

CAPÍTULO I. El derecho de las Indias en la historiografía jurídica española y americana . . . . .	11
1. El derecho indiano en la historia del derecho español . . . . .	13
2. El derecho indiano en la historia del derecho de los países americanos . . . . .	20

## CAPÍTULO I

### EL DERECHO DE LAS INDIAS EN LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA ESPAÑOLA Y AMERICANA

La historia de los países iberoamericanos estuvo vinculada por más de trescientos años a la de la monarquía española. Durante ese largo periodo, las instituciones castellanicas sirvieron de modelo para la constitución de las que habían de regular la vida política, social y económica de los territorios americanos. Al operar en una realidad que les era ajena, la mayor parte de las instituciones adquirieron especificidades propias derivadas de las características con que en cada uno de los reinos y provincias se dio la relación entre la población aborigen y los nuevos pobladores. Por eso, aunque partieran del mismo modelo, llegaron a tener diferencias importantes, las instituciones que se conformaron, por un lado, en los asentamientos de las altas culturas indígenas, en los que hubo un mayor grado de mestizaje, no sólo étnico, y por el otro, en los lugares en que la colonización fue dominante porque las culturas aborígenes no se mezclaron, o lo hicieron escasamente, con la población española.

Los reinos y provincias americanos comenzaron a transitar por el camino institucional sobre la base de la recepción de leyes e instituciones mayoritariamente castellanicas; pero una vez conseguida la emancipación, en algunos de estos países se dio la espalda a la herencia jurídica colonial, y se buscó en el derecho francés o el norteamericano el fundamento para conformar estructuras políticas, sociales y económicas distintas a las del antiguo régimen. El éxito de esta empresa fue desigual, porque la recepción de estas corrientes de pensamiento se dio en un contexto político, social y económico que conservaba en buena medida las características que había tenido

durante la época colonial. En el caso de México, esta es la causa por la que, hasta fechas recientes, la presencia de la Nueva España sea muy evidente en una parte de nuestras instituciones.<sup>1</sup>

En los países americanos, pues, para explicar cualquier tema sobre historia del derecho o de las instituciones, no puede dejarse de lado la herencia cultural española, o en el caso de México, novohispana. En nuestro país, esta herencia fue negada a lo largo del siglo XIX y nuevamente, después de la Revolución de 1910, lo que ha significado que resulte difícil explicar no sólo el origen sino también el comportamiento de muchas de nuestras instituciones. En los años cuarenta del siglo que corre, dicha herencia comenzó a ser reivindicada por la historiografía, y después de no pocas dificultades, en las últimas décadas se ha comenzado a generalizar la práctica de ver a las instituciones y al derecho vinculados, aunque sea para diferenciarlos, al perfil que tuvieron durante los trescientos años en que formaron parte del sistema jurídico de la monarquía universal española.

Sin entrar en la polémica sobre la naturaleza de los sistemas jurídicos, aquí se usa el vocablo "sistema"<sup>2</sup> para aludir al conjunto de órdenes jurídicos que tienen en común los siguientes elementos: a) el origen histórico; b) una forma específica de pensamiento jurídico; c) instituciones jurídicas particularmente características; d) la naturaleza de las fuentes del derecho y de su interpretación; y e) determinados elementos ideológicos.<sup>3</sup>

1 "La Nueva España en la constitución mexicana de 1917. Los nuevos comienzos en el constitucionalismo revolucionario", en prensa en el libro de Homenaje a Alfonso García-Gallo de la Universidad Complutense.

2 El tema de la naturaleza de los sistemas jurídicos ha sido debatido desde hace mucho tiempo, y no se pretende entrar en la polémica; resulta interesante señalar que el vocablo "sistema" también se usa para aludir al fenómeno que deriva del iusnaturalismo racionalista, en el que las antípodas serían casuismo y sistema; *vid.* Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

3 Zweigert, citado por Ake Malmström, "The System of Legal Systems", *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, vol. 13, 1969, p. 142; después de algunos comentarios sobre lo que afirma Zweigert, Malmström los reformula de la siguiente manera: a) bagaje histórico; b) desarrollos ideológicos generales; c) la naturaleza y el uso de las fuentes del derecho; d) métodos legales y

Al analizar el sistema jurídico de la monarquía española a lo largo del periodo colonial, no puede dejar de reconocerse que, en efecto, España y sus colonias compartieron todos estos elementos por más de trescientos años.<sup>4</sup> Sin embargo, para comprender las especificidades que en relación con el núcleo del sistema se fueron dando es importante tener en cuenta la diversidad de condiciones geográficas, políticas, sociales y económicas de cada uno de los territorios ultramarinos.

En relación con América, en el sistema jurídico de la monarquía se fue conformando un conjunto de ordenamientos que se conocen en la historia del derecho, sobre todo español, como derecho indiano. A explicar la perspectiva desde la que se estudia este derecho tanto en España como en América están dedicadas las siguientes páginas.

### 1. *El derecho indiano en la historia del derecho español*

La expresión "derecho indiano" aunque no sea ambigua, ya que en todos los casos se refiere al derecho de las Indias, tiene un significado distinto en cada uno de los países iberoamericanos que depende de la manera en que éstos se vinculan a la historia de España. Independientemente de cuándo se forma, cómo se constituye y qué fuentes lo conforman, es evidente que el fenómeno jurídico americano ha sido analizado y percibido desde el descubrimiento de América de distinta forma a un lado y otro del Atlántico. No es mi intención recoger aquí todas las manifestaciones de un proceso que abarca casi quinientos años,<sup>5</sup> sino solamente referir la experiencia

hábitos de pensamiento específicos, y e) instituciones jurídicas particularmente características.

4 El comportamiento de los sistemas jurídicos en: González, María del Refugio (comp.), *Historia del derecho, Historiografía y metodología*, México, Instituto Mora-Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, "Estudio Introdutorio", pp. 32-36.

5 La forma en que se fueron concibiendo historiográficamente las Indias se puede ver en el trabajo de García-Gallo, Alfonso, "La historiografía jurídica indiana", *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de

## 14 DERECHOS INDIANO Y PROVINCIAL NOVOHISPANO

más cercana. En este orden de ideas, se ha de revisar, en primer término el lugar que la historiografía jurídica reciente otorga el derecho indiano dentro de la historia del derecho español y, después, la posición complementaria, esto es, qué lugar ocupa la historia del derecho indiano en los textos de historia del derecho de los países americanos. En el capítulo siguiente se revisa este mismo asunto pero centrando la explicación en el caso mexicano. Vamos, pues, al grano.

En la segunda mitad del siglo XX, en los manuales de historia del derecho español, los que se corresponden por lo general con el curso que sobre esta materia se imparte en las universidades españolas, para explicar el indiano se han seguido dos modelos: consagrar un capítulo al tema, o bien, introducir los elementos del derecho indiano que se quieren explicar, en los lugares que les corresponde, en la historia del derecho español. En el primer supuesto se encuentran las obras de García-Gallo, Lalinde Abadía, Escudero y Montanos y Ferrín y Sánchez Arcilla. En el segundo las de Pérez Prendes y Muñoz de Arracó, Tomás y Valiente y Mariano Peset.<sup>6</sup>

En el primer modelo, el patrón fue establecido por Alfonso García-Gallo, quien puede ser considerado indianista además de historiador del derecho español. Este autor se ocupa de las Indias y de su derecho en distintas partes y varios apartados de su conocido *Manual de historia del derecho español*, esto es, contempla la historia del derecho y de las instituciones de las Indias en el lugar que les corresponde dentro de la del español, explicando las características del fenómeno indiano —fuentes e instituciones— hasta la emancipación de los países americanos.<sup>7</sup> En la misma línea se encuentra el *Derecho*

Estudios Jurídicos, 1972, pp. 11-35; las últimas páginas están dedicadas al siglo XX.

<sup>6</sup> El listado no es exhaustivo, sólo se refieren algunas de las obras de la amplia historiografía española sobre el tema.

<sup>7</sup> *Manual de historia del derecho español*, 3a. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1967; La colonización de América, 205-206; la formación del derecho indiano 214-216; las recopilaciones medievales y modernas 448; La sistematización del derecho indiano 529; Las fuentes del derecho de Indias 774-791; La incorporación de las Indias 1190-1201; El rey como administrador

*histórico español* de Jesús Lalinde Abadía, aunque consagra a las Indias sólo algunos párrafos dentro del desarrollo general de la temática de su libro. Este autor, al igual que García-Gallo refiere, sobre todo, fuentes aunque haga alguna mención de varias instituciones.<sup>8</sup> También José Antonio Escudero, en el *Curso de historia del derecho español*, trata el asunto de las Indias en los apartados que les corresponde dentro de la historia general del derecho español, y aunque se aboca a las cuestiones que más interesan en la historiografía española como son las relativas a los justos títulos, las fuentes del derecho y el proceso recopilador, introduce novedades al ocuparse de algunas instituciones de la administración pública en sus diversos niveles.<sup>9</sup> Emma Montanos Ferrín y José Sánchez Arcilla en su *Historia del derecho y de las instituciones*, al igual que García-Gallo, desarrollan la temática del derecho indiano abarcando hasta la independencia de las naciones americanas. Pero como la obra de estos autores es mucho más amplia, con mayor espacio e intereses más diversificados, amplían el espectro de las instituciones que estudian e incorporan la investigación reciente sobre temas específicos, lo que les permite —en relación con sus predecesores— analizar un número mayor de los asuntos relativos a las Indias.<sup>10</sup>

puesto por la comunidad, Castilla e Indias 1309; La Revolución española, en América 1477; La pérdida de América 1482 y algunas menciones en otros apartados. Esto es, cerca de 40 dentro de 1620.

<sup>8</sup> *Derecho histórico español*, Barcelona, Editorial Ariel, 1974; Recopilación de Indias, p. 90; Ordenanzas delegadas, p. 99; Del derecho castellano en Indias, p. 108; Indias (el orden de prelación), p. 130; Indios, p. 174; Indias (la sociedad), p. 188; Indias (las formas políticas), p. 210; Audiencia indiana, p. 239; Corregidores indianos, p. 249; y alguna mención en la descripción de los regímenes monárquicos por los que atravesó España.

<sup>9</sup> *Curso de historia del derecho español. Fuentes e instituciones político-administrativa*, Madrid, Gráficas Solana, 1985; La monarquía universal española: B. La incorporación de las Indias y C. La justificación de la conquista y el problema de los justos títulos; Estructura social: 2. La población rural en Indias; Las fuentes del derecho; III, Las Recopilaciones en Indias; La administración territorial: C. El municipio indiano; La acción del Estado I y II: 3. La Audiencia en Indias y H. La hacienda en Indias, respectivamente. Es decir, algunos cuantos apartados entre los 48 capítulos.

<sup>10</sup> *Historia del derecho y de las instituciones*, Madrid, Dykinson, 1991, tomo

José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó es el primer historiador del derecho español de los tiempos recientes que dedica un capítulo de la obra general sobre *Historia del derecho español*, a la del indiano, centrándose en el tema de las fuentes, que es el hilo conductor de la explicación de todo el manual.<sup>11</sup> Francisco Tomás y Valiente opta también por separar el fenómeno indiano y destina un capítulo de su *Manual de historia del derecho español*, al derecho de las Indias, ocupándose en esas páginas de varios temas también relativos, sobre todo, a las fuentes aunque se interesa también por los justos títulos, la conquista y la colonización.<sup>12</sup> El libro colectivo de *Historia del derecho* de Mariano Peset *et al.*, recurre también al mismo tipo de tratamiento y dedica al derecho indiano un capítulo del texto general —aunque más reducido por las dimensiones

II, en la parte relativa a Auge y crisis del *ius commune* (siglos XVI-XVIII) 1, 4 y 5; La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y el Derecho indiano, respectivamente; V, 2. La Gobernación en Castilla e Indias, 3. Los Adelantamientos en Indias, 8. c) Peculiar desarrollo de las intendencias en Indias; VI, 2. Peculiar desarrollo del municipio castellano en Indias: los cabildos, los alcaldes ordinarios, corregidores y alcaldes mayores, los corregidores de indios y los alcaldes mayores de indios, Otros oficios del cabildo, reducciones y agregaciones; VII, 4. c) Las Audiencias de Indias; 6. La Casa de Contratación de Indias; VIII, 8. Peculiar configuración de la Hacienda en Indias: organización, ingresos, gastos; X, 3. a. 2. Recopilaciones de Indias: El proyecto de Recopilación de Pinelo, La Recopilación de Indias de 1680 y adiciones, comentarios y nuevos proyectos. En el tomo III, en la parte relativa a El triunfo del derecho nacional. Códigos y constituciones: 3. El problema americano y 3. b) La insurrección americana; V, A. 2. El Ministerio de Ultramar.

11 *Historia del derecho español. Parte general*, Madrid, Ediciones Darro, 1973; capítulo veintidós (pp. 595-610). Las fuentes del derecho en el sistema jurídico de la recepción del derecho común; A. El derecho indiano; B. Los principales textos legislativos en las diferentes etapas del derecho indiano; C. Disposiciones no reales; D. Orden de prelación de fuentes; E. Otras fuentes.

12 *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Editorial Tecnos, 1979; es el capítulo XIX y los temas que trata son: 1. Descubrimiento, conquista y colonización de las Indias; 2. Los primeros pasos del ordenamiento jurídico indiano; 3. La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla; 4. Las capitulaciones y otras normas iniciales; 5. La etapa crítica; 6. La ley y la costumbre en Indias: el sistema normativo indiano; 7. El tortuoso proceso recopilador de las Leyes de Indias; 8. La legislación borbónica y los intentos de recopilación posteriores a 1680; y 9. La literatura jurídica indiana. Esto es, 1 capítulo de 35.

de la obra— en el que se refiere sólo a los justos títulos y las recopilaciones indianas.<sup>13</sup>

Por el tratamiento que la historiografía española ha dado al derecho indiano, puede afirmarse que los temas más socorridos son los relativos al descubrimiento y los llamados justos títulos; las peculiaridades de algunas de las instituciones políticas, y el proceso recopilador. Sólo García-Gallo, Montanos Ferrín y Sánchez Arcilla se abocan al tratamiento de una temática más variada; estos últimos autores, además, exponen temas tratados por la historiografía reciente y dejan planteadas hipótesis sobre cuestiones en las que se reflejan los logros y las preocupaciones de la investigación actual sobre el derecho indiano.

A la luz de la temática que estudian los historiadores del derecho español sobre el derecho indiano podría pensarse que su interés se reduce a unos cuantos temas, lo que podría denotar cierto desinterés por ocuparse del asunto en forma más profunda. Pero si esto se ve desde la perspectiva española, se puede afirmar que no es que los historiadores del derecho español no se interesen por el derecho indiano, es tan sólo que en la larga historia del primero (siglos III a. C. al XX d. C.) los trescientos años, poco más para Cuba y Puerto Rico, de unión no son tantos. Setecientos, estuvo la península dominada por los árabes. Para España, las Indias —a pesar de su amplitud geográfica— son sólo una de las numerosas posesiones que llegó a tener el Imperio, y su historia cubre apenas una de las etapas del largo desarrollo hispánico. Esto se hace extensivo a la historia del derecho y de las instituciones americanos.

En la historiografía española sobre el derecho indiano referida a obras generales hay otro enfoque, el que deja de lado la explicación de conjunto del derecho español, y se reduce a explicar su influencia en las Indias. Dicho enfoque sólo se ocupa de la historia del derecho español en relación con el

13 Peset, Mariano *et al.*, *Historia del derecho*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1989; es el XXIII, en el que se tratan los justos títulos de la conquista y las recopilaciones indianas.

fenómeno americano. En esta perspectiva se sitúan dos obras muy distintas, la de José María Ots Capdequí<sup>14</sup> y la de Juan Carlos González.<sup>15</sup> De la primera ha circulado más ampliamente la versión refundida en la sexta década del siglo, en la cual se plasman de manera amplia, erudita y pormenorizada las principales instituciones del mundo jurídico indiano en relación con sus antecedentes e influencia españoles, hasta poco después de la independencia; la segunda, no tan amplia y no tan erudita, ofrece un panorama sobre el tema hasta la integración contemporánea de lo que denomina "un sistema iberoamericano"; no se reduce, pues, a los siglos del vínculo jurídico, aunque éste sirve de base para plantear los términos de la relación ulterior.

Dejando de lado las visiones de conjunto en las que la historia del derecho español es la protagonista, hay que señalar que no es ésta la única forma en que se ha abordado la historia del derecho indiano entre los historiadores españoles del derecho. Algunos de los arriba mencionados y otros que no se señalan, han hecho de la historia del derecho indiano una de sus tareas fundamentales. Entre los primeros se encuentra en el lugar más destacado Alfonso García-Gallo,<sup>16</sup> aunque quien se ocupó en fechas más tempranas de la historia del derecho indiano y abrió el camino a la historiografía del tema fue Rafael Altamira.<sup>17</sup> A don Alfonso se debe una obra llena de originalidad y erudición que marca en forma pormenorizada los pasos y las fuentes para el estudio del derecho

14 *Manual de historia del derecho español en Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, 1943 (otra edición en 1945), refundido en: *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968.

15 *Influencia del derecho español en América*, Madrid, MAPFRE, 1992.

16 Lo atestiguan sus más de cincuenta trabajos sobre el tema, sus numerosos discípulos; aunque no es el objetivo de estas páginas, es obligado referir las dos grandes colecciones de artículos de García-Gallo sobre el tema: *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972 y *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid, Real Academia de Legislación, 1987.

17 En varios trabajos que realizó en las primeras décadas del siglo y en el libro *Técnica de investigación en la historia del derecho indiano*, México, José Porrúa e Hijos, 1939.

indiano y ofrece un amplio catálogo de acciones a realizar en la investigación del tema.<sup>18</sup> De la misma generación que García-Gallo es Antonio Muro Orejón, cuyas *Lecciones*, que impartió en su cátedra de Sevilla durante muchos años, se editaron recientemente; estas lecciones se centran también en algunos aspectos institucionales y de fuentes, a más de revisar el proceso recopilador.<sup>19</sup> Por otra parte, en el V Centenario del Descubrimiento de América se dio a luz la obra colectiva escrita por Ismael Sánchez Bella, Alberto de la Hera y Carlos Díaz Rementería<sup>20</sup> sobre este tema, la que ofrece —al inicio de un interesante conjunto de trabajos— un recuento historiográfico de los autores españoles y americanos que han realizado obras monográficas, artículos o ensayos sobre el derecho indiano;<sup>21</sup> asunto que no se explica en el texto que tiene el lector en las manos.<sup>22</sup> Otros autores han recogido el trabajo historiográfico de los Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, pero sin ocuparse todavía de hacer un texto general,<sup>23</sup> aunque Sánchez Bella cuenta también con una amplia colección de estudios sobre el derecho indiano.<sup>24</sup>

De desigual importancia, erudición y riqueza, el listado anterior sólo pretende mostrar las perspectivas desde las que se ha trabajado la historia del derecho de las Indias ya sea en

18 *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, prof. de Alamiro de Ávila Martel.

19 *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1989, presentación José Luis Soberanes, prólogo Rafael Diego-Fernández S.

20 *Historia del derecho indiano*, Madrid, Fundación MAPFRE, 1992.

21 Sánchez Bella, Ismael, "Historiografía jurídica indiana", Sánchez Bella et al., *Historia del derecho...*, pp. 13-31.

22 Un panorama amplio y muy esclarecedor del desarrollo de la historiografía jurídica en la América hispana se encuentra en el ensayo de Bernal, Beatriz, "Historiografía jurídica hispanoamericana en el siglo XX", *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, UNAM-IIJ, 1979, vol. II, pp. 43-61.

23 De la Hera, Alberto, Ana María Barrero y Rosa María Martínez de Codes, *La historia del derecho indiano. Aportaciones del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano a la bibliografía jurídica americanista*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1989.

24 *Derecho indiano: estudios*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, 2 vols.

los manuales de historia del derecho español o en las obras generales en las que se plantea el vínculo entre éste y el indiano. No se ha buscado hacer una valoración de estas obras sino describir una forma de enfocar el estudio del derecho indiano, la que lo contempla como un todo, dentro del conjunto de la del español. Desde esta perspectiva, las Indias son una sola cosa, esto es, no se tienen en cuenta las peculiaridades locales. No puede ser de otra manera, porque desde la perspectiva española, efectivamente fueron un todo.

## 2. *El derecho indiano en la historia del derecho de los países americanos*

En el orden de ideas que se va siguiendo, hay que dar cuenta ahora de la forma en que ha sido tratado el derecho indiano en los países en los que se han realizado obras de conjunto sobre la historia del derecho local. Antes se dijo que el enfoque que se da al estudio de la historia del derecho español en relación con el derecho de cada uno de los países americanos depende, en buena medida, de la forma en que esos países se vinculan con la historia de España y a la de su derecho. Los ejemplos que se traen a colación permiten, desde mi punto de vista, comprobar que esta afirmación es correcta. Al igual que en el capítulo anterior, tampoco aquí se hará una reseña exhaustiva ni una valoración de lo que se afirma.

La primera cuestión que debe señalarse, aunque sea obvia, es que, en el caso de la historia de los países hispanoamericanos, la etapa hispánica o colonial tiene un significado distinto al que se señaló para la historia de España. En primer lugar, porque su incorporación al mundo occidental procede precisamente de la conquista y la colonización españolas. El horizonte histórico de estos países no es tan homogéneo como el de los europeos que heredaron la cultura jurídica romana y sus pobladores aborígenes no tuvieron contacto cultural con la Europa cristiana de los siglos alto y bajomedievales. En materia jurídica esto significa que no formaron parte de la familia de derechos neorromanista en su vertiente romano ca-

nónica, en su gestación y posterior conformación, que es la que imperó en la península ibérica antes del encuentro del Viejo y el Nuevo Mundos.

Desde esta perspectiva, el bagaje de la cultura jurídica propio de la recepción del derecho común es un componente meramente formal de su pasado jurídico porque no formaron parte de este fenómeno.<sup>25</sup> Su historia jurídica no estaba vinculada a la de la familia neorromanista, de manera que los trescientos, o más, años de pertenencia al cada día más vasto imperio español deben ser analizados desde otra perspectiva. En el caso que nos ocupa, lo que se pretende mostrar es cómo se vinculan estos países a la historia de España en general y a la de su derecho en particular, ya que lo local y lo metropolitano constituyeron un sólo ente histórico durante mucho tiempo.

Después de su emancipación, estos países lucharon de desigual manera por el rescate de uno de sus elementos constitutivos, por lo que los estudios jurídicos tuvieron trayectorias que van en función del reconocimiento —o la negación— de esos elementos en el proceso de formación de un Estado nacional que aspirara —o no aspirara— a integrarlos. En este orden de ideas, el estudio del pasado jurídico es distinto en cada uno de los otrora reinos y provincias de las Indias a lo largo del siglo XIX y por lo que toca al XX,<sup>26</sup> en los casos en que la cultura colonial fue rechazada, el llamado “resurgimiento” de los estudios histórico jurídicos, lo que incluye al del derecho indiano, debe ubicarse en los años veinte.<sup>27</sup>

25 Aunque recientemente se investiga sobre el *ius commune* en la América española, es evidente que este tipo de estudios sólo puede referirse a la recepción, tardía, de ese derecho porque ninguno de los autores americanos o vinculados a América formó parte del catálogo de los del *ius commune*; por otra parte, la recepción de ese derecho es paralela a la del derecho real, ya que ambos llegaron a América con los españoles, así pues, el real no se enfrenta al *commune* de la misma manera que en España porque lo que en ella significa el real, que es “lo nacional” en América se corresponde con el “indiano provincial”.

26 Los datos correspondientes al siglo XIX en el ensayo de Bernal, Beatriz, “Historiografía jurídica...”, pp. 45-49.

27 *Idem*, pp. 49-51.

El primer texto que me gustaría traer a colación es el *Manual de historia del derecho argentino* de Ricardo Levene,<sup>28</sup> porque este autor fue el pionero entre los americanos en sistematizar la historia del derecho indiano, incorporándola a la historia patria o nacional. Como es sabido, Levene sembró en Argentina la semilla que permitió el desarrollo de una amplia escuela historiográfica sobre el periodo, allá llamado, hispánico. Para este autor la posición desde la que debe trabajarse es clara: "la historia del derecho argentino, desde sus orígenes, comprende el estudio de los Derechos castellano, indígena, indiano y argentino propiamente dicho".<sup>29</sup> Es pues, el de Castilla, a su juicio, parte del argentino. Sin embargo, a pesar de esta declaración, no se ocupa del derecho castellano, "materia investigada por escuelas de juristas e historiadores de España"<sup>30</sup> —dice— sino que, inicia su trabajo con el indiano. Su libro está dividido en dos partes y comprende cuarenta capítulos; de la primera, que contiene diecinueve, sólo uno de ellos no está dedicado al indiano. Esto es, tal derecho ocupa poco menos de la mitad del libro; por ello se estudian numerosos temas tanto sobre las fuentes como sobre las instituciones de derecho público y privado.

Aunque la visión de Levene fue asumida por las sucesivas generaciones de historiadores del derecho,<sup>31</sup> e incluso fue adoptada en el programa de la materia,<sup>32</sup> en textos más recientes el tratamiento ha comenzado a variar. Esto, porque el estado que guarda la investigación permite elaborar obras más

28 *Manual de historia del derecho argentino*, 4a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1969; la 3a. edición es del año 1962 y es posterior a dos más amplias: *Introducción a la historia del derecho indiano*, Buenos Aires, 1924 y la *Historia del derecho Argentino*, 11 vols., 1945-1958.

29 *Manual de historia...*, p. 19; cito de la cuarta edición porque no tuve a la vista la primera.

30 *Idem*, p. 25.

31 A la cabeza de las cuales ha estado por mucho tiempo Ricardo Zorraquín Becú, cuya *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1966, no tuve a la mano.

32 La manera en que ha sido impartida la cátedra de historia del Derecho, en el ensayo de Beatriz Bernal, "Historiografía jurídica...", pp. 51-52.

amplias, en las cuales, sin embargo, no se modifica el enfoque dado por Levene a la historia del derecho argentino.

Así, en el *Manual de historia de las instituciones argentinas* elaborado para la docencia por Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré,<sup>33</sup> el modelo se repite, no sólo "porque es el que hemos utilizado en la enseñanza, sino porque consideramos que su contenido está de acuerdo con la moderna concepción de la disciplina".<sup>34</sup> El texto de estos autores está también dividido en dos partes, la hispánica y la patria, aunque en el prólogo de la primera edición hace referencia a tres partes.<sup>35</sup> Por ser muy posterior, esta obra se extiende hasta periodos más recientes que la historia de Levene, en consecuencia, la primera parte sólo constituye un tercio del total del libro, esto es, doce capítulos, mientras que a los demás periodos se dedican, en la segunda parte, veintitrés. El periodo llamado hispánico ya no es la mitad del libro, como en el texto de Levene.

El modelo fue también seguido por Abelardo Levaggi en su *Manual de historia del derecho argentino*,<sup>36</sup> en cuya portada se señala que abarca los periodos castellano, indiano y nacional. A diferencia de los anteriores, aquí sí hay una referencia amplia a los diversos periodos de la historia del derecho castellano, esto es, hispanorromano, visigótico, alto y bajo medieval, moderno y contemporáneo, los cuales ocupan más de doscientas páginas del primer tomo. En los otros dos, se estudian las instituciones, rama por rama, siguiendo la secuencia de su desarrollo desde la época hispánica hasta la contemporánea. Cuando se justifica, se remite al lector al antecedente hispánico de las instituciones, e incluso se señala si hay relación o no la hay con lo indígena.

33 3a. ed., Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1971; la primera edición es de 1967.

34 *Manual de historia...*, prólogo a la primera edición, *vid.*

35 *Idem*, prólogo a la primera edición, *vid.*

36 *Manual de historia del derecho argentino (castellano-indiano/nacional)*, Buenos Aires, Depalma, 1986-1991, 3 vols.

Tal es, a muy grandes rasgos el enfoque dado al derecho indiano, por los historiadores argentinos del derecho.<sup>37</sup> Otra vez, no se hace juicio de valor, simplemente se describe un hecho.

No hay muchos otros manuales generales para la enseñanza de la historia del derecho en el resto de América, aunque existan obras generales dedicadas a las instituciones políticas, o al Estado, por ejemplo; pero nada de esto se revisa en las páginas que tiene el lector en las manos.<sup>38</sup> Sin embargo, con el objeto de ofrecer un panorama que haga posible identificar modelos, puede traerse a colación, por lo menos, otro texto de carácter general. Se trata de la *Historia del derecho peruano*, de Jorge Basadre.<sup>39</sup>

Para este autor, la historia del derecho peruano es “una historia de los sistema jurídicos que se han sucedido en el territorio que hoy es asiento de la República del Perú.”<sup>40</sup> La obra está dividida en tres grandes partes: prehispánica, que comprende las culturas preinca y la cultura inca; colonial que abarca la conquista y el virreinato, y republicana que se inicia con la emancipación y termina en el presente.<sup>41</sup>

En la “advertencia” de la primera edición, de 1937, el autor afirma haber seguido el plan que Brunner y Solmi defendieron en Alemania e Italia, esto es, el mismo que Riaza y García-Gallo adaptaron para España. Este plan consiste en remitirse

37 En relación con los chilenos hay también varias visiones de conjunto que tienen un enfoque semejante al que se ha señalado: Bascuñán Valdez, Aníbal, *Elementos de historia del derecho*, Santiago de Chile, 1954; Ávila Martel, Alamiro de, *Curso de Historia del derecho*, Chile, 1955, en la que se remonta el estudio al de la historia del derecho español, y recientemente Barrientos Grandón, Javier, *Introducción a la historia del derecho chileno. I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Chile Barróco Libreros, 1994, cuyo enfoque remite en este primer volumen al derecho romano y la romanización en la Península Ibérica.

38 Para su consulta pueden verse los trabajos de Sánchez Bella y Bernal sobre la historiografía, *vid. supra*, notas 20 y 21, respectivamente.

39 2a. ed., Lima, EDIGRAF, 1984; no tengo a la mano la primera, pero la “advertencia” de la de 1937, se reproduce en la segunda sin que se indique en ésta que se modifica el enfoque.

40 *Idem*, p. 39.

41 *Idem*, p. 40.

a los antecedentes más remotos para explicar la historia del derecho de algún lugar. En el caso del Perú estos antecedentes son los prehispánicos. Su postura es notablemente distinta a la de los textos hasta aquí señalados.<sup>42</sup> De acuerdo con esta concepción, el derecho indígena es la base del peruano.

Para explicar el desarrollo de la historia del derecho peruano, Basadre divide el *Manual* en cuatro libros. El libro primero, a su vez, comprende cuatro capítulos, en los cuales se ofrecen las nociones fundamentales para sustentar el enfoque seguido en la obra. En el tercero de los capítulos se hace referencia a los derechos que han influido en el peruano, a saber, por un lado, los europeos, entre ellos, el canónico y el español, y por el otro, el indiano, considerado como el derecho español aplicado a América.<sup>43</sup>

El libro segundo está dedicado por entero a las culturas prehispánicas, de las que ofrece numerosos datos sobre la formación de la ley y sus fuentes; asimismo describe, siguiendo la concepción occidental, el régimen de las instituciones de carácter público y de carácter privado, incluyendo la organización judicial. El libro tercero es el que está enfocado a exponer el derecho indiano, pero lo explica desde la perspectiva peruana. El título de este libro habla por sí mismo: "El desenvolvimiento del derecho peruano desde la época de la conquista española". El contenido de este libro, se acerca a la temática que los historiadores del derecho español utilizan para la explicación del derecho indiano, esto es, la influencia del derecho castellano, los justos títulos —pero haciendo énfasis en la conquista— el proceso recopilador y las fuentes legisladas del derecho indiano, el sentido de este derecho y la literatura jurídica. En el libro cuarto se ocupa ya del republicano, centrado en la codificación.

Hasta aquí lo que nos ofrece la historiografía americana para el estudio del derecho indiano. Aunque el análisis realizado no es exhaustivo sino ejemplificativo, se podría hacer un intento por clasificar las obras que se revisaron. De lo que se

42 *Idem*, p. 9.

43 *Idem*, p. 38.

lleva dicho puede desprenderse que hay, por lo menos, dos modelos para explicar la historia del derecho indiano en la América hispánica. Uno, que corresponde a los países en los que la colonización fue el fenómeno dominante; en ellos, el vínculo con España es más cercano y se considera que la historia del derecho español es parte importante de la del local. En este modelo podrían incluirse los países en los que la presencia de los grupos indígenas fue poco significativa y casi todo lo que sucede se inicia a partir de que se realiza el asentamiento español, como es el caso de Argentina o Chile, por ejemplo, en cuyo territorio el asentamiento indígena fue muy distinto al de Perú o México.

Los dos últimos países son representativos justamente del otro modelo, el que se corresponde con la existencia de altas culturas en la época anterior al descubrimiento de América y en el que la colonización es posterior a la conquista de los pueblos indígenas. En este supuesto, el derecho español se ve más lejano, y sólo forma parte de la historia del derecho nacional o patrio en la medida que influyó sobre el que se fue constituyendo en el territorio a partir de la interrelación entre el elemento español y el indígena, todavía presente en su territorio. El derecho prehispánico está más cerca que el español, a pesar del sincretismo cultural que se produjo durante la época colonial, a más de que, en algunas regiones sigue vigente. Por esto, no basta mencionarlo como antecedente, ni sólo en el lugar que le va correspondiendo en las instituciones, sino como una parte capital, un sustrato sobre el que se implanta otro derecho para conformar un nuevo sistema. A más del criterio cuantitativo puede haber razones de otra naturaleza para optar por uno u otro camino, como se verá, en relación al caso mexicano.