

# DERECHO INDIANO

## 1. Introducción.

La historia del Derecho indiano coincide, naturalmente, con el período Hispánico y Portugués de la historia de América. Este derecho rigió en Hispanoamérica durante tres centurias y hoy día es conocido gracias a la moderna orientación que imprimieron a estos estudios en las dos primeras décadas del siglo XX dos grandes maestros: Rafael Altamira de España y Ricardo Levene de Argentina.<sup>1</sup> En los últimos 60 años su conocimiento ha progresado en forma exponencial.

## 2. Orígenes y evolución.

(Levaggi §49): Nuestro Derecho Indiano surgió dentro del marco amplio del *Ius Commune*, como una especialidad del Derecho Castellano. Conforme al principio jurídico medieval, según el cual “*las tierras nuevamente conquistadas e acrecentadas al señorío antiguo se han de regir por las leyes del reyno a quien se acrecienta*”<sup>2</sup>, Los propios monarcas – españoles y portugueses- y sus órganos delegados, fueron la principal fuente creadora de este Derecho.

Sin embargo, los nuevos descubrimientos plantearon cuestiones y problemas concretos que no encontraban soluciones adecuadas en la doctrina jurídica medieval.

Las capitulaciones de descubrimiento y población –a partir de la concertada entre los Reyes Católicos y Colón en 1492 constituyeron normas fundamentales del Derecho Indiano de la primera época, y permitieron llevar adelante la empresa, a costa de los particulares y bajo el control de la corona.

Por otra parte, las bulas alejandrinas de 1493 que entrevieron de tal manera ese vacío jurídico que podemos encontrar en ellas las bases constitutivas del nuevo Derecho: el gobierno político de las Indias, su régimen internacional, la exclusividad de la navegación y del comercio, las licencias para cruzar el Atlántico, el gobierno de la Iglesia y la finalidad religiosa de la conquista.<sup>3</sup>

## 3. Contexto histórico general.

Para comprender el desarrollo del Derecho indiano, interesa tener presente que, desde el descubrimiento colombino hasta el descubrimiento por Hernán Cortés del Imperio Azteca (1519), o sea, durante el llamado período Antillano, el Nuevo Mundo estuvo prácticamente circunscrito a las islas y costas del mar de las Antillas, y a las culturas primitivas que las poblaban. La idea que se forjaron los españoles de las Indias, cambió radicalmente desde que entraron en contacto con las altas culturas americanas. En Santo Domingo (isla La Española) residieron las primeras autoridades indianas, y se fundó la primera audiencia

---

<sup>1</sup> Tau Anzoátegui, Víctor. “¿Qué fue el Derecho Indiano?” Págs. 9-14.

<sup>2</sup> Tau Anzoátegui, Víctor, “¿Qué fue el Derecho Indiano?”, pág. 17, citando a Juan Manzano y Manzano, Historia de las Recopilaciones de Indias, t. I, Madrid, 1950, página 6.

<sup>3</sup> Zorraquín Becú, Ricardo. “Las bases fundamentales del derecho indiano”, en Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1976.

(1511). La conquista de México (Nueva España) determinó el traslado del principal centro político y cultural a este territorio, y la fundación del primer virreinato propiamente dicho, con Antonio de Mendoza como su titular (1529). Un año antes, se había fundado la Audiencia de México. Pero hasta la creación de la Audiencia de Panamá (1538), la jurisdicción de Santo Domingo se extendió por todo el continente meridional. Descubierta el océano Pacífico (Mar del Sur) por Vasco Núñez de Balboa (1513), y a causa de su muerte, Francisco Pizarro emprendió varios años después la empresa de conquista que Balboa se había propuesto realizar. Penetró en el Imperio de los Incas (Tahuantisuyo), que encontró dividido por el enfrentamiento que tuvieron los herederos Huáscar y Atahualpa, y lo sometió (1532-1533). Fundó como capital del territorio a Lima (Ciudad de los Reyes, 1535) y fueron creados el virreinato del Perú (Nueva Castilla) y la Audiencia de Lima. El primer virrey, Blasco Núñez Vela (1544), que llegó con la misión de aplicar las leyes de abolición de las encomiendas (Leyes Nuevas, de 1542), encontró a la región convulsionada por la guerra civil que sostenían los partidarios de Pizarro con los del conquistador de Chile, Diego de Almagro, y fue muerto. Entre sus sucesores, presidentes gobernadores unos y virreyes otros, Pedro de La Gasca y Francisco de Toledo fueron los pacificadores del Perú, y Toledo –además– el organizador del virreinato. Las exploraciones atlánticas estuvieron a cargo, entre otros, de Juan Díaz de Solís, descubridor del río de la Plata (Mar Dulce, 1516), y de Hernando de Magallanes, descubridor de la Patagonia y del estrecho de Todos los Santos (1520). Pedro de Mendoza, primer adelantado del Río de la Plata, fundó a Buenos Aires (Santísima Trinidad, 1536), y Domingo Martínez de Irala a la Asunción del Paraguay (1537), que pasó a ser la capital de la gobernación del Río de la Plata. Creada la gobernación del Tucumán (1563), en el territorio dependiente hasta ese momento –lo mismo que Cuyo– de la gobernación de Chile, se incorporó en lo judicial a la Audiencia de Charcas y en lo político al virreinato del Perú. Tras la segunda fundación de Buenos Aires por Juan de Garay (1580), se sintió la necesidad de dividir la extensa provincia rioplatense. Se erigieron, así (1617), las gobernaciones del Paraguay, con la capital en la Asunción, y la del Río de la Plata, con jurisdicción sobre las ciudades de Corrientes, Santa Fe y Buenos Aires, y la capital en esta última. La capital de la gobernación del Tucumán era Santiago del Estero, como ciudad más antigua (1553), hasta que a fines del siglo XVII se trasladó a Salta. En Santiago del Estero se estableció, también, la primera sede episcopal del actual territorio argentino. El corregimiento de Cuyo, con las ciudades de Mendoza, San Juan y San Luis, siguió dependiendo de la provincia de Chile, cuyos presidentes o gobernadores nombraban a los corregidores que lo regían.

En el siglo XVIII se establecieron las gobernaciones de Montevideo (1749), Malvinas (1766) y Misiones (1767). Portugal, al tener noticia del primer viaje de Colón, reclamó derechos sobre las islas descubiertas. El pleito con Castilla derivó en el Tratado de Tordesillas (1494), según el cual el océano Atlántico se dividía por un meridiano que corría a 370 millas náuticas al oeste de las islas de Cabo Verde. La porción oriental pertenecería a Portugal, y la occidental a España.

Pedro Álvarez Cabral descubrió el Brasil en 1500, mas sólo a partir de 1530 la Corona lusitana hizo los primeros intentos de colonización. Impedida de asumir la empresa en forma directa, adoptó una solución feudal. Dividió el territorio en quince capitanías, y las cedió con carácter hereditario a militares y funcionarios que le habían prestado servicios, con amplios poderes de gobierno y justicia. El fracaso, en el corto plazo, de ese sistema, llevó al rey a establecer otro, centralizado, que, a la vez que permitiese la defensa del territorio, supervisase a los capitanes, que desde entonces fueron perdiendo poder. Tomé de

Sousa fue el primer gobernador general (1548). Lo acompañó un oidor general, Pero Borges. La capital fue situada en San Salvador de Bahía. En situación independiente del gobernador general del Brasil quedó el de Marañón. La penetración en el interior del país fue obra, sobre todo, de los bandeirantes, que desde San Pablo organizaban expediciones para buscar riquezas y cautivar indios. Los indios fueron libres, en principio, pero se permitió esclavizarlos por guerra justa y rescate, unas causales que resultó fácil alegar. En 1755 fueron derogadas estas excepciones, y ratificada la libertad de los indios.

Entre 1581 y 1640, las Coronas de España y Portugal se unieron en la cabeza de los reyes españoles Felipe II y Felipe III (I y II de Portugal). Aquél, fundó por primera vez en la metrópoli instituciones gubernativas específicas para las colonias, entre ellas el Consejo de las Indias (1604). Además, fijó en Bahía un tribunal de apelación (Relaqqio, 1609). Hacia esos años, los holandeses ocuparon la parte más rica del Brasil. En 1640, Portugal se independizó de España, asumiendo el trono la dinastía de Braganza.

Entre 1700 y 1715 se desarrolló la Guerra de Sucesión de la Corona de España, acontecimiento más que importante si tenemos en cuenta que, consecuentemente, al cambio de corona, en el que los Borbones sucedieron a los Habsburgos, o Casa de Austria, también hubo un cambio significativo en la forma de gobierno y administración, tanto en la España peninsular como en las Indias.

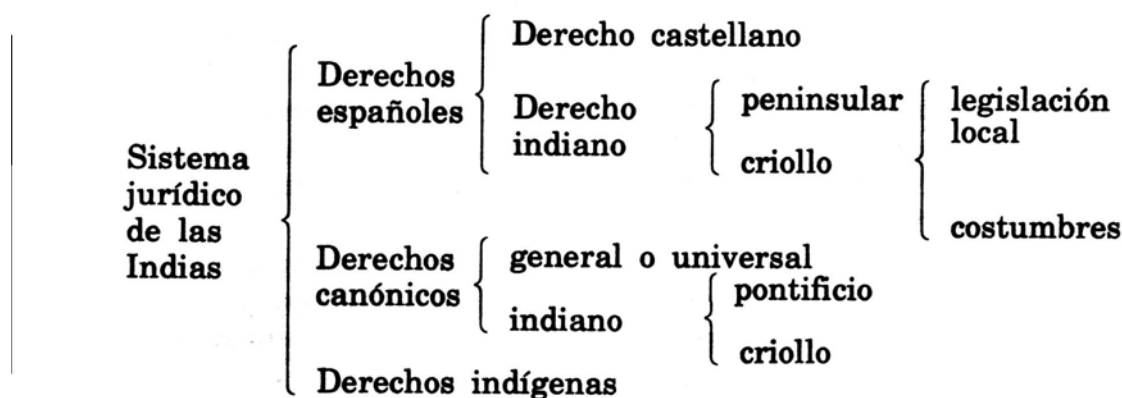
Los gobernadores generales y capitanes generales, que incidentalmente recibían el título de virrey, a causa de su nobleza y de la importancia de su persona, no del cargo que ejercían, se llamaron así desde 1763. En ese mismo año, la sede del gobierno del Brasil se trasladó desde Bahía a Río de Janeiro. El virrey de Río de Janeiro presidió el Tribunal instituido allí (1751), por separación del de Bahía. La política de expansión comercial de los portugueses había llevado al gobernador del Sur, Manuel Lobo, a fundar la Colonia del Sacramento en territorio español (1680). Después de sucesivos tratados y acciones bélicas, el Tratado de San Ildefonso (1777) le devolvió a España la Colonia, pero a cambio de Santa Catalina, Río Grande y las misiones jesuíticas orientales.

El secular conflicto con Portugal movió a Carlos III a fundar el cuarto y último de los virreinos españoles, el del Río de la Plata (1776), a expensas del virreinato del Perú (el Alto Perú, Banda Oriental, Paraguay, Río de la Plata y Tucumán) y de la capitanía general de Chile (Cuyo). Nombró a su frente a Pedro de Cevallos. Medio siglo antes, se había erigido el anterior virreinato, en Nueva Granada (1717). La Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata (1782) le dio forma definitiva al territorio. Quedó dividido en la superintendencia de Buenos Aires; las intendencias de Asunción del Paraguay, Córdoba del Tucumán (con La Rioja y Cuyo), Salta del Tucumán (con Catamarca, Jujuy, San Miguel de Tucumán y Santiago del Estero), Charcas, Potosí, Cochabamba y La Paz, y los gobiernos político-militares de Misiones, Montevideo, Moxos y Chiquitos. A mediados del siglo XVII, Buenos Aires había sido sede de una audiencia (1663-1672). Coronando la nueva organización, se restableció el tribunal (1783), que compartió con el de Charcas –cada uno en su distrito respectivo- el ejercicio superior y control de la administración de justicia en el virreinato.

#### **4. Sistema Jurídico de Las Indias (Levaggi §50):**

Las Indias se rigieron por un sistema jurídico complejo, formado no de una vez, sino históricamente; un “Cuerpo del Derecho de las Indias” (*Corpus Iuris Indiarum*), integrado por varios ordenamientos, algunos de ellos tan heterogéneos como lo eran los Derechos

indígenas respecto de los europeos. No obstante esta circunstancia, la unidad del sistema estuvo asegurada por la concepción jurídica de la época, que subordinaba el Derecho positivo, cualquiera que fuere, a las leyes divina y natural (afirmaba el primero de los indianistas, Juan de Solórzano Pereira, que “el Derecho natural es más poderoso que el del principado”). En virtud de la supremacía de estos ordenamientos, que obraron a modo de tamiz, se logró armonizar los Derechos indígenas con los de origen europeo, y su inserción en un mismo sistema. Además del factor que acabo de señalar, la unidad quedó refirmada por la preeminencia que, entre los Derechos que componían el sistema, tuvo el indiano. Los elementos constitutivos del sistema fueron los siguientes:



Cuadro sinóptico del Sistema Jurídico Indiano (Levaggi, página 154).

### 5. Derecho Indiano Peninsular y Criollo (Levaggi §52):

La moderna división del Derecho Indiano en estas dos clases –Peninsular y Criollo– pertenece al estudioso español Alfonso García Gallo.<sup>4</sup> Se llama Derecho indiano peninsular al conjunto de disposiciones (leyes, en sentido amplio) dictadas por las autoridades residentes en España (la mayoría de ellas por el Consejo de Indias y, desde el siglo XVIII, también por los secretarios reales), para regir en las Indias y a los organismos indianos de la península (el propio Consejo, la Casa de la Contratación, las juntas). Se llama Derecho indiano criollo, al formado por las disposiciones emanadas de las autoridades españolas residentes en América (virreyes, gobernadores, audiencias, visitadores, cabildos) y por la costumbre local. Tanta importancia tuvo el Derecho indiano peninsular como el criollo en la vida jurídica americana. La mayor atención que se prestó, por lo general, a la legislación peninsular no se debió siempre a razones científicas, sino a que resulta más fácil consultarla. No se oculta, empero, que la mayoría de estas leyes tuvo jerarquía real, que regularon materias fundamentales para la sociedad indiana, como eran el gobierno temporal, gobierno espiritual, relaciones con el indio, comercio, hacienda, administración de justicia, y que fueron las citadas preferentemente por los tratadistas indianos. En los

<sup>4</sup> García Gallo, Alfonso. Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano en [Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 18](#), Buenos Aires, 1967.

últimos años, los historiadores ponen más interés en el estudio del Derecho de origen local, a fin de llenar el vacío existente a su respecto. Piénsese en la importancia que tuvo esta fuente, dadas las limitaciones prácticas de la legislación real, aun en el siglo XVIII. Si es verdad que en este siglo aumentó notablemente su número, también lo es que las situaciones regulables crecieron en parecida proporción. Entre las fuentes legales criollas figuraron los autos de buen gobierno, reglamentos y ordenanzas de virreyes y gobernadores, autos acordados de audiencias, autos y reglamentos de cabildos y de alcaldes capitulares. Por otro lado, estuvo la costumbre, de tanto valor como fuente formal del Derecho (§ 82). Las materias sobre las cuales versó el Derecho indiano criollo fueron casi ilimitadas: policía, justicia, economía, trabajo, comercio, indios, delitos. Por lo común, reguló aspectos complementarios de la legislación real, y situaciones propias del lugar. No siempre precedió o se subordinó a la legislación real. No faltaron ocasiones en que, tanto por la vía consuetudinaria (costumbre *contra legem*), como por la legal, modificó a esa legislación para adaptarla a las circunstancias locales. La misma Recopilación de Indias, previendo la posibilidad de colisión de sus leyes con fuentes criollas, dejó a salvo a éstas al declarar que no se haga novedad en las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad y las ordenanzas para el bien y utilidad de los indios, hechas o confirmadas por nuestros virreyes, o audiencias reales para el buen gobierno, que sean contrarias a las de este libro, las cuales han de quedar en el vigor y observancia que tuvieron siendo confirmadas por las audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba o revoca (II, i, 1). Una categoría especial la formaron las disposiciones que, siendo de Derecho criollo por su origen, se convirtieron en Derecho peninsular por su confirmación real. Fue el caso de las Ordenanzas de Minería del virrey del Perú, Francisco de Toledo, y de las ordenanzas del visitador Francisco de Alfaro, sobre el trabajo de los indios, para el Río de la Plata, las que fueron fuente –incluso– de los respectivos títulos de la Recopilación de Indias. Otra situación, asimismo especial, que se presentó fue la del trasplante de fuentes del Derecho indiano criollo, de su lugar de origen a otro lugar americano. Así, sucedió con las Ordenanzas de la Audiencia de México, del virrey Antonio de Mendoza, que sirvieron como modelo para las de Charcas y Quito, y con las Ordenanzas de Minería de Nueva España, extendidas al Río de la Plata por la Ordenanza de Intendentes. Este criterio, de ampliar el ámbito geográfico de vigencia de las fuentes criollas, debe ser valorado a la luz del particularismo del Derecho indiano (§ 55).

## **6. Paralelismo Castellano-Indiano (Levaggi §53):**

El Derecho indiano, por los principios que lo inspiraron y por su técnica, no difirió sustancialmente del castellano. y se comprende que así fuese, puesto que las leyes de uno y otro Derecho fueron obra de juristas formados en la misma escuela del Derecho común –el *mos italicus* tardío– y del humanismo. Las diferencias estuvieron determinadas, casi siempre, por la condición peculiar de las Indias, que obligaba, ya en atención a la persona de los indios, ya a factores geográficos (ambiente, distancia), a variar las soluciones, cuando no –como en el caso de las leyes protectoras de los naturales– a sustituir los principios medievales por los del iusnaturalismo de la Segunda Escolástica (§ 39). El concepto de "tierra nueva" fue uno de los más invocados para justificar la adopción de soluciones diferentes de las del Derecho castellano. Con agudeza, observó Solórzano Pereira (Política indiana, V, xvi) que en las Indias todo, o lo más, es nuevo en ellas, o digno de innovarse cada día, sin que ningún Derecho fuera del natural, pueda tener firmeza y

consistencia, ni las leyes de Roma o España se adapten a lo que pide la variedad de sus naturales, demás de otras mudanzas y variedades que cada día ocasionan los inopinados sucesos y repentinos accidentes que sobrevienen. Señalados estos factores de diferenciación, y tenidos en cuenta, el jurista indiano, de todos modos, no pudo sustraerse al influjo del Derecho castellano, como Derecho que conocía teórica y experimentalmente. Fue natural, pues, que aun tratándose de regular situaciones completamente originales de las Indias, inéditas en España, el jurista partiera de su propia experiencia castellana, y que intentara encontrar en ella algún modelo válido. La cultura es experiencia acumulada. Puesto a regular, por ejemplo, la condición jurídica del indígena, buscó en la del menor, en la del “miserable”, la fuente de inspiración, o teniendo que regular otra institución típica, como era la encomienda, se espejó en la figura conocida del mayorazgo. Esta semejanza de hecho con el Derecho castellano, fue alentada por la Corona. En 1571, al considerar que tanto le pertenecían unos reinos como los otros, dispuso que sus leyes y maneras del gobierno fueran “lo más semejantes y conforme que ser pueda”. Por tanto, resolvió que el Consejo de Indias procurara reducir la forma y manera de gobierno de ellos al estilo y orden con que son regidos y gobernados los reinos de Castilla y de León, en cuanto hubiere lugar, y permitiere la diversidad y diferencia de las tierras y naciones (Recop., II, ü, 13). Las relaciones entre los dos Derechos conocieron otra modalidad. La regla fue que el legislador indiano adoptara como modelo al Derecho castellano, pero, por excepción, ocurrió también lo inverso. Algunas veces, soluciones originarias del ámbito indiano – indiano propiamente dicho e indígena- sirvieron de precedente, o fueron propuestas como tal, para reglar situaciones peninsulares. Generalmente, se trató de que la Corona aprovechara las mayores facultades y menores obstáculos que tenía para el gobierno de la Iglesia americana, a fin de ampliar sus regalías en la península. Afianzados los poderes de los reyes en una parte de la monarquía, trataron de extenderlos a las restantes, sirviéndoles aquel antecedente como argumento en su favor. Algo parecido sucedió con la necesidad de contar con licencia real para fundar mayorazgos. Costumbres indígenas, idealizadas por autores españoles, fueron, a su vez, recomendadas en España (intrasmisibilidad de la pena de infamia, discernimiento simple de la tutela).

## **7. Fuentes y Desarrollo del Derecho Indiano (Levaggi §54):**

Las fuentes del Derecho especial de las Indias fueron múltiples. La primera de ellas fue, curiosamente, anterior al mismo descubrimiento colombino. El Derecho indiano nació, pues, antes que las Indias.

1º Las capitulaciones (contrato) celebradas por los Reyes Católicos con Colón, antes de emprender su primer viaje, y de otros documentos despachados consiguientemente, en todos los cuales se establecieron las reglas jurídicas del gobierno que había de ejercer el almirante en una tierra aún ignota. Colón sería virrey y gobernador de las islas que descubriera navegando hacia las Indias, y se preveían para él otros cargos, semejantes a los que existían en Castilla. Aunque aparecían como concesiones unilaterales de la Corona, que delegaba en los capitulantes determinadas facultades, tuvieron –en realidad- carácter bilateral, porque fueron el resultado de un acuerdo entre ambas partes, que incluía derechos y obligaciones recíprocos. Los principios que se aplicaban eran los del Derecho romano-canónico y, a falta de conocimiento de la tierra que se iba a gobernar, la experiencia adquirida en las islas Canarias, últimamente conquistadas, y en las costas africanas. Su

primera fuente fue de naturaleza contractual o sinalagmática. A la primera capitulación le sucedieron muchas más en la historia de la conquista.

2° Acontecido el descubrimiento, una nueva fuente del Derecho indiano, de origen eclesiástico y de naturaleza, asimismo, contractual –aunque como en el caso anterior asumiera la forma unilateral de una donación con cargo-, fueron las bulas del papa Alejandro VI, de 1493 (“*Inter caetera*” y “*Dudum siquidem*”), por las cuales éste, como suprema autoridad temporal en orden a lo espiritual:

- a) donó perpetuamente a los Reyes Católicos y a sus sucesores en la Corona de Castilla las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir;
- b) les dio libre, lleno y absoluto poder, autoridad y jurisdicción sobre ellas;
- c) excluyó a todos los demás príncipes europeos y a cualesquier personas de esas islas, tierras y mares, dándole –por tanto- a Castilla la exclusividad del tránsito, población, navegación y comercio; y
- d) les encargó la conversión de los naturales, sentando la primera base del patronato.

3° Otra fuente, de gran importancia, fue la legislación real, inspirada en el Derecho castellano y, como las dos anteriores, en los principios del Derecho común. A partir de 1499, se hizo un esfuerzo por encontrar en las mismas fuentes medievales soluciones jurídicas diferentes, que contemplaran mejor la realidad indiana, o bien por adaptar aquellas soluciones a las condiciones peculiares del Nuevo Mundo. Pero fue desde 1511, desde el célebre sermón de fray Antonio de Montesinos pronunciado en la isla Española, en el cual se preguntó con qué derecho los españoles maltrataban a los indios, que la Corona replanteó en su conjunto el problema indiano, agitó la opinión de teólogos y juristas, y dio lugar a polémicas sobre los títulos que poseía para dominar las Indias, sobre la libertad de los indios y el régimen de encomiendas, sobre los derechos de los españoles establecidos en América. La consecuencia de este amplísimo debate fue el abandono de criterios medievales y la búsqueda, por medio de la doctrina de la Segunda Escolástica, de las soluciones jurídicas más convenientes para el Nuevo Mundo (Vitoria, § 39).

De esta controversia surgió el Derecho natural como fundamento del Derecho indiano, porque, como expresó Solórzano Pereira, ningún Derecho, fuera del natural, podía tener allí firmeza y consistencia. Se reorganizó, por ende, el gobierno indiano, se declaró la libertad de los indios, la abolición de las encomiendas, se sustituyó la “conquista” por la “pacificación”, se legisló con mayor cautela, respetándose el particularismo local. El Derecho indiano de los Austrias, desarrollado durante los siglos XVI y XVII sobre los principios del iusnaturalismo tradicional, fue objeto de una nueva revisión en el siglo XVIII y comienzos del XIX, por la dinastía borbónica, conforme, ahora, a las pautas culturales de la Ilustración (§ 42). La Corona frenó y revirtió, en parte, la tendencia anterior hacia la formación de unidades sociales y económicas regionales, y hacia la dispersión territorial de los centros tradicionales de poder; planificó y, en alguna medida, aunque no tanto como se llegó a decir, centralizó el gobierno y la administración (creación de la Secretaría de Indias y de los virreinos de Nueva Granada y del Río de la Plata, reforma de intendentes); impulsó denodadamente el progreso económico (Reglamento para el Libre Comercio de España e Indias, de 1788; fundación del Consulado de Buenos Aires, en 1794) y la recaudación fiscal; reorganizó el sistema defensivo; aumentó la dependencia de las Indias respecto de la metrópoli, y las subordinó políticamente a los intereses peninsulares (Tratado de Permuta de 1750, que a cambio de la Colonia del Sacramento cedió a Portugal las tierras de Santa Catalina, Río Grande y las misiones orientales); favoreció al español peninsular frente al criollo, y extremó el sistema regalista en materia de gobierno espiritual (expulsión

de la Compañía de Jesús, en 1767). Toda clase de leyes, dictadas en elevado número, en virtud de la suprema autoridad y potestad, recibida directamente de Dios (§ 326), que ejercían los monarcas, fueron la fuente principal, pero de ningún modo exclusiva, del Derecho indiano borbónico.

## 8. Caracteres del Derecho Indiano (Levaggi §55):

Sin perder de vista su similitud con el Derecho castellano y, por consiguiente, la adopción de sus características –influencia del Derecho común, casuismo, fuerza de la fuente legal, gravitación de la ciencia jurídica en la redacción y aplicación de las leyes-, el Derecho indiano presentó algunos otros tópicos que le fueron exclusivos.

- a) Particularismo. Fue su cualidad más notable, que contrastó con la tendencia unificadora que dominaba en el Derecho peninsular desde la Baja Edad Media (§ 30). A consecuencia de la diferencia de culturas y de costumbres indígenas, y de la diversidad de tierras, climas y productos, la Corona tomó conciencia de la variedad infinita de situaciones, problemas y necesidades que tenían las Indias. Salvo en materias vertebrales (patronato, descubrimientos y conquistas, buen trato de los indios), abandonó el inicial criterio generalizador para, intentar la búsqueda y aplicación de soluciones particulares, y evitar que, medidas buenas en un caso, se convirtieran en malas en otro (“las leyes se deben ajustar a las provincias y regiones para donde se hacen”, [Recopilación de Indias, Libro V, Título XV, Ley 49](#)).

Según el célebre Vasco de Quiroga, obispo de Michoacán ([Información en Derecho, 1535 – CODOIN-España, Volumen 10](#)):, “Dios encomendó al rey la organización de la república de españoles y naturales por tales leyes y ordenanzas, que se adapten a la calidad y manera y condición de la tierra y de los naturales de ella, de manera que ellos las puedan saber, entender y usar, y guardar y ser capaces de ellas; y de esta manera son las de mi parecer, sin los intrincamientos y oscuridad y multitud de las nuestras, que no las sabrán ni entenderán, ni serán capaces de ellas de aquí a la fin del mundo, ni se las adaptarán cuantos son nacidos; porque no en vano, sino con mucha causa y razón, éste de acá se llama Nuevo Mundo (y es lo Nuevo Mundo no porque se halló de nuevo, sino porque es en gentes y cuasi en todo como fue aquel de la edad primera y de oro) ...donde no debería ser tenido por reprehensible si, según la diversidad y variedad de las tierras y gente, se variasen y diversificasen también los estatutos y ordenanzas humanas, porque por ventura, no acontezca lo que al médico ignorante, que quería curar todas las enfermedades con un remedio.”

Decía, en igual sentido, Solórzano Pereira en ([Política indiana –Tomo 1-, edición 1776, Libro II, Capítulo VI, § 23, pág. 82](#)) que: “Porque cada provincia necesita de leyes y costumbres particulares, que se ajusten a ella, como a cada paso nos lo enseña el Derecho. Y como el pulpo muda colores, según el lugar adonde se pega, así el Legislador, que es atento, y prudente, debe variar sus mandatos, según las regiones a cuyo gobierno los encamina, y ésta es su mejor ley...” También expresó que “el estado de la república era tan inconstante, vario y diferente en sí cada día, que las cosas que ayer se pudieron tener y juzgar por muy rectas y acomodadas, hoy, trocadas en todo, vendrían a ser muy injustas y perniciosas. Procuró la Corona estar bien informada acerca de cómo eran las Indias y de lo que ocurría en ellas, pero la multitud de relaciones, memoriales, informes y cartas que le elevaban las autoridades civiles y eclesiásticas indianas solía responder a puntos de vista tan diferentes, y hasta



contradictorios, que le costaba formarse una idea exacta de la situación. Las leyes que dictaba debían ser, por tanto, cautelosas para no errar. Era una “legislación de tanteo”, ocasional, que probaba las soluciones en ámbitos reducidos, que apelaba a la “conciencia y prudencia” de la autoridad encargada de aplicarla, y admitía el recurso de súplica como correctivo de la ley, para no lesionar intereses legítimos (§ 83), y que sólo insistía en la medida, o la extendía a otros sitios, una vez acreditada su eficacia, y en la medida en que se repetían las circunstancias, es decir, cuando consideraba que existía “la misma razón”. A menudo, las leyes generales fueron reproducidas en las órdenes particulares, y se prefirió la forma de la “instrucción” para darle mayor libertad de aplicación al destinatario. Representativo de esta idea de la ley, es el siguiente parecer del Consejo de Indias sobre ciertas medidas adoptadas para la libertad y buen trato de los indios (1533): vayan por vía de instrucción para el gobernador o presidente, y no por precepto, porque según la distancia y las cosas que allá pueden ocurrir, no se puede dar ley en que no pudiese haber algunas dificultades o peligros, habiéndose de ejecutar a la letra, y porque esto se debe todo remitir a la conciencia y prudencia del gobernador o presidente u oidores, para que teniendo a Dios delante y el servicio de su Majestad, lo ordenen como mejor vieren que cumple a pro común y buen gobierno, por manera que en todo han de tener facultad de mudar o añadir excepto en lo que toca a la libertad de los indios. No debe extrañar, pues, que los mismos problemas fueran resueltos de diferente manera en distintos lugares, y que las atribuciones de los funcionarios variasen de un territorio a otro. Este particularismo del Derecho indiano (“provincialismo”, en cuanto se refirió, casi siempre, a una o más provincias) dio lugar a una extraordinaria producción de leyes de toda clase (pragmáticas, cédulas, provisiones, decretos, órdenes). A pesar de las precauciones que adoptó la Corona, esta legislación no siempre logró sus propósitos. Con frecuencia se reveló inadecuada, imposible de cumplir, chocó contra fuertes intereses, despertó resistencias. En estos casos, nuevas leyes peninsulares, legislación local, la costumbre y los criterios interpretativos, suplieron sus deficiencias. Las ordenanzas, pequeños códigos que dictó la Corona a partir de las Leyes Nuevas (1542), que fueron la primera constitución política indiana, intentaron ser una solución para la multiplicidad e inseguridad legislativas. Luego, la promulgación de la Recopilación de 1680, para todas las Indias, constituyó, en principio, un audaz intento generalizador. Contra lo que a simple vista parece, no fue así. La aplicación en todas las provincias indianas de las leyes recopiladas no se hizo indiscriminadamente, sino atendiendo al Derecho particular de cada una. La real provisión de Carlos II respectiva, decía que se guardase, pero quedando en su fuerza y vigor las cédulas y ordenanzas dadas a nuestras reales audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella. Una de estas leyes declaraba, precisamente, que no se hiciera novedad en las disposiciones municipales de cada ciudad, confirmadas por los virreyes o audiencias, aun siendo contrarias, si eran nuevamente confirmadas por las audiencias (§ 52). La Ordenanza de Intendentes para el Río de la Plata (1782), que trasuntaba una intención generalizadora, trató, sin embargo, de ser adaptada, asimismo, a cada región del virreinato, según sus circunstancias específicas. Al hablar del particularismo del Derecho indiano no me refiero al casuismo, por no haber sido éste un rasgo distintivo suyo, sino común a todos los ordenamientos coetáneos y antiguos. Tampoco lo hago con el método tópico, practicado por la jurisprudencia, ni con la doctrina de la equidad, por igual razón. De estos temas me ocupé antes (§ 12 bis), y serán estudiados más adelante en forma general (§ 88 y 89).

- b) Publicismo. Si el particularismo fue una cualidad esencial del Derecho indiano, el publicismo sólo lo fue accidental. La gran mayoría de las normas que integraban este sistema pertenecieron al Derecho público (gobierno espiritual, gobierno temporal, administración de justicia, hacienda, comercio, guerra) y sólo una mínima parte al Derecho privado (indios, unidad de domicilio de los casados, sucesión de los fallecidos en las Indias con herederos en España). La gran mayoría fue de Derecho público, porque la Corona debía organizar desde todo punto de vista a los nuevos reinos, dictando las leyes necesarias, que tuvieran en cuenta su singularidad, y que le permitieran conseguir los fines políticos, religiosos y económicos que perseguía. Una mínima parte, en cambio, fue de Derecho privado, porque, salvo excepción, se pudo aplicar en estas materias el Derecho castellano. El solo repaso del índice de la Recopilación de 1680, nos revela la preponderancia que tuvo el Derecho público (§ 58).
- c) Importancia de la costumbre. Mientras que en España, en este período, la costumbre decaía como fuente del Derecho ante el avance de la ley (§ 44 y 45), en las Indias no sucedió así. La dificultad de legislar, debido a la amplitud del espacio geográfico, al desconocimiento de los problemas y a la diversidad de situaciones, hizo que el legislador condescendiera con aquélla, y que el Derecho consuetudinario ocupara un lugar relevante, junto a la ley, dentro del sistema jurídico. Manifestaciones de esa relevancia fueron:
- 1) que la costumbre jurídica se formó allí donde no existía la ley (“*praeter legem*”);
  - 2) que, dada una ley general, la costumbre actuó como complemento (“*secundum legem*”), y como medio de adaptación al lugar, incluso para corregirla si fue necesario;
  - 3) que fue considerada como el mejor intérprete de la ley;
  - 4) que en su más vigorosa expresión, se opuso a la ley inconveniente (“*contra legem*”).

El legislador, consciente del valor de la costumbre, protegió unas veces a las antiguas, que eran amenazadas por nuevas prácticas; fue cauteloso otras en la derogación de costumbres arraigadas; extendió costumbres de uno a otro sitio, o se sometió a costumbres cuya existencia no conocía con certeza.

## **9. Ciencia Jurídica Indiana (Levaggi § 59):**

Desde el descubrimiento, la ciencia jurídica adquirió importancia a los fines de la regulación de la sociedad indiana, a la cual se trató de regir con un sentido de justicia. Dicho sentido, para una mentalidad como la bajomedieval, estaba indisolublemente unido a la jurisprudencia, ya que se consideraba que de la observancia y buen entendimiento de las leyes, dependían el bien y la paz de los reinos. La Corona, que dirigió la acción conquistadora y pobladora, se valió de las leyes para trazar el marco jurídico al cual se había de ajustar. Éstas fueron redactadas por juristas, los mismos que llenaban casi todas las plazas del Consejo de Indias, entendiéndose por juristas no sólo a los licenciados y doctores en Derecho civil y canónico, sino también a los teólogos expertos en Derecho natural. En el otro extremo, el de la aplicación del Derecho, también desempeñó un papel principal la ciencia jurídica, porque fueron letrados –salvo en las ciudades menores, en donde faltaban los encargados de hacerlo (oidores) o de asesorar a los jueces legos que lo aplicaban (desde virreyes hasta alcaldes). La escasez de letrados que se adoleció en los primeros tiempos, fue solucionada mediante la fundación de escuelas de leyes en todos los reinos de las Indias (§ 107). El sentido de justicia, que impregnó la obra de gobierno desarrollada por la Corona, se propagó por toda la estructura administrativa. Las decisiones que se adoptaron –no sólo

cuando se trataba de graves problemas- pasaron previamente por el tamiz de los asesores y fiscales, quienes se encargaron de acomodarlas a los principios del Derecho. Esta actividad de los juristas como consejeros, que generó un voluminoso caudal de dictámenes y de vistas, se prolongó en las obras de doctrina, que contemplaron, analizaron y procuraron, igualmente, resolver los problemas del Nuevo Mundo.

Dos de los asuntos que dieron lugar a las primeras consultas de la Corona fueron el de los justos títulos y el de la libertad de los indios. Fruto de esta inquietud fueron las Relecciones teológicas de Francisco de Vitoria (§ 39). Enfrente de la posición de Vitoria, y de Bartolomé de Las Casas, amparados ambos en el Derecho natural, estuvo la doctrina tradicional, basada en la filosofía aristotélica y en el Derecho común, desenvuelta por Juan Ginés de Sepúlveda en su “Demócrates segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios”; un tratado no menos valioso, desde el punto de vista jurídico, que las obras de aquéllos. La literatura jurídica indiana, fuera de los dictámenes y vistas oficiales, que no solieron publicarse, puede ser dividida en cuatro categorías:

- (a) exposiciones generales del Derecho indiano;
- (b) exposiciones monográficas, sobre determinados temas;
- (c) comentarios de la Recopilación de Leyes de Indias; y
- (d) obras de práctica.

El método que utilizaron sus autores no difirió del de sus contemporáneos peninsulares; osciló, también, entre el *mos italicus* tardío y el *mos gallicus*.

a) De las exposiciones generales del Derecho indiano, se destacaron, en el siglo XVI, el [\*Gobierno del Perú\*](#), de Juan de Matienzo, que presidía la Audiencia de Charcas y asesoraba al virrey Francisco de Toledo; y en el siglo XVII, la [\*Política indiana\*](#), del célebre Juan de Solórzano Pereira, oidor de la Audiencia de Lima y consejero de Indias, que era la reelaboración y versión castellana de una obra anterior, *De Indiarum iure* (Del Derecho de las Indias).

Si la obra de Matienzo cobró relieve como descripción crítica de la situación del Perú, la de Solórzano se convirtió en el tratado de Derecho indiano por antonomasia, su más importante fuente doctrinal, que justifica la estrofa laudatoria incluida en la primera edición (1647):

Su Derecho, y gobierno vivificas,  
sus riquezas engendras, y repartes,  
sus indios con tu abrigo favoreces,  
los títulos de España clarificas...

b) Las exposiciones monográficas fueron incontables, y los temas que trataron muy variados. A título de ejemplo, cabe mencionar, del mismo Matienzo, los *Comentarios al libro quinto de la Recopilación de las Leyes de España*, en los cuales se ocupó, por medio de la Recopilación castellana de 1567, del matrimonio, las sucesiones y contratos, incluyendo referencias a problemas americanos.

Entre las obras del siglo XVII, merece ser señalado el tratado de Gaspar de Escalona y Agüero, natural de la provincia de Charcas, titulado *Gazofilacio regio del Perú*, dedicado a la hacienda real.

De la copiosa producción del siglo XVIII, la más importante redactada en el Río de la Plata perteneció a Pedro Vicente Cañete, oriundo de Asunción del Paraguay, educado en la

Universidad de Santiago de Chile, asesor en Buenos Aires, Asunción y Potosí, y fiscal de la Audiencia de Charcas, probablemente el jurista con mayor erudición que actuó en la región del Plata, en todo el período hispánico; una región –cabe tener presente- que no se podía comparar con centros culturales de primer orden, como lo fueron Lima y México.

Cañete fue autor del *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del derecho del Real Patronazgo de las Indias*, de orientación regalista, y de *El Código Carolino de ordenanzas reales de las minas de Potosí y demás provincias del Río de la Plata*, un trabajo que también coincidía con el pensamiento de la Ilustración. Fue éste un proyecto de reformas, con vistas al fomento de la minería.

c) Los comentarios de la Recopilación de Indias constituyeron otro género, en la literatura jurídica indiana. Fueron varios los que, a la manera de los dedicados a la legislación castellana, se escribieron de toda o parte de la Recopilación indiana. Los primeros, hechos pocos años después de su promulgación, se limitaron a las leyes relativas al patronato. Los redactaron en el Perú, Juan Luis López, marqués del Risco, y Pedro Frasso. Una serie de comentarios surgió dentro del marco chileno. Fueron los del oidor Juan del Corral Calvo de la Torre, del bonaerense José Perfecto de Salas y del mendocino Ramón Martínez de Rozas; los dos últimos, continuadores de la obra inconclusa del primero. Otros más se escribieron en América. De los trabajos hechos en España, hay que subrayar las "Notas" de Manuel José de Ayala, que se relacionaban con el proyecto de nuevo código para las Indias. Los materiales reunidos por Ayala fueron utilizados para éste y otros proyectos. En 1776, Carlos III prohibió que se siguieran comentando las leyes de Indias. Con el mismo criterio, al dictar la Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata (1782), prohibió que se interpretase o glosase, en modo alguno, y mandó que se estuviese precisamente a su letra y expreso sentido.

d) Las obras de práctica nacieron de la actividad forense y fueron un reflejo del Derecho vivo. Fueron, además, los libros que con más frecuencia utilizaron los letrados. Entre las muchas prácticas que se editaron, ocupó el primer lugar la Curia filípica del autor peninsular Juan de Hevia Bolaños, portero de la Audiencia de Lima, publicada por primera vez en esta ciudad, a comienzos del siglo XVII. Hasta el siglo XIX, inclusive, fue uno de los mejores libros de procedimientos civiles, criminales y mercantiles que circularon. La parte dedicada a la materia mercantil no figuraba en las primeras ediciones, y no parece pertenecer al mismo autor.

## 10. Bibliografía:

–García Gallo, Alfonso. Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 18, Buenos Aires, 1967.

–Levaggi, Abelardo. Manual de Historia del Derecho Argentino. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Tomo I, parágrafos § 49-52.

–Juan Manzano y Manzano, Historia de las Recopilaciones de Indias, t. I, Madrid, 1950, página 6.

–Tau Anzoátegui, Víctor. ¿Qué fue el derecho indiano? Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

–Zorraquín Becú, Ricardo. “Las bases fundamentales del derecho indiano”, en Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano. Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1976.