

quaderni 20

rassegna forense

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

**SEMINARI DI AGGIORNAMENTO
PROFESSIONALE
(2005)**

- I. LEX MERCATORIA: UN DIALOGO CON
FRANCESCO GALGANO (12 OTTOBRE 2005)**
- II. I NUOVI CONFINI DEL DIRITTO
PRIVATO EUROPEO (15 OTTOBRE 2005)**
- III. IL DIRITTO ITALIANO
E IL DIRITTO LATINO-AMERICANO.
MATERIALI DEGLI INCONTRI DI BUENOS AIRES
E ROSARIO (9 MARZO 2006)**

a cura di
GUIDO ALPA

Giuffrè editore

ISBN 88-14-12597-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2006

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

«EL DERECHO PRIVADO INDIANO.
UN DERECHO DE RAÍCES EUROPEAS.
ALGUNOS EJEMPLOS DE SU INVOCACIÓN
EN LOS PLEITOS DE FAMILIA
RIOPLATENSES (1776-1812)»

di V. KLUGER

SUMARIO: 1. El trasplante del Derecho Castellano a indias. — 2. El derecho castellano como receptor del *ius commune*. — 3. El derecho indiano. — 4. El derecho castellano-indiano en los expedientes judiciales. — 5. Proyección del derecho castellano indiano después de la codificación. — 6. Consideraciones finales.

En esta exposición voy a analizar cómo el *ius commune*, un derecho europeo, fue parte integrante del derecho privado indiano y su proyección aún después de la codificación civil en Argentina.

Hasta hace aproximadamente unos treinta años la historiografía jurídica no había observado las relaciones recíprocas entre el *ius commune* y el derecho hispano americano con la profundidad requerida.

Esta circunstancia se debe a dos razones: por una parte, los historiadores del derecho europeo, exceptuados los españoles, no han dirigido demasiado su atención hacia el fenómeno indiano, y por la otra, los historiadores del Derecho Indiano han focalizado su tarea en el Nuevo Mundo sin buscar los puntos de conexión más allá del Océano Atlántico.

Pero ¿qué entendemos por «indiano»? El vocablo indiano deriva de «Indias» nombre que se dio a los territorios descubiertos en 1492, porque en esa época se creía que formaba

parte de Asia. Cuando se comprobó que era un continente distinto, se lo llamó Indias Occidentales para diferenciarlo de las Indias Orientales o Asiáticas, estas últimas los territorios de la Monarquía española de Filipinas.

El Derecho Indiano es el que rigió en las denominadas Indias Occidentales y Orientales y cuya vigencia, en términos generales, se extendió desde el Descubrimiento hasta la formación de los derechos nacionales hispanoamericanos en el siglo XIX, y más concretamente hasta la promulgación de los códigos en la segunda mitad de dicha centuria. Y a esto se agrega como campo de aplicación las regiones de América del Norte que luego se incorporaron a los Estados Unidos.

Estuvo integrado por normas, dictadas desde la Península Ibérica o por aquellas autoridades que en las Indias tenían competencia para dictarlas, y además por la doctrina jurídica indiana, la jurisprudencia de los tribunales, el derecho canónico indiano y la costumbre.

Para entender lo que de europeo hay en el Derecho Indiano, es necesario partir del Derecho Castellano, cuestión que nos lleva en primer lugar a plantearnos cuál fue el derecho vigente en el Nuevo Mundo desde su descubrimiento.

1. *El trasplante del dercho castellano a indias.*

En todas las épocas, las pretensiones políticas de un estado y el grado de centralización del mismo afectan el modo en que se constituye la relación entre las fuentes del Derecho (1).

Las tierras recién descubiertas se incorporaron políticamente a la Corona de Castilla, debido a que Castilla había sido el reino que encaró el descubrimiento y conquista de América

(1) PIHLAJAMÄKI, Heikki, *La heterogeneidad del «ius commune»: Observaciones comparativas sobre la relación entre el Derecho europeo y el Derecho Indiano»*; en GONZÁLEZ VALES, LUIS E., coord., *Actas de Derecho Indiano. XIII Congreso Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Historiador Oficial de Puerto Rico, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003, pp. 57-74.

y conforme un principio del *ius commune* «las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reino a quien se acrecienta».

Además, Castilla ostentaba por entonces una hegemonía política, económica, jurídica y cultural dentro de la Monarquía Universal Española, irradiando su influjo hacia los demás reinos peninsulares e incluso hacia otros europeos (2).

Como consecuencia de estos motivos, reconocidos además por las bulas papales, las Indias pasaron a formar parte del territorio castellano y sus habitantes, a ser considerados vasallos, al igual que los peninsulares de este reino. Por lo tanto no se intentó una estructuración jurídica nueva de las tierras recién descubiertas, y por el contrario, se quiso trasladar el orden jurídico indiano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran, por lo que desde el principio, el Derecho de Castilla se consideraba plenamente vigente en el Nuevo Mundo.

A medida que las situaciones que se fueron planteando en Indias fueron revelando la necesidad de dictar nuevas normas para solucionar coyunturas diferentes, se comenzaron a dictar disposiciones específicas para el Nuevo Mundo, acudiéndose en forma subsidiaria el Derecho Castellano.

El orden de prelación fijado para Indias establecía que en primer lugar se debía aplicar el derecho local, y sólo en el supuesto de que la cuestión a resolver no estuviera contemplada en éste, se recurría en forma supletoria al Derecho Castellano. En consecuencia, el Derecho Castellano tuvo en América una vigencia general, acudiéndose a él cada vez que había que llenar vacíos del derecho específico de Indias. En este sentido, el Derecho Castellano se aplicó en cuestiones de derecho de

(2) Conforme TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común. Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell incontro di Studio, Firenze-Lucca, 25, 26 y 27 maggio 1998*, a cura di Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco y Valiente, Università di Firenze, 1990, t. 2, p. 586. En adelante *El derecho indiano en su relación...*

propiedad, negocios jurídicos, delitos y penas, procedimiento civil y penal y especialmente en materia de derecho de familia y sucesiones, básicamente porque las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad.

En 1614 se produjo un cambio al respecto, cuando Felipe II mandó que sólo regirían en Indias las leyes que fuesen autorizadas para las Indias específicamente (3).

2. *El derecho castellano como receptor del ius commune.*

¿Cómo era y en qué consistía este Derecho Castellano que en un principio se debía aplicar directamente en Indias y que luego fue una de sus fuentes? Y a su vez, ¿cuál era la estirpe de este Derecho Castellano?

El Derecho Castellano no era un todo homogéneo: entre sus elementos formativos se cuentan dos estratos de distinta procedencia, carácter y alcance: Uno más antiguo, de raíz alto-medieval, es fundamentalmente consuetudinario y se recoge en parte en los fueros. El otro, más reciente, de origen bajomedieval, es el derecho común, que como su nombre lo indica, pretende una validez más amplia que la de los derechos propios, dentro de todo el mundo cristiano.

Este derecho, el *ius commune* se conformó con el Corpus Iuris Civilis, el derecho canónico y algunos elementos de los derechos de los pueblos germánicos que, a la caída de Roma, ocuparon los territorios del Imperio Romano Occidental. A medida que el Imperio se volvía políticamente cada vez más influyente, el Derecho Común comenzó a entenderse como *ius commune*, pasando, el Derecho Romano, una de las fuentes de

(3) *Recopilación de las Indias*, por Antonio de León Pinelo, Edición y estudio preliminar de Sánchez Bella, Miguel Ángel Porrúa, librero-editor. México, 1992. En adelante RLI, libro (en adelante l.) II, título (en adelante t.) i, leyes (en adelante l.) 39 y 40.

este *ius commune* a ser, en vez de un *ius proprium* como lo había sido en el Imperio, en *ius commune* (4).

El *ius commune* comenzó a estudiarse con el nacimiento de las universidades, especialmente la de Bolonia, cuando a finales del siglo XI, fue redescubierto el derecho justiniano, y se inició así su recepción en la Europa occidental y su estudio e interpretación. Se trata de «un derecho culto», que se manifestó sobre todo a través de libros jurídicos, por medio de los cuales logró, de hecho, vigencia europea. A él también acudieron los juristas abocados a resolver los problemas nacidos de la expansión ultramarina de España y Portugal» (5).

Su fundamento es el estudio de textos jurídicos romanos y canónicos con la mira de elaborar un Derecho de validez general llamado por eso mismo, Derecho Común. Por consiguiente, el Derecho Común se considera superior a los múltiples derechos propios de cada lugar, región o reino, los que, en atención a su limitado ámbito de vigencia, califica de «Derecho propio».

Algunos autores han sostenido que España, como otras regiones del continente europeo, fue romanizada dos veces, primero cuando se la incorporó como provincia del Imperio Romano y la segunda vez en la Edad Media, cuando recibió el derecho justiniano o, mejor dicho, su reinterpretación hecha por los glosadores y comentaristas italianos. Es que muchos españoles habían salido a estudiar a Italia, y a su regreso comenzaron a enseñar el nuevo derecho romano en las universidades de la Península. Con ello se dio la llamada «recepción del *ius commune*»; primero en la universidad, para darse después en la práctica, a través de los juristas consejeros de los reyes, de los jueces y los legisladores.⁴ Así fue como el Derecho Castellano recibió la influencia del Romano, que sirvió como punto de referencia obligado para entender, interpretar y explicar al primero.

(4) En el mismo sentido, Pihlajamäki, ob. cit.

(5) BRAVO LIRA, BERNARDINO, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 11.

El derecho privado castellano estaba conformado por la ley escrita. El primer cuerpo legal castellano en incorporar al derecho justinianeo fue el *Libro de las leyes*, más conocido como las *Siete Partidas*, publicadas en la segunda mitad del siglo XIII. Se le atribuyen al rey castellano Alfonso X, el Sabio, quien con ellas pretendió unificar el derecho de su reino, objetivo que no pudo lograr debido a la oposición de los fueros de las ciudades, o sea, el derecho consuetudinario local.

Recoger los principios del derecho común, tal como lo había hecho Alfonso el Sabio en las Partidas, era un fenómeno bastante difundido en gran parte de Europa, porque era frecuente el caso en el que un soberano, o una ciudad autónoma, o juristas particulares encargados de redactar costumbres locales, acudiesen al gran depósito del *ius commune* para asimilar sus principios fundamentales y trasplantarlos a la normativa del *ius proprium* y para mejorar, también por tal vía, aquellos sectores más aceptables por los súbditos o los conciudadanos. Pero este fenómeno no modificaba los términos del «sistema del derecho común» (entendido como «sistema de relaciones entre el *ius commune* y el *ius proprium*») porque la legislación regia, o ciudadana, o la disciplina consuetudinaria era o quedaba como normativa de *ius proprium*, reforzante y no sustituyente respecto a aquella de *ius commune* (6).

Las Partidas eran una reelaboración del Derecho Romano a partir de la glosa, en las que se volcó el *ius commune*, en línea con las pretensiones del monarca de imponer su poder y preservar al Derecho Común para su monopolio. Estuvieron vigentes durante unos pocos años, para ser luego suprimidas a raíz de la oposición de quienes de esa forma se veían privados de regirse por sus fueros, y sólo volvieron a ser aceptadas después sólo como derecho subsidiario, a partir del Ordenamiento de

(6) BELLOMO, MANLIO, *Compartiendo, respondiendo, añadiendo. Reflexiones en torno al Ius Commune. Rudimentos Legales. Revista de Historia del Derecho* 3, 2001, Universidad de Jaén, p. 9-19. En adelante *Compartiendo...*

Alcalá de Henares de 1348 (7), sin perjuicio de lo cual su autoridad doctrinal siempre fue muy grande.

Alrededor del siglo XVI comenzó una política de los reyes castellanos de rechazo al *ius commune*, fundada en la idea de no pertenecer al Imperio y en el deseo de los monarcas castellanos de reservarse la última palabra en materia de las fuentes del Derecho. Se aspiraba a que el derecho del Rey fuera aplicado en el foro con preferencia al romano y al canónico y de esta manera el derecho del Rey comenzó a afirmarse frente al derecho común.

En este sentido, por una pragmática de Juan II de 1427, suerte de «ley de citas» se prohibió citar a las autoridades posteriores a Bartolo. Otra ley de citas en 1499 de los Reyes Católicos cedió aun un poco más: los Reyes ordenaron que fueran preferidas las opiniones de Bartolo, y en los casos en los que él no se hubiera pronunciado, las de Baldo. En Castilla la Corona no se opuso al Derecho romano en sí, sino a los juristas-tratadistas que tendían a amenazar su monopolio del poder jurídico. Sin embargo, estas disposiciones representaron capitulaciones parciales frente a la invasión del Derecho Común doctrinario.

Castilla comenzó así a alejarse del modelo europeo porque las Partidas y el Fuero Real contenían Derecho Romano, aunque formalmente eran un cuerpo de Derecho Nacional: en la terminología de los juristas medievales era, pues, Derecho Propio, aunque recogiera Derecho Común (8).

A mediados del siglo XVIII continuó acentuándose la censura contra la invocación de textos y autores, sin que la literatura jurídica dejara de utilizar el *ius commune* como regla supletoria. Es que, según Martiré, no pudo soslayarse la fuerza de una tradición secular que justificaba el respeto y la considera-

(7) Ley primera, título 28, en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Segunda edición, Madrid, Antonio de San Martín, editor, 1872, en adelante *Los Códigos...*

(8) GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. «Historia de las nociones de derecho común y derecho propio». *Homenaje al profesor García Gallo* Universidad Complutense de Madrid, 1996. tomo I, pp. 207-240.

ción del *ius commune* romano-canónico. Es el caso de la reforma de la enseñanza del Derecho impuesta en el siglo XVIII para dar preeminencia al conocimiento del Derecho Real sobre los Derechos Romano y Canónico, que venían estudiándose tradicionalmente en las Universidades. La orden del Consejo de Castilla-sancionada por auto acordado de 4 de diciembre de 1713-acerca de que se enseñase el Derecho Real en las Universidades, «pues por él y no por el de los romanos deben sustanciarse y juzgarse los pleitos» (9), debió matizarse unos meses más tarde al disponer el mismo cuerpo-por auto acordado de 29 de mayo de 1714 — que se estudiaran conjuntamente el Romano y el Real, fundado en «la suma utilidad que producirá en la juventud» el estudio de ambos.

Con el Derecho Castellano se introdujo en América el Derecho Común europeo, dentro del cual está inserto el Derecho Castellano.

En lo que respecta a los temas que hoy constituyen el derecho de familia, se estructuraron alrededor de dos tipos de fuentes: el Derecho Canónico y el Derecho Castellano.

Las principales fuentes canónicas fueron las Decretales del papa Gregorio IX (10) y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563) (11).

Las fuentes seculares fueron:

a) Fuero Juzgo (mediados del siglo XIII); traducción al romance del «*Liber Iudiciorum*» (654) (12).

b) Fuero Real (1255): (13).

(9) Autos acordados, Madrid, 1772, II, I.1, en *Los Códigos...*

(10) Las Decretales se ocupaban del matrimonio clandestino y del contraído por leprosos y esclavos, Decretales, lib. 4, t. 3, 8, 9 y 16.

(11) Libro 4, título 3, en *Los Códigos...*

(12) Se ocupaba de algunos impedimentos para contraer matrimonio, de las «arras», de la autorización para contraer matrimonio, del matrimonio de la viuda, de la unión entre y con sierva, del contraído en ausencia del marido, del parentesco natural y del matrimonio efectuado por el hijo contra la voluntad del padre. Libro 3 y 4. en *Los Códigos...*

(13) Dictado con el objeto de unificar los derechos locales. Estaba inspirado en los fueros anteriores, y también en el derecho común — romano y canónico—En el tema del matrimonio, contenía disposiciones sobre el de la

c) Partidas: (14)

d) Ordenamiento Real u Ordenamiento de Alcalá (1348).

e) Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1484): (15)

f) Leyes de Toro (1505): (16).

g) Concilio de Trento (1545-1563): (17).

h) Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567): (18)

i) Pragmática de 1776: (19).

3. *El derecho indiano.*

3.1. *Las fuentes del Derecho Indiano.* — Tal como señalamos, en los primeros tiempos el Derecho Indiano fue una mera prolongación del Derecho de Castilla, merced a que fue precisamente la Corona de Castilla la que impulsó y soportó las cargas del descubrimiento; sin embargo, pronto se advirtió que los problemas del territorio descubierto eran muy diferentes de los

huérfana, el de la viuda, el contraído sin el consentimiento del padre, sobre la bigamia, así como normas sobre el matrimonio celebrado por la mujer estando el marido ausente, el adulterio, el matrimonio con el esclavo y el divorcio. Libro 3, en *Los códigos...*

(14) Dictadas por Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260. Las Partidas II, III, IV y VI contienen disposiciones aplicables a la familia. La Partida IV se ocupaba del matrimonio y tuvo como fuente las Decretales. En *Los códigos...*

(15) Disponía la publicidad de los matrimonios, fijaba la pena del bigamo y legislaba sobre el régimen patrimonial del matrimonio.

(16) La mayoría de las normas contenidas en este ordenamiento jurídico giraba alrededor del derecho sucesorio y además disponía sobre el matrimonio clandestino. ley 49, en *Los Códigos...*

(17) Ordenó y sistematizó toda la doctrina del matrimonio, reafirmando su unidad, su indisolubilidad, y su carácter sacramental.

(18) Legislabo sobre el matrimonio clandestino, el de las viudas, la pena del bigamo y la de los adúlteros, el régimen patrimonial del matrimonio, los hijos naturales y los alimentos entre parientes. Ley 9, título 2, libro y ley 1, título, libro 10 de la Novísima Recopilación. En *Los códigos...*

(19) Se ocupaba del matrimonio de los hijos de familia menores de 25 años, requiriendo el consentimiento paterno para celebrarlo. Establecía penas para los que lo omitieran e instrumentaba un recurso contra la irracional oposición de los padres.

européos o españoles y, en consecuencia, resultaba difícil que la legislación castellana solventara los conflictos que se planteaban en la realidad indiana.

Todo ello propició que las autoridades castellanas elaborasen, casuísticamente, nuevas normas concebidas de manera especial para solucionar los concretos problemas de que tenían conocimiento los legisladores, surgiendo así un Derecho nuevo: el Indiano.

Las primeras manifestaciones del Derecho Indiano según algunos autores, fueron las capitulaciones suscritas en el campamento de Santa Fe, frente a Granada, por los Reyes Católicos y Colón el 17 de abril de 1492. Para Bravo Lira, la toma de posesión de tierra americana por Colón representa la primera aplicación del Derecho Común a estas tierras y a los habitantes de América (20).

Estas normas descansaron sobre la legislación vigente en Castilla y en buena parte sobre los principios del Derecho Común.

Unos años después, el contacto de los descubridores y colonizadores con la realidad americana planteará nuevos problemas y la necesidad de encontrar soluciones a cuestiones que no cabían en el régimen europeo, y que incluso eran inimaginables para la cultura jurídica de su tiempo. Esta situación llevará a la necesidad de un reajuste de las instituciones peninsulares al nuevo ambiente. Así, por ejemplo, la presencia del indio creará problemas no previstos por la mente europea y dará paso a una legislación original. Los debates teóricos sobre la legitimidad de la conquista, abrirán horizontes amplios al derecho internacional; y las polémicas sobre el trato del indígena, ensancharán las normas del derecho del trabajo. Al mismo tiempo, el derecho privado deberá ocuparse de los efectos de los matrimonios entre españoles e indígenas.

(20) BRAVO LIRA BERNARDINO, «El derecho indiano y su raíces europeas: derecho común y propio de Castilla», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1988, pp. 5-80. En adelante *El derecho indiano y su raíces europeas...*

Podemos definir al Derecho Indiano como al derecho propio de la América española desde la época de los descubrimientos hasta la codificación. Estuvo conformado por elementos del Derecho Castellano, el «específico» de Indias — ya fuera secular o canónico — este último emanado de los cánones de los concilios provinciales y el derecho indígena, que el colonizador español acogió en la medida en que no se opusiera a la religión católica.

El derecho especial para Indias estaba integrado por las normas jurídicas que expresamente se habían dictado para América, a través de lo legislado por diversas autoridades en la Península y en Indias: el Rey, el Consejo de Indias, los virreyes, los Cabildos, las Audiencias, los gobernadores, presidentes, corregidores, etc. Estas leyes y órdenes para América debían ser lo más semejante y conforme que se pudiera con las de Castilla, en función de lo prescrito por la Recopilación de Leyes de Indias, en el sentido de que «siendo de una Corona los Reinos de Castilla y de las Indias», se debía «reducir la forma y manera del gobierno de las Indias al estylo y orden en que son regidos y gobernados los Reinos de Castilla y de León»... «en cuanto hubiere lugar y lo permitiere la diversidad de las tierras y naciones» (21).

El Derecho Indiano posee algunos rasgos que lo distinguen de otros derechos que se aplicaron en dominios de ultramar de potencias europeas: uno de ellos es el hecho de haber sido recopilado y sistematizado. Esta tarea fue el producto de un largo proceso, que se inició en el siglo XVI con la confección de cédulas y que concluyó, en una primera etapa, con su Recopilación en 1680 (22).

(21) RLI, II, ii, 13.

(22) La abundancia de legislación metropolitana indujo a pensar en su recopilación para su más fácil consulta y aplicación, tarea que se emprendió tanto en América como en España y que duró más de un siglo. Por real cédula de 4 de setiembre de 1560 Felipe II encomendó la recopilación de las leyes dictadas para Nueva España a su virrey Luis de Velasco, quien confió la tarea al fiscal de la Real Audiencia de México, Vasco de Puga. El resultado de su trabajo fue la impresión en dicha ciudad, en 1563, del Ce-

Otra peculiaridad del Derecho Indiano es la consideración asignada a la costumbre como fuente generadora de Derecho. Mientras que para la misma época, en Europa Occidental, al calor de las doctrinas racionalistas de Hobbes, Voltaire y Bentham, la costumbre había cedido como fuente del derecho frente a la ley, en Indias las leyes se nutrieron de normas consuetudinarias indígenas y se hizo referencia frecuente a los usos y costumbres, conforme se estilaba en el mundo clásico.

Con respecto a las indígenas, la Recopilación de Indias dispuso que se guardasen las leyes y las costumbres indígenas en la medida en que no se opusieran a la religión y a las leyes castellanas (23). En consecuencia, se condenaron aquellas que vulneraban el orden natural, la religión o eran perjudiciales para la salud y vida de los aborígenes, pero también se abogó por la tolerancia de algunas hasta que se produjera su lenta desaparición. En este sentido, se dio acogida a instituciones típicamente indígenas tales el yanaconazgo y la mita (24).

3.2. *La «estirpe» del Derecho Indiano.* — No siempre y en todos los lugares se ha entendido por *ius commune* el dere-

dulario que lleva su nombre. Se trata de una colección de leyes, cuyos textos se insertan íntegramente por orden de fecha, a partir de 1525, sin añadir a ellas ningún comentario. Un trabajo semejante comenzó en el Perú bajo la dirección del Virrey Francisco de Toledo, sin llegar a su término. Los cedula-rios permitieron emprender la obra de la Recopilación, pues proporcionaron ordenadamente los textos legales. Sobre la base de los cedula-rios diversos juristas comenzaron a elaborar los llamados «sumarios», consistentes en extractos de una nueva ley o refundición de varias del mismo tema, con la previa indicación de la fecha de su publicación originaria y ordenados por materias, siguiendo así la habitual técnica de las recopilaciones. En esta tarea intervinieron sucesivamente diversos juristas, como Diego de Zorrilla, Rodrigo de Aguiar y por último Antonio de Leon Pinelo, quien prepara un nuevo proyecto y en 1628 da a la publicidad los sumarios de los 4 primeros libros para facilitar su revisión. Finalmente el Licenciado Fernando Panigua concluye la obra sobre la base de proyectos de sus predecesores, la que fue promulgada en 1680 por el rey Carlos III con el nombre de «Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias».

(23) Ley 4, título I, libro II. En *Los códigos...*

(24) Se trata del trabajo por turnos en las minas.

cho común a todo el orbe cristiano, integrado principalmente por el romano-canónico, «creado por los comentaristas aunque con propia fisonomía» y por *ius proprium*, dentro del sistema de ese Derecho Común, el Derecho propio o «estatuto» particular de un Estado o territorio determinados.

En Indias la categoría de *ius proprium* adquirió un nuevo sentido. Como en España, en Indias el Derecho Castellano, con el derecho Romano como su fuente doctrinal, fue tratado como *ius commune*. El Derecho Indiano-en sentido estricto, entendido como la legislación dictada por el rey o por autoridades locales indianas-adquirió la posición de *ius proprium*. En consecuencia, podemos afirmar que en Indias se recreó la díada *ius commune-ius propria*, configurándose el castellano como *ius commune* y el Derecho Indiano como un *ius proprium*.

Según Guzmán Brito, «la contraposición Derecho Común (Real)-Derecho Propio-adquirió su pleno sentido en Indias.» Para Philaphamakki, la situación se distinguió claramente de la de Castilla, donde los derechos propios, es decir los derechos forales, habían perdido prácticamente toda la fuerza al comenzar la Edad Media y posicionado dentro del marco genuinamente europeo e internacional (25).

Hecha esta aclaración, podemos avanzar para determinar cuál es la «estirpe» del Derecho Indiano, anticipando desde ya que el Derecho Indiano hunde sus raíces en el *ius commune*.

Es que Derecho Indiano y Derecho Castellano guardan estrecha relación, formando un entramado jurídico que no puede escindirse, básicamente porque el Derecho Castellano ha estado tan anexado al Indiano que la asignación de categoría de «supletorio» para el Castellano aparece bastante limitada. En este sentido, el Derecho Indiano es un sistema jurídico único de complementación en el que a veces predomina el Derecho Castellano, y en otras oportunidades prevalece el indiano y en función de ello se puede afirmar que el Derecho Indiano estuvo siempre asociado a la cultura del *ius commune*.

(25) PHILAJAMÄKI. *op. cit.*

Es que, a la hora de buscar soluciones a las nuevas situaciones que se iban planteando y a las que el Derecho Castellano no había contemplado, los juristas prefirieron adoptar soluciones conocidas y cuya efectividad ya había sido probada: costaba, en palabras de Bravo Lira «recurrir a soluciones nuevas».

El *ius commune* europeo integrado por el Corpus Iuris Civilis, el desarrollo de la ciencia de los glosadores y comentaristas y los elementos del derecho estatutario europeo, se recepcionó en Indias, según Javier Barrientos Grandón, por dos grandes vías: una de potestad, es decir, oficial o real, y otra de autoridad, vinculada a las universidades y a la cultura jurídico-literaria.

Por vía de potestad el derecho común se recibió, en cuanto contenido, principalmente a través del Fuero Real y de las Siete Partidas que, a diferencia de Castilla, se aplicaron en Indias preferentemente en materias de derecho privado, supuesta la escasez del derecho municipal y la inexistencia de derecho foral.

Por vía de autoridad, fueron las universidades establecidas en las Indias según los moldes del Viejo Mundo, las que contribuyeron a través de la enseñanza del derecho a recibir y difundir las diversas corrientes jurídicas y sus métodos entre quienes siguieron la carrera del derecho (26).

Los estudios jurídicos se iniciaron en las Universidades de México y Lima en 1551, en las que sólo se estudió el derecho común. De las aulas indianas egresaron graduados que llegaron a ocupar plazas en el gobierno y en la administración de justicia indianos. En ellas el derecho civil se enseñaba en las cátedras de Instituta, Digesto y Código y constituía el eje de la enseñanza de la ciencia jurídica. Para Tau Anzoátegui, «esta acentuada formación «romanista» tuvo su consecuente influjo en la actividad profesional, de la que es una manifestación el

(26) BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, «Mos italicus y praxis judicial indiana», en *Ius Fugit* 5-6 1996-1997, p. 373.

hecho de que estas obras estaban en todas las bibliotecas de juristas de la época, y a la reiterada mención de autores y textos romanos en los escritos profesionales y doctrinarios».

Paralelamente a lo referido acerca del derecho civil, en las universidades indianas se enseñaba el derecho canónico a través de las cátedras de Decreto y Decretales y también la literatura canónica era constantemente invocada en escritos y alegada en los tribunales, al tiempo que estaba presente en las bibliotecas de los juristas, constituyéndose en elemento integrante de la ciencia jurídica del período indiano.

En la Edad Moderna los juristas continuaban usando los dos Corpus Iuris (Corpus Iuris Civilis y Corpus Iuris Canonici) adoptando las mismas técnicas y razonando con los mismos *modi arguendi* que habían heredado del pasado, y lo hacían tanto cuando aplicaban las normas del *ius commune*, como cuando adoptaban las mismas normas y las *figurae* jurídicas incorporadas en éste para comprender y para interpretar y para aplicar las normas de los nuevos ordenamientos territoriales (27).

A medida que se afianzó la cultura jurídica en América hispana y que cobró fuerza el derecho real, sobre todo en los siglos XVIII y XIX, «los libros jurídicos españoles-que fueron perdiendo lectores en otros países europeos-incrementaron su presencia en suelo americano...» (28).

Fue así que el Derecho Indiano se integró en plenitud en la esfera jurídica de Occidente, razón que explica por qué el *ius commune* se erigió, al decir de Bernardino Bravo Lira, en su «marco de referencia constante». Ello implicó la inconsciente adhesión de los juristas indianos a una cierta *forma mentis* de concebir el derecho, una muy distinta a la contemporánea y en la cual las leyes del rey no se concebían aplicables en solitario, sino acompañadas por el prestigioso comentario de los juristas.

(27) Bellomo, *Compartiendo...*

(28) TAU ANZOÁTEGUI, *ob. cit.*

En este sentido, durante todo el período indiano, pero sobre todo durante los siglos XVI y XVII, los juristas, «sin eludir a la ley sino operando sobre ella, asumieron un insustituible papel directivo en el ámbito jurídico, de modo tal que la jurisprudencia de los autores llegó a constituir el elemento vertebral en la sensibilidad jurídica» (29), tal como había sucedido con la doctrina del *ius commune*. Para Abásolo, «el eje del prestigio de los juristas reposaba en la autoridad atribuida a sus opiniones, las cuales eran tenidas en más a medida que obtenían la adhesión de otros autores, apoyo que, incluso, podría derivar en la consagración de las mismas una vez tenidas por *communis opinio doctorum*», mecanismo mediante el cual «la pluralidad, heterogeneidad y dedescentralización de principios y soluciones propias de la cultura del *ius commune* podía ser finalmente conducida a la unidad» (30).

Dice al respecto Abásolo que considerado un derecho de juristas, y respetuoso, además, de la tradición y de la experiencia, el indiano resultó ser, por natural inclinación, un derecho «disputado» y fecundamente abierto a las controversias doctrinarias, razón por la cual sus cultores se vieron precisados a invocar, expresamente y con cierto detalle, los basamentos de sus opiniones, no como «fruto de una vacua erudición, vanidosa e innecesaria», sino «un requisito excluyente para demostrar la fortaleza de las posiciones asumidas en cada caso. Vale decir, pues, que la abundancia de citas y de notas resultaba clave para concitar el respeto de colegas y de magistrados» (31).

García Gallo sostiene que la literatura jurídica indiana de los siglos XVI a XVIII es una proyección sobre el Nuevo Mundo de la entonces existente en Europa» (32). Es así como

(29) ABASOLO, EZEQUIEL. «Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del «*ius commune*» en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la «Cultura del Código». *Rev. estud. hist.-juríd.*, 2004, N° 26, pp. 423-444.

(30) ABASOLO, *ob. cit.*

(31) ABASOLO, *ob. cit.*

(32) GARCÍA GALLO, ALFONSO, *La ciencia jurídica en la formación del*

en estos remotos confines indianos, alejados de Europa, aparecen obras basadas en sólidas raíces de una formación universitaria europea. Pero paralelamente, conforme Bellomo, es posible detectar en la producción indiana un «sólido, central, constructivo» pensamiento jurídico que «ha impreso el marco de su originalidad en una entera y compleja civilización jurídica», y no sólo en aquella indiana, «que estaba detrás del espejo o más bien incorporada en el espejo, sino también en la europea» (33).

Bravo Lira ha sostenido que «los más célebres letrados y teólogos fueron llamados desde muy temprano por la Corona para que dieran su parecer en las más graves cuestiones jurídicas planteadas por el descubrimiento y la expansión española en América». Esta literatura jurídica está formada principalmente por dos tipos de obras, las de derecho específico para Indias y las del Derecho Castellano. Pertenecen al primer grupo los libros que tratan de temas específicamente indianos, tales como el Real Patronato, el gobierno temporal de las Indias, la condición jurídica de los indígenas, la fundación de las ciudades, las encomiendas y otros. Corresponden al segundo grupo los libros que tratan del Derecho Castellano vigente en América, comentarios a las leyes de Castilla y demás en materias civiles, penales, procesales, etc. (34).

Para Tau Anzoátegui, «en el estudio de las nuevas instituciones surgidas en América también el modelo del Derecho común estuvo presente repetidamente» (35).

Nos referimos a las obras de Juan de Solórzano Pereyra, autor de la *Política Indiana*, en la que abarca los principales te-

derecho hispanoamericano en los siglos XVI a XVII, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XLIV, 1974, pp. 157-200.

(33) BELLOMO, MANLIO: «¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?» *Actas de Derecho Indiano*. XIII Congreso Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Historiador Oficial de Puerto Rico, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003, p. 5-16. En adelante *Por qué un historiador...*

(34) BRAVO LIRA, *El derecho indiano y su raíces europeas...*

(35) TAU ANZOÁTEGUI, *ob. cit.*

mas del Derecho Indiano (36) Juan de Matienzo, nacido en España y oidor en Charcas, autor del *Gobierno del Perú*; Antonio Leon de Pinelo, nacido en Valladolid y educado en Lima, autor del *Tratado de confirmaciones reales*, escrito en 1630, sobre temas jurídicos, históricos, bibliográficos y cosmográficos; Juan de Hevia Bolaños, autor de la *Curia Philipica*, obra de derecho procesal, aparecida en 1603, y del *Labyrintho del comercio terrestre y naval*, sobre derecho comercial, para mencionar algunos.

Según Bellomo, si releemos las páginas de Juan Matienzo y de Juan de Solórzano y Pereira relativas al régimen jurídico de los testamentos, no aflora nada que pueda persuadir que los dos juristas hubieran renegado de la normativa del *ius commune*, por lo que considera que «... no sólo en el pensamiento de los dos juristas está bien presente, toda entera, la realidad cultural europea del *ius commune* y del sistema del *ius commune* relacionado con el *ius proprium*, sino también que la realidad cultural europea es parte elemental y esencial de todo razonamiento y de toda solución» (37).

En opinión de Bellomo «... en los razonamientos de Juan Matienzo y de Juan de Solórzano y Pereira nada parece indicar que los dos juristas se hayan distanciado del modo tradicional de ver, de preparar y de resolver los problemas que eran y son propios de un mundo en perenne renovación, en Europa como en las Indias» ya que se apoyan en las *auctoritates* de relevante edad y en los juristas de fama consolidada, desde Bartolo de

(36) Nació en Madrid el 30 de noviembre de 1575 y murió en la misma capital en 1653 ó 1654. Estudió Humanidades y Jurisprudencia en la Universidad de Salamanca en la que tuvo a su cargo varias asignaturas de Derecho. En 1609 fue nombrado oidor de la audiencia de Lima, cargo que desempeñó hasta 1627, en que volvió a España como Fiscal del Consejo de Hacienda, después del de Indias y más tarde (en 1642) del de Castilla. Conf. Espasa-Calpe, Tomo 57, p. 198.

(37) Bellomo toma como ejemplo la institución del favor testamenti que según este autor «no está solo en un jurista como Juan de Solórzano y Pereira: está también en el legislador del tiempo y de los tiempos precedentes, como lo ha estado en la doctrina jurídica del *ius commune*». En *Por qué un historiador...*

Sassoferrato a Baldo degli Ubaldi, desde Alberico de Rosciate a Palol de Castro.

Así, considera que «releyendo las obras de Matienzo y de Solórzano y Pereira se nota que en éstas ha fructificado una vasta y sólida cultura humanística, no sólo porque vienen citados autores clásicos, sino también porque vienen recordados juristas que en Europa daban cuerpo y sustancia a las variadas corrientes del humanismo jurídico, como por ejemplo, Budeo, o Connano, o Andrea Alciato (del cual, en algunos puntos, son llevadas *ad litteram* frases enteras)». Por ello, para este autor «...todo reclamo de la herencia clásica, de estampa humanística según el metro de juicio de los historiadores del derecho europeo, se liga con coherencia y homogeneidad a los principios que el *ius commune* recuperaba de la herencia romana». En el mismo sentido, Tau Anzoátegui cita como ejemplo el tratamiento de las encomiendas por parte de Solórzano, en las que este autor «recurría al mayorazgo castellano y al feudo para determinar su condición jurídica» y en el que «aparecía, de modo sugerente, el triple enlace de lo indiano, castellano y europeo» (38).

Otros autores, como Teodoro Hampe Martínez consideran que Alonso de Herrera, Gaspar de Villarroel, Juan de Solórzano Pereira y Antonio de León Pinelo, entre otros, se preocuparon por «filtrar» las enseñanzas provenientes de los grandes centros teóricos europeos, debatiendo en cada caso si sus reflexiones y propuestas eran aplicables a la realidad peculiar de las Indias, por considerar que los enjuiciamientos teológico-morales formulados en Salamanca, París o Roma no eran transportables sin más al Nuevo Mundo americano (39).

(38) TAU ANZOÁTEGUI, *ob. cit.*

(39) «Sobre la Escolástica virreinal peruana: el P. Leonardo de Peñafiel, comentarista de Aristóteles (1632)», en *La tradición clásica en el Perú virreinal*. Teodoro Hampe Martínez compilador. Disponible en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/historia/trad_clas/sobre_escolas_virrei_per.htm#45. Consultada el 27-01-06.

No obstante, la doctrina de los autores, como fuente del derecho, fue atacada en el siglo XVIII al compás de las nuevas ideas, junto con el arbitrio de los jueces, debido a que se había convertido en uno de los baluartes que había permitido a los juristas monopolizar el conocimiento del derecho y la administración de justicia, asegurándose de este modo un gran poder social y económico. Como contrapartida, se postulaba la elaboración de cuerpos legales, comprensivos, breves y claros, que dando certeza al derecho, librasen a la sociedad de la opresión de los juristas (40).

Entre los juristas castellanos e indianos que se ocuparon, entre otras cuestiones, de lo que hoy entendemos por derecho de familia, podemos señalar a Gregorio López, quien glosó las Partidas; el práctico (41) Francisco Antonio de Elizondo (42), Juan López de Palacios Rubios, el autor del «Requerimiento», quien también tuvo algo que decir con respecto a las relaciones familiares, Antonio Gómez (43), Antonio Xavier Pérez y Ló-

(40) TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano*, *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, núm. 17, 1989, p. 382.

(41) Los «prácticos» o «judicialistas», o como diríamos hoy en día «procesalistas» escribían en castellano, a diferencia de los grandes juristas teóricos, que enseñaban en las universidades. Transmitían la experiencia adquirida en los distintos organismos en los que desempeñaban. Así enseñaban acerca de la forma de pleitear y resolver los casos concretos en el foro y de esta manera proporcionaban a los letrados los conocimientos prácticos que éstos no habían recibido durante su paso por la universidad. A partir del siglo XVI y durante tres siglos produjeron obras englobadas bajo denominaciones tales como «Práctica forense», Práctica civil y criminal», «Instrucción», «Instituciones prácticas», etc., destinadas no a los estudiantes de las universidades, como lo hacían los catedráticos, sino a abogados, jueces y escribanos.

(42) Vivió en el siglo XVIII. Desde 1783 perteneció a la Academia de Ciencias Naturales de Barcelona y fue también catedrático honorario de la de Buenas Letras de Sevilla. Desempeñó el cargo de Fiscal de la Real Cancillería de Granada, conforme Espasa-Calpe Tomo 19, p. 790.

(43) GÓMEZ, ANTONIO, *Commentarium absolutissimum natuti*, Typis Petri Marin, MDCCLXXX, Nació en el siglo XVI en Talavera de la Reina. Cursó sus estudios en la Universidad de Salamanca, de la que fue luego

pez (44), José de Covarrubias (45), el práctico Conde de la Cañada, Castillo de Bovadilla (46), otro práctico, Joseph Febrero (47) e Ignacio Jordán de Asso y Miguel Manuel y Rodríguez, autores de la obra «*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*» (48), entre muchos.

4. *El derecho castellano-indiano en los expedientes judiciales.*

Si se examina el contenido de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680 y de las disposiciones dictadas en España para regir en Indias o en el Nuevo Mundo, por quienes tenían facultades legislativas, hay un predominio de normas de derecho público sobre el privado.

Fueron pocas las disposiciones de Derecho Indiano que se ocuparon de la regulación jurídica de la familia, y éstas giraron alrededor de los temas en los que era necesario tomar distancia de lo preceptuado para la península, por lo que es en este terreno donde el Derecho Indiano se debe alejar de sus raíces europeas (49).

profesor. Conf. Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa Calpe, XXVI, Madrid 1925, Tomo 26, p. 544.

(44) Nació en Sevilla en 1736 y muerto en 1792, fue profesor en la Universidad de Sevilla y autor de la obra *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas y alfabético de sus títulos y principales materias*, que consta de 28 volúmenes.

(45) COVARRUBIAS, JOSÉ, *Máximas sobre los recursos de fuerza y protección*, Joachin Ibarra, Madrid, 1785, Tº I, p. 86.

(46) *Instituciones Prácticas de los Juicios Civiles*, Madrid, 1793.

(47) JOSEPH FEBRERO, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1844. Tº I, p. 29/42 y 438/51 y Tº 3-4, p. 29. Nació en Mondoñedo, murió en 1790 y fue escribano real (conforme Salvat, Barcelona, 1955, Tomo VI, p. 623).

(48) Imprenta de Andrés de Soto, Calle de Bordadores, 1786, p. 45.

(49) Nos hemos referido extensamente a este tema en nuestro trabajo «Existió un derecho de familia indiano?», *Revista de Derecho Procesal y Practica Forense*, nº 4, Año III, Año 2002, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 222/ 273.

Uno de los primeros problemas en materia de derecho de familia que planteó a la Corona el descubrimiento de América fue el del «casado ausente», que podríamos afirmar fue un nuevo status social y familiar. Se trataba de los hombres casados que pasaban a América sin sus familias, y más adelante, los radicados en Indias que pasaban solos a España.

Desde muy temprano la Corona se esforzó en mantener la unidad de domicilio conyugal, ordenando que los casados llevaran a las Indias a sus mujeres e impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer (50).

La Corona tenía motivos sociales, económicos, jurídicos, y sobre todo, religiosos para preservar el principio de la unidad de domicilio, entre los que podemos mencionar el cumplimiento del fin propio del matrimonio-procreación —, la que era imposible sin cohabitación; la necesidad de poblar el Nuevo Mundo a partir de una familia legalmente constituida que proporcionara colonizadores-el separado o el que no tuviera una familia asentada era un inconveniente a la población — y finalmente la preocupación por evitar que los maridos abandonaran a sus mujeres y las dejaran sin el conveniente sustento y que la Corona tuviera hacerse cargo de la mujer desatendida (51). Más

(50) RLI, VII, iii, 1. Se estableció que los casados o desposados en esos reinos debían ser remitidos a hacer vida con sus mujeres e hijos. La orden estaba dirigida a los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, y «otros cualquier jueces y justicias de las Indias, Tierra Firme, puertos e islas», ordenándoles se informaran «de los que hubiere en sus distritos, casados y sin licencia para poder pasar a las Indias, o siendo acabado el término de ella».

(51) En Indias fue necesario insistir en que virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive Consejo de Indias persiguieran a quienes estuvieran amancebados y recomendar a estos funcionarios que aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los que fueran públicos. Por cuestiones políticas y en algunas regiones, se presionó a determinados individuos a contraer matrimonio, como por ejemplo a los encomenderos, a las mujeres solteras y viudas con indios encomendados provenientes del padre del difunto marido, o bien a los solteros en determinados territorios, con vistas a poblar los asentamientos.

adelante se planteó idéntica situación con los casados en Indias que viajaban a España u otros lugares de América.

Una cuestión aparte en el tema del derecho de familia indiano fue la de los matrimonios indígenas. En este sentido, se insistía en la necesidad de que los indígenas no se casaran con más de una mujer (52), pero se recomendaba paciencia en la exigencia de implantar la monogamia (53). También existieron disposiciones de la Corona dirigidas a evitar que los indios se amancebaran y a prohibir que vendieran a sus hijas (54). Con respecto a las formalidades para contraer matrimonio fue necesario disminuirlas, obviando en muchas ocasiones los impedimentos por parentesco y dejando de aplicar con el mismo rigor y disciplina los preceptos del Concilio de Trento.

Hubo también que adaptar las disposiciones de la Pragmática de 1776 sobre matrimonio de los hijos de familia en función de la aparición de nuevas etnias, tales como los indios y los negros y las distintas mezclas de razas. En América se excluyó su aplicación con respecto a «los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas, y razas semejantes», exceptuando

(52) año 1551, 17 de diciembre: «Cédula que manda a la Audiencia de las provincias del Perú que no se consienta que ningún cacique se case con más de una mujer, aunque sea infiel»; «... a nos se ha hecho relación de que en esa tierra muchos caciques tienen número de mujeres encerradas en su término para usar de ellas en sus desconciertos... os mando que veais lo suso dicho y proveais que en todas las provincias sujetas a esa Audiencia ningún cacique, aunque sea infiel, se case con más de una mujer». *Cedulario de Encinas*, lib. IV, fols. 350-351. Sobre la base de esta disposición se dictó la ley 5, del título 1, libro 6, de la Recopilación de 1680.

(53) ALONSO DE ZORITA, *Cedulario de 1574. Leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar oceano, por las cuales primeramente se han de librar todos los pleitos civiles y criminales de aquellas partes*, Introducción de Jesus Silva-Herzog Flores, México, 1984.

(54) Año 1628, 29 de septiembre. A partir de una disposición del Rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se dictó la ley 6, título 1, libro 6 de la Recopilación de 1680, la cual establece que los indios no puedan vender a sus hijas para contrar matrimonio: «usaban los indios al tiempo de sus gentilidad vender a sus hijas a quien más les diese, para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios, ...ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna... del indio que se hubiese de casar con su hija».

«los que en calidad de oficiales sirvan en las milicias» o «se distinguan de los demas por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demas estuviesen obligados a su ob-servancia». Con respecto a la edad para solicitar el consen-timiento, en Indias se bajaron los umbrales, permitiéndose que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 — eda-des que disminuían a 24 y 22, 23 y 21 o a 22 y 20 si eran, res-pectivamente, las madres, los abuelos o los tutores quienes de-bían prestar el consentimiento — dispusieran de sus personas, al autorizarlos a casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores (55).

Atento a la peculiaridad del sistema jurídico indiano, en el que predominó el casuismo y que determinó que cada caso fuera analizado a la luz de su propia peculiaridad, es en las pre-sentaciones de las partes, en los escritos de los asesores letra-dos, en los dictámenes de los Fiscales donde se hacen ostensi-bles las fuentes utilizadas. Ello debido a que las resoluciones de las autoridades encargadas de administrar justicia no debían in-cluir los fundamentos de derecho, en función de lo prescripto por la real cédula de 1768, incorporada a la Nueva Recopila-ción, que prohibía motivar las mismas (56). Es a través de los expedientes judiciales donde se constata la alineación o el con-traste entre el régimen jurídico y la puesta en práctica de esos mismos principios.

Es por ello que se torna imprescindible acudir a la praxis judicial indiana para detectar el grado de recepción del *ius commune*, el que tal como lo ha advertido Barrientos Grandón, dependía de varios factores, tales como el carácter letrado o no del tribunal, la intervención de asesores letrados y la formación del mismo estamento letrado. De tal manera, según este autor

(55) *Los Códigos*.

(56) Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro XI, título XVI, ley 8; conforme Abelardo LEVAGGI, «La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano», Revista de Historia del Derecho (en adelante RHD) N°6, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, p. 50.

«la presencia del *ius commune* siempre resultaba más notoria cuando se estudia el mundo culto vinculado a las reales audien-cias, y tendía a debilitarse al analizar los tribunales legos, o aquellos alejados de las sedes de audiencias» (57).

En lo que al derecho de familia respecta, el *ius commune* se hizo presente a través de la cita directa de las fuentes legales castellanas, entre las que encontramos a las Partidas, que fue-ron asiduamente nombradas, como no podría dejar de espe-rarse (58). También se invocó el Fuero Real (59), las Leyes de Estilo (60), las Ordenanzas Reales de Castilla (61) y la Nueva Recopilación de las Leyes de España (62). Con respecto a reales cédulas y pragmáticas, fueron frecuentes las citas de la Pragmá-tica de 1776 sobre matrimonio de los hijos de familia. También el derecho canónico fue invocado en el foro (63).

Los estrados judiciales nos proporcionaron a través de los escritos judiciales, interesantes muestras de la supervivencia en los siglos XVIII y XIX del *ius commune*, tanto cuando se tra-taba de fundar derechos y acciones como para la interpretación de las leyes reales. En este sentido, algunos autores han seña-lado la significación que tenía este Derecho en la praxis judicial indiana, encontrando frecuentemente citas de la Digesta, Có-digo y Novelas, ya fuera en forma directa o a través de autores pertenecientes a la tradición de *mos italicus* tardío.

Es que, tal como afirma Levaggi, letrados, jueces y asesores, no pudieron, «escapar a la necesidad profesional, o a la ten-

(57) BARRIENTOS GRANDÓN, *ob. cit.*

(58) Archivo General de la Nación, República Argentina (en adelante AGN) AGN C17-13; AGN 243-1/2; AGN 103-10; AHPBA 7-1-85-1; AGN 155-18; AGN 155-18; AGN 17-5 y 16. Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, (en adelante AHPBA) 5-5-7-28. AHPBA 7-1-85-1.

(59) AHPBA 7-1-85-1; AGN Tribunal Civil (en adelante TC) A 1 1800.

(60) Leyes 203 y 205; AGN TC A 1 Año 1800.

(61) 29-2-4. Pasó a la Novísima como 13-1-6; AHPBA 5-2-17.

(62) Leyes 5, 6 y 7-1-5; AGN 155-18, 9-6-4; AHPBA 5-2-12-83; AHPBA 5-5-67-5.

(63) AGN TC L1 1800-1809; AHPBA 5-2-17-9; AHPBA 5-2-17-9 y 5-2-22-5.

tación erudita, de acudir a latines bien o mal empleados según los casos» (64), y continuaron invocando en sus presentaciones, el derecho romano que se había pretendido desplazar, ora citando sus leyes, sus autores, sus principios, sus reglas, aforismos y axiomas jurídicos, práctica tradicional, esta última, del *mos italicus* (65).

Pasando al Derecho Indiano, pocas eran las normas sobre relaciones familiares consagradas expresamente en las leyes indianas; sin embargo las partes y los jueces acudieron en busca de sus disposiciones en el tema de la unidad de domicilio conyugal-en el que también se invocaron bandos de buen gobierno- (66) y con referencia a la bigamia indígena (67).

Paralelamente, la invocación de opiniones de la doctrina jurídica castellano-indiana en los escritos judiciales era frecuente, pese al auge de la crítica contra esta fuente del derecho.

Es que esta metodología se presentaba como un reflejo de la tradicional enseñanza jurídica de carácter escolástico y de la tendencia de los juristas del *mos italicus tardío*, tanto europeos como indianos, a recurrir en sus obras a la *communis opinio doctorum*. Barrientos Grandón se refiere a la argumentación por parte de los letrados y jueces indianos no sólo con el sustento de la potestad de la ley real o canónica sino también sobre la base de la autoridad de los doctores, casi «como una necesidad de espíritu» (68).

Aparecían citadas las obras de comentaristas, tanto civilistas como canonistas, tales como las obras de Bartolo de Sassoferr-

(64) LEVAGGI, *ob. cit.*

(65) a) «Exemplis non est iudicandum»; «Non exemplis, sed legibus est iudicandum»: no con ejemplos, sino con leyes, juzgan los jueces. AGN 141-7; b) «Iuris delicti una pena»; «Nemo debet-bis puniri pro uno delicto»: a nadie se castigue dos veces por un delito, AGN 61-18 c) «Generi per speciem derogatur»: el género se deroga por la especie.» (AGN 243-1/2).

(66) Bando del 9-9-1777. En AGN 196-5; AGN 110-16.

(67) RLI, lib. 4, t. 1, ley 6, AGN 61-18; AGN 190-21.

(68) BARRIENTOS GRANDÓN, *ob. cit.*

rrato como de Baldo de Ubaldis entre los civilistas como la de Nicolás Tudeschis entre lo canonistas.

En las cuestiones de familia, por ejemplo, de todos los autores, el más citado fue un práctico, Francisco Antonio de Elizondo quien en su obra *Práctica Universal Forense* intentaba facilitar el trabajo de los jueces, abogados y escribanos.

También se mentó a Gregorio López; a Diego Pérez; a Juan López de Palacios Rubios, Antonio Gómez; a Diego de Covarrubias; a Juan Gutiérrez; al Conde de la Cañada y a Castillo de Bovadilla.

El canonista más citado fue Tomás Sánchez (69). Hemos detectado también la cita de San Agustín, del padre Avendaño con su «Thesaurus Indico», Azevedo (70), Calmet (71). Molina (72), Peláez, Martín de Azpilcueta Navarro, Díaz de

(69) PEÑA, Roberto «Fuentes del Derecho Indiano. Los autores Analecto Reiffenstuel y el *lus Canonicum Universum*». Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. T°XXXVI. Córdoba. 1987. p. 111 /160 y Raúl MOLINA, *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el periodo hispánico*, Fuentes Históricas y Genealógicas Argentinas, Buenos Aires, 1991, AHPBA 5-5-80-31; 5-2-17-9; 5-5-78-18. Se lo tuvo en cuenta al discutirse si el juicio de divorcio era criminal o civil, y traerse a colación su opinión en el sentido de que no se podía acusar al marido en los dos tribunales.

(70) Luiz de Azevedo, estudioso jesuita nacido en Portugal en 1573 y muerto en Etiopía en 1634. Se destacó por las traducciones que efectuó de partes de las Sagradas Escrituras. Consultado en <http://www.newadvent.org/cathen/02167a.htm>, consultada 17/10/03.

(71) Augustin Calmet, celebrado exegeta benedictino, nacido en Francia en 1672 y muerto en el mismo país en 1757. Enseñó Filosofía y Teología en la Abadía de Moyon-Moutier. Redactó un comentario de la Biblia, en el que lo más valioso con los prefacios a varios libros y 114 disertaciones sobre varios temas en <http://www.newadvent.org/cathen/02167a.htm>, consultada 17/10/03).

(72) Luis de Molina, Jesuita español nacido en Cuenca en septiembre de 1535 y muerto en 1660. Comenzó su carrera docente enseñando Artes en Coimbra entre 1563 y 1567 y en abril de 1571 obtuvo el grado de doctor en Teología en la Universidad de Évora. Fue autor de una gran obra jurídica, Los seis libros de la justicia y el derecho, sin embargo, su nombre está indisolublemente unido a la famosa obra *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis* y a su *De iustitia et iure*. Se trata de una obra compuesta de 760 indigestas disputationes éticas y jurídicas, donde también se justifica el regi-

Lugo (73), Juan de Montealegre, Salmerón (74), Pereira (75) y Salgado, Abad y Bartolo, Laynes (76) y Vergara (77).

Durante el siglo XVIII Barrientos Grandón ha advertido la invocación de las opiniones de los «regnícolas» como una manera de afirmar que las decisiones del derecho común consagradas por las doctrinas de los doctores ajenos, se veían corroboradas por las del derecho municipal indiano, a través de las decisiones de sus más reputados doctores.

cidio, y, al tratar de las penas, se posterga el fin correccional asentando que el juzgador «no ha de mirar tanto al bien del delincuente como al bien común de la república, consultada en <http://www.filosofia.org/ave/001/a154.htm>. el 17/10/2003.

(73) Creemos que se trata de Juan de Lugo, cardenal español jesuita nacido en Madrid en 1583 y muerto en Roma en 1660. Fue profesor de Teología en Roma. Escribió una obra llamada también «De justitia et jure», caracterizada, como la mayoría de su obra por su mente penetrante y crítica. Es considerado como uno de los mejores representantes de la renovación teológica de los siglos XVI y XVII, consultada en <http://www.newadvent.org/cathen/09418b.htm> el 17/10/2003.

(74) Alphonsus Salmeron, jesuita nacido en Toledo en 1515 y muerto en Nápoles en 1585. Estudió Literatura y Filosofía en Alcalá y luego Filosofía y Teología en París. Asistió con Lainez al Concilio de Trento como teólogo de Pablo. Se doctoró en la Universidad de Bologna. Las actas del Concilio muestran que tuvo una gran influencia en la varios temas que se discutieron, entre los que se encuentran el tema del matrimonio y el de la jurisdicción eclesiástica, consultada en <http://www.newadvent.org/cathen/13402b.htm> el 17/10/2003.

(75) Benedicto Pereira, filósofo, teólogo y exegeta español nacido cerca de Valencia alrededor de 1535 y muerto en 1610 en Roma. En su obra «Commentariorum et disputationum in Genesim tomii quattuor» analiza las mayores dificultades del Génesis consultada en <http://www.newadvent.org/cathen/11664c.htm> el 17/10/2003.

(76) Jaime Lainez, teólogo jesuita, nacido en 1512, en Almazan, Castilla y muerto en Roma en 1565. Estudió en la Universidad de Alcalá, en la que se licenció en Filosofía a los 20 años.

Fue elegido por Pablo III como teólogo papal, junto a Salmerón y Lefèvre en el Concilio de Trento. Su obra más conocida es «Disputationes Tridentinae», consultada en <http://www.newadvent.org/cathen/08747a.htm>, el 17/10/2003.

(77) Todos estos autores fueron citados en AHPBA 5-2-17-9 y 7-5-12-8.

En síntesis, la presencia del derecho común en la praxis judicial indiana se puso de manifiesto, tal como surge de lo señalado precedentemente, a través de la invocación directa del derecho romano; del recurso a ciertos métodos propios del *mos italicus* y de las citas de juristas pertenecientes a las escuelas de los glosadores, posglosadores y juristas del *mos italicus* tardío (78).

En síntesis, tanto cuando las partes fundaban sus derechos y acciones como cuando se interpretan las leyes reales, y a pesar de las prohibiciones de citarlo, el foro nos proporcionó a través de los escritos judiciales, interesantes muestras de la supervivencia del *ius commune* en los siglos XVIII y XIX.

5. Proyección del derecho castellano indiano después de la codificación.

El Derecho Indiano no desaparece con los primeros movimientos independientes americanos, sino que pervive y se transforma para adaptarse a las condiciones de cada Estado que surge y sirve de base, en mayor o menor medida, a los nuevos códigos. En opinión de Bravo Lira, «la codificación permite al Derecho Indiano sobreponerse al Derecho común, pero al precio de dejar de ser un derecho de juristas y convertirse en mero derecho legislado». Y sólo a raíz de la independencia se excluyen aquellas soluciones del Derecho Indiano que estén en contra de los sistemas de gobierno impuestos en cada caso.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años algunos autores han puesto de manifiesto como aún después de la codificación, ciertos elementos característicos del *ius commune* pudieron sobrevivir replegados en el seno del código civil argentino. A tal efecto, el trabajo efectuado por Ezequiel Abásolo sobre las notas del código civil demuestra que éstas reflejaron no pocas veces, rasgos propios del *ius commune* (79). A través de su análisis

(78) Desarrollado entre los siglos XVI y XVII y caracterizado, entre otros, por el abuso del argumento de autoridad.

(79) Ver notas a los artículos 570, 1997, 2182, 2316, 2571, 2611,

sis, Abásolo demuestra que ciertos resabios del *ius commune* pudieron sobrevivir marginalmente incardinados en los «pliegues» de la cultura del código y «cómo, una vez sepultados éstos bajo el imperialismo de las opciones jurídicas entonces «oficiales», continuaron subsistiendo en los estratos más recónditos de la reflexión doctrinaria y de la praxis forense.

Para este autor, las notas velezanas no vendrían a ser sin una de las más tardías expresiones del saber glosado, impulsado desde siglos atrás por los cultores del *mos italicus*, circunstancia que no tendría que sorprendernos si presumimos que en su itinerario intelectual el codificador pudo haber abrevado recurrentemente a las varias veces secular tradición jurídica indiana.

La metodología utilizada por Vélez en sus notas presenta «rasgos muy al gusto de la cultura del *ius commune*», tales como una especie de «diálogo» con unos autores cuyas opiniones se entremezclaban, muy al estilo de la técnica del *ius commune*.

Abásolo demuestra la pervivencia del *ius commune* aún cuando durante los años en los que Vélez Sársfield concibió y desarrolló su obra, la *cultura del código* se estaba asentando en la Argentina, aún antes de consolidar definitivamente su posición hegemónica con la entrada en vigencia del código civil. Subsistencia que aparentemente se enfrentaría a la idea de que las leyes en general, y que los códigos en particular debían ser objeto excluyente del estudio y de la reflexión de los operadores jurídicos, propiciando la aparición de formas cerradas y reduccionistas de trabajar con el derecho.

El codificador, a través de sus notas, dio muestras de la simultaneidad de elementos conservadores y reformistas que impregnan todo el código y de una actitud ambivalente originada probablemente en que Vélez, como abogado formado en una

2940, 2975 y 3217, 2594, 2898 y 2899, 2965 y 3028, 778 y 1572 del código civil argentino, 2241 del código civil argentino, 857, 923, 1137 y 2587, y al título II, sección III, libro II, del código civil argentino, 2312 del código civil argentino, 3430, 2864 y 2370.

varias veces secular tradición jurídica, paradójicamente no pareció compartir plenamente los ideales de la codificación.

6. *Consideraciones finales.*

No cabe duda que las Indias comparten con el Viejo Mundo un pasado jurídico común: el *ius commune* y que por lo menos en lo que respecta al derecho privado, leyes de origen europeo e indiano, y opiniones de juristas europeos o criollos constituyen un sólido tejido de fuentes en el que unas acuden en soporte de las otras.

Esta presencia del *ius commune* en el Derecho Indiano nos invita a reflexionar acerca de la trascendencia que este derecho europeo tuvo en el Nuevo Mundo, y paralelamente, y como un reflejo, la importancia del Derecho Indiano para el derecho europeo.

Es que el Derecho Indiano se inserta de dos maneras en el derecho común: por medio del Derecho Castellano que se aplica en Indias y directamente a través de los juristas que concurren a elaborar el derecho específico de Indias.

En este orden de ideas, Martiré ha afirmado que el Derecho Indiano no sólo «rigió» en los territorios americanos y asiáticos de la Corona de Castilla, sino también en la misma Península, al regular los órganos de gobierno que en la metrópoli se ocupaban específicamente de las Indias, como la Casa de Contratación o el Consejo de Indias.

La literatura jurídica indiana, para Bravo Lira, «no tiene parangón en la historia de la expansión europea», ya que es «única por su riqueza, variedad y altura» porque está representada por más de setenta juristas, indianos de origen o que trabajan sobre Derecho Indiano, y por un número superior de obras publicadas por los principales impresores de la época no sólo de América, en Lima o en México, sino de Europa, en Madrid, Lyon, Ginebra, Frankfurt o Roma.

Es por ello que analizada al presencia del *ius commune* en el pensamiento de los juristas indianos, leídos e invocados en los pleitos judiciales, creemos que, tal como ha afirmado Man-

lio Bellomo, «el jurista europeo tiene que indagar en las obras de los juristas indianos: para mirarse en ellas como en un espejo y para comprender mejor los rasgos fisonómicos del derecho europeo medieval». Y paralelamente, al decir de Tau Anzoátegui, «obras legislativas y libros jurídicos peninsulares no pueden examinarse sólo en su ámbito de origen, siendo preciso conocer también su «vida indiana».

Y recíprocamente, el jurista argentino tiene que indagar en las obras de los juristas europeos: para mirarse en ellas como en un espejo y para comprender mejor los rasgos fisonómicos de su propio derecho. Tau Anzoátegui ha sostenido que el *ius commune*, por la vía hispana, se extendió a las tierras americanas con un vigor y una persistencia tales que la Iberoamérica de hoy integra ese sistema jurídico de raíz europea continental. Esta conclusión lo ha llevado a afirmar que «la cabal comprensión del Derecho común en su dimensión histórica sólo puede alcanzarse conociendo además de los derechos hispano europeos, también el hispano-americano, ya que ambos integran una unidad de estudio que en determinados aspectos es inescindible».

Por ello quien quiera estudiar el derecho privado europeo en su desenvolvimiento no puede soslayar el Derecho Indiano, que representa la puesta a prueba, en regiones alejadas del ámbito europeo, fuera de sus marcos culturales e ideológicos, frente a realidades completamente diferentes, del derecho común, un derecho europeo. En este sentido, «las formas jurídicas indianas, sin dejar de ser americanas-nacidas en el Nuevo Mundo y para resolver problemas surgidos allí por la penetración europea-son una respuesta europea a estos problemas americanos» (80). Para Bravo Lira, «el Derecho Indiano debe colocarse en un plano similar al de los distintos derechos europeos, a los que está unido por compartir con ellos las mismas raíces que el derecho común».

(80) BRAVO LIRA. *ob. cit.*

Pero al mismo tiempo, el Derecho Indiano va tomando distancia en algunos aspectos de sus fuentes originales, perfilándose como un *iura propria*, que está destinado a encontrarle solución a sus propios problemas, que destila una característica que se ha definido como «flexibilidad» y que no es otra cosa que una capacidad de tomar en cuenta las condiciones indianas bien diferentes de las de Castilla.

El Derecho Indiano no pudo receptor el modelo castellano directamente como tal, y el estado conquistador tuvo que inventar-o aceptar-soluciones jurídicas diferentes de las que funcionaban en la madre patria, constituyendo «una prolongación o variante americana del derecho europeo» (81). y también «un derecho forjado por europeos, con mentalidad europea, pero en función de la realidad americana» (82).

Por eso creo que viene bien la cita del brillante jurista y hombre de letras peruano Fernando de Trazegnies, quien en su libro *IMAGENES ROTAS* señala: «Soy indio pero también algo más: soy español, pero también algo más. Esta doble vinculación no me ata dos veces sino que me permite tomar distancia y liberarme de todas las sangres. Simplemente soy libre: los materiales que se me han dado son valiosos y estoy agradecido por ello; tengo que usarlo para inventarme a mí mismo».

(81) BRAVO LIRA, *ob. cit.*

(82) BRAVO LIRA, *ob. cit.*