la dinastía de los Austrias.

Carolino la disposición legislativa referente al orden de prelación expedida por Carlos V en 1530 y contenida en las Ordenanzas de Audiencias de ese mismo año:<sup>25</sup> esto es, más de treinta años antes de que Felipe II promulgara su cuerpo legal. Además, la fecha de la disposición legislativa nos indica más o menos el momento en que el derecho indiano, con sus características de singularidad y peculiaridad<sup>26</sup> se convierte en *ius proprium*, en contraposición a *ius commune*, un derecho general, supletorio y subsidiario para las Indias: el derecho castellano.

El segundo problema que se plantea atiende a la aplicación o no en las provincias americanas de los fueros locales o municipales españoles, incluyendo el Fuero Real y el Fuero Juzgo. Sobre esto, la opinión de la doctrina se encuentra dividida.

Algunos autores, entre ellos Ricardo Levene,<sup>27</sup> consideran que los dos últimos, por lo menos el Fuero Real, se encontraba vigente en las Indias.<sup>28</sup> Sin embargo, otros autores, en especial Juan Manzano, José María Ots Capdequí y C. Alberto Roca,<sup>29</sup> niegan la vigencia de dichos fueros locales castellanos en las Indias, con base en lo dispuesto en el Código Carolino que establece: "que se guarden las leyes de la Recopilación y Partidas de estos reinos de Castilla",<sup>30</sup> omitiendo expresamente los fueros locales que, como ya se ha visto, antecedían a las Partidas en el orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá.

Esta interpretación, según sus defensores, está avalada por la más importante doctrina indiana. En efecto, Juan de Solórzano y Pereira, sin lugar a dudas el jurista más destacado del Siglo de Oro de la literatura jurídica indiana, en un pasaje de su famosa *Política Indiana*, manifiesta

25 Ver de Roca, C. Alberto, "La vigencia de la Novísima Recopilación en Indias", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, enero 1964, Serie Moderna, año XXVI, núm. 1814.

26 Ver de Bernal, B., "Las características del derecho indiano", *Historia mexicana*, 152, vol. XXXVIII, núm. 4, México, abril-junio, 1989.

27 Ver de este autor: *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1945, pp. 350 a 353 y *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1952, p. 191.

28 Además, éstos aparecen mencionados en los órdenes de prelación de algunos tratadistas del siglo XIX mexicanos, como son los casos de José María Álvarez y Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel.

29 Ver de Manzano y Manzano, Juan, *Historia de las Recopilaciones de Indias*, Madrid, 1956, t. 2, p. 328; de Ots Capdequí, José María, *Manual de historia del derecho español en Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, 1945, p. 82, y de Roca, C. Alberto, "La vigencia de la Novísima Recopilación en Indias", *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, Buenos Aires, 1964, p. 222.

30 *Rec. de Indias*, Lib. II, Tít. I, ley 1, párrafo final.

que: “Las leyes, costumbres y observancias que son y se llaman locales, no se deben extender a otras provincias”.<sup>31</sup>

Por consiguiente, en atención a esta segunda interpretación, que es la que considero más adecuada, el orden de prelación contenido en la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias de 1680, debe ser leído de la siguiente manera: 1) la propia recopilación indiana; 2) la Nueva Recopilación de Felipe II; 3) las Leyes de Toro; 4) el Ordenamiento de Alcalá; y 5) las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.

Pero además de al derecho castellano, la recopilación indiana dió validez a las costumbres jurídicas indígenas. Así, una ley de la misma establece:

Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro ... por la presente aprobamos y confirmamos, ... y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos.<sup>32</sup>

Las costumbres jurídicas indígenas —aunque con escasa intensidad e importancia si lo comparamos con el derecho castellano— estuvieron vigentes en las Indias, de dos formas. O *secundum legem*, cuando fueron incorporadas a la propia legislación indiana, o *extra legem*, cuando fueron respetadas por ella, por no contradecirla o no ir en contra de los principios establecidos por la iglesia católica. En consecuencia, si no en el orden de prelación de las leyes en sentido estricto a que ya hemos hecho referencia al estudiarlo en el sistema jurídico castellano, si podemos incluirlas en el orden de prelación de los sistemas jurídicos vigentes en Indias, al cual, como propuesta, haremos referencia en las conclusiones de este trabajo.

31 Ver de Solórzano y Pereira, Juan de, *Política Indiana*, Amberes, 1703, Lib. II, p. 211.

32 *Rec. Indias*, Lib. II, Tít. I, ley 4.

## V. ¿SE LLEGÓ A APLICAR LA “NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN” EN INDIAS?

La aplicación de la Novísima Recopilación de Castilla (1805) en la América continental ha sido motivo también de amplias discusiones entre los historiadores del derecho indiano. Esto no es de extrañar. Ya hemos dicho que se trató de una recopilación tardía y desfasada, no sólo porque se promulgó poco antes de que comenzaran las guerras de independencia, sino también porque se llevó a cabo con una sistemática ya obsoleta.<sup>33</sup> En efecto, a principios del siglo XIX, cuando el resto de los países europeos estaban ya promulgando códigos al estilo napoleónico, España se encontraba todavía empeñada en elaborar una recopilación.

Ahora bien, lo que en este momento nos interesa es determinar si la Novísima Recopilación se aplicó en América española, tanto antes como después de que el continente se hubo independizado de España. La polémica se deriva de una disposición normativa indiana que a la letra dice:

Otrosí, mandamos a los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores, y otras cualesquiera justicias de todas nuestras Indias, Islas y Tierra Firme del Mar Océano, que no permitan se ejecute ninguna pragmática de las que se promulgasen en estos reinos, si por especial cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandare guardar en aquellas provincias.<sup>34</sup>

Esta disposición fue promulgada en las primeras décadas del siglo XVII, específicamente el 8 de marzo de 1626, expedida por Felipe IV en las Cortes de Monzón, y fue recogida en la Recopilación de 1680. De ella se deduce que a partir de aquella fecha, cualquier ley castellana necesitaba del “placet” o autorización del Consejo de Indias para que pudiese aplicarse en los territorios americanos.

Pues bien, ¿recibió o no el “placet” del Consejo de Indias la Novísima? ¿Se aplicó o no se aplicó en Indias? Varios autores se han pronunciado en

<sup>33</sup> La *Novísima* fue muy criticada por Martínez Marina en su *Juicio Crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820) por las siguientes razones: 1) distribución de materiales en texto y notas que hacen difícil su manejo; 2) inclusión en ella de leyes derogadas y en desuso, así como inclusión de leyes contradictorias y omisión de leyes vigentes; 3) reproducción incorrecta de los textos originales y; 6) confusión entre legislación y doctrina. Martínez Marina dice textualmente de ella que es una “vasta mole levantada de escombros y ruinas, edificio monstruoso compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables”.

<sup>34</sup> *Rec. Indias*, Lib. II, Tít. I, ley 40.

contra de su vigencia y aplicación debido a que, producidas poco después las guerras de independencia, no dio tiempo a que se expidiera la real cédula, autorizada por el Consejo, que la avalara.<sup>35</sup> Sin embargo, existen importantes argumentos, tanto históricos como jurídicos, para no dudar que la Novísima se aplicó en Indias, a pesar de la ausencia de la real cédula que debió autorizarla. Estos son:

1) Desde un punto de vista jurídico, al sancionarse la Novísima en 1806, ésta toma el lugar de la Nueva Recopilación de Felipe II (en la edición de 1776) en el orden de prelación de las leyes castellanas como ya hemos explicado. Por consiguiente, antes de que las repúblicas americanas fueran independientes, no hay duda de que hubo un lapso, en la segunda década del siglo XIX, durante el cual la Novísima estuvo vigente. Además, debe entenderse que los requisitos exigidos por la real cédula de 1626, recogidos en la Recopilación indiana, se refieren a despachos, provisiones, reales cédulas y demás disposiciones normativas dictadas con carácter particular—esto es, sueltas—, y no como cuerpo jurídico completo que sustituye a otro, como fue el caso de la Novísima con respecto a la Nueva Recopilación.<sup>36</sup>

2) Desde un punto de vista histórico, hay una serie de documentos que demuestran fehacientemente la vigencia, la aplicación y la invocación constante de la Novísima por los juristas americanos del siglo XIX independiente. Las invocaciones hechas por los juristas argentinos a dicho cuerpo legal han sido recogidas por C. Alberto Roca en varias monografías sobre el tema.<sup>37</sup> En cuanto a México, la Novísima fue, no sólo invocada,

<sup>35</sup> Se trata de los autores Rodolfo Rivarola, en *Derecho penal argentino*; Sebastián Soler, en *Derecho penal argentino*; Carlos Octavio Bunge, en *El derecho, ensayo de una teoría integral* y Enrique Martínez Páez, en *Dalmacio Pérez Sarfield*, citados por C. Alberto Roca, en su obra ya citada. La razón que alegan es que la última recopilación castellana no adquirió vigencia en Indias porque, promulgada en 1805, tuvieron enseguida lugar las guerras y declaratorias de independencia, sin que se hubiese dictado la cédula especial, despachada por el Consejo de Indias, ordenando su aplicación. Ver C. Alberto Roca, *op. cit.*, pp. 223-224.

<sup>36</sup> En tal sentido C. Alberto Roca, *op. cit.*, pp. 225, quien dice que así lo entendió Vélez Sarfield en su apéndice a la obra de Álvarez, José María, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, cuando dice: "Es sabido que las leyes sueltas sólo tienen fuerza de tales habiendo pasado por el Consejo de Indias y comunicándose a la respectiva audiencia."

<sup>37</sup> Ver de C. Alberto Roca: "La vigencia de la Novísima Recopilación en Indias", *Jurisprudencia Argentina*, Serie Moderna, año XXVI, Buenos Aires, martes 21 de enero de 1964 (segunda edición en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, 1964). También en: "Acerca de la vigencia, estudio y aplicación de la Novísima Recopilación" y "Reunión de Estudio sobre la vigencia y aplicación de la Novísima Recopilación española de 1805 en el Río de la Plata", ensayos ambos publicados en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, en 1971 y 1972, respectivamente.

sino también incluida en los órdenes de prelación de las leyes castellanas contenidos en casi todas las obras doctrinales de la época. María del Refugio González, quien mejor ha trabajado el proceso codificador del siglo XIX mexicano, en su obra: *El derecho civil en México: 1821-1871. Apuntes para su estudio*,<sup>38</sup> ofrece un cuadro de las invocaciones a la Novísima en los tratados de José María Álvarez, Rodríguez de San Miguel, Schmidt y Roa Bárcenas, así como en las varias versiones de los Sala y los Febrero mexicanos.<sup>39</sup> Si lo extendemos por analogía al resto del continente, no hay duda de la aplicación de la Novísima Recopilación en la primera mitad del siglo XIX en nuestros países.

## VI. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

A. El estatuto jurídico que rigió en las llamadas Indias Occidentales durante los tres siglos de la dominación española en América responde a una estructura jerárquica y piramidal. En la base de la pirámide se encuentra el *ius commune* (derecho romano más derecho canónico) recibido en Castilla, como en gran parte de Europa, tanto por vía doctrinal como legislativa. Las Siete Partidas de Alfonso, el Sabio, constituyen el ejemplo más claro y perfecto de dicha recepción.

Encima del *ius commune*, en el medio de la pirámide, y con igual valor formal,<sup>40</sup> pero con una diferencia abismal en su contenido e intensidad se encontraban, como subsidiarios y supletorios, las costumbres jurídicas indígenas que no contradijesen a la ley indiana y a los principios de la iglesia católica, y el derecho contenido en los grandes cuerpos legislativos castellanos según el orden de prelación establecido en el Ordenamiento de Alcalá y las recopilaciones subsiguientes, así como la rica y variada interpretación doctrinal contenida, preferentemente, en los múltiples comentarios y glosas hechos por los tratadistas a dichos cuerpos legales.

En la cima de la pirámide, el derecho indiano, peculiar y casuista, creado especialmente para las Indias, que empieza a independizarse de sus antecedentes castellanos desde las primeras décadas del siglo XVI. Dentro de él, el llamado criollo, esto es, el creado por las autoridades delegadas

<sup>38</sup> México; UNAM, III, 1968.

<sup>39</sup> *Idem*, pp. 35-40.

<sup>40</sup> Esto se deriva de los pasos ya citados de la Rec. Indias, Lib. II, Tít. I, leyes 2 y 4.

en Indias, prevalecerá sobre el metropolitano o peninsular, y constituirá la sección más rica y viva del mismo.

El orden de prelación que rigió en la América española durante los siglos XVI, XVII y XVIII quedó, pues, instituido de la siguiente manera:

1) Las disposiciones legislativas que emanaban de las autoridades delegadas en Indias.

2) Las disposiciones legislativas dictadas por las autoridades, tanto unipersonales como colegiadas, radicadas en la Metrópoli.

3) El derecho contenido en los cuerpos legislativos castellanos antes mencionados, junto a toda disposición legislativa que recibiese —a través de cédula especial despachada por el Consejo de Indias—, el pase real para ser aplicada en las provincias y reinos indianos; así como las costumbres jurídicas indígenas que no fueran contrarias a las leyes de Indias y a los principios de la Santa Fe Católica.

4) Los derechos romano y canónico, recibidos a lo largo de la Edad Media en Castilla, e integrados en el denominado *ius commune*.

B. La vigencia en las Indias del derecho castellano tuvo carácter meramente supletorio. Sin embargo, como las disposiciones del derecho indiano nacieron y se desarrollaron con una nota muy acentuada de casuismo, condicionadas en su contenido por el hecho concreto que las motivaba, y sin que se intentasen amplias estructuraciones jurídicas, la invocación al derecho castellano, a pesar de su carácter supletorio, fue muy importante y frecuente. Además, como sobre muchas y muy importantes esferas de la vida jurídica —v. gr. el amplio campo del derecho privado—, muy poco o nada disponían las fuentes peculiares del derecho indiano, fue necesario aplicar el castellano que, dicho sea de paso, era el que se estudiaba en las universidades, siguiendo la tradición del *ius commune*.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL GÓMEZ, Beatriz, voces: “Derecho castellano” y “Derecho indiano”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, t. II, 1987.

BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989. Ver el prólogo, la Introducción y las fuentes del derecho. Hasta la página 147.



- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972; a) "Génesis y desarrollo del derecho indiano", pp. 123-146; b) "El derecho común ante el Nuevo Mundo", pp. 147-168.
- LATELLA FRÍAS, Donato, *Leyes de Indias*, Córdoba, Argentina, Estudio Gráfico A. Bippignandi, 1926. Ver los dos primeros capítulos.
- LEVENE, Ricardo, *Introducción a la historia del derecho indiano*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1924. Ver capítulos I, II y XVIII, principalmente.
- ESTRADA, Liniers de, *Manual de historia del derecho: español, indiano, argentino*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1978. Ver las tres primeras partes, hasta la página 93.
- OTS Y CAPDEQUÍ, José María, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969. Ver: parte primera (caps. I, II, III y IV): "El derecho español histórico y su proyección en las Indias."
- MURO OREJÓN, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989. Ver lección I, pp. 27-29, donde al periodo colonial o indiano le llama: "Hispanoindiano", y hace una peculiar periodización.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor y MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1975. Ver pp. 87-95.