

HISTORIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la UNAM, en su quincuagésimo
aniversario 1940-1990

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. *Concepto de historia del derecho.* 2. *Historiografía jurídica.* 3. *Plan del presente trabajo.* II. *El mundo indígena.* 1. *Planteamiento.* 2. *El Calpulli.* 3. *Organización Política.* 4. *Organización social.* III. *Antecedentes castellanos.* 1. *Justificación.* 2. *Marco histórico y geográfico.* 3. *Fuentes del derecho castellano bajo medieval.* IV. *El encuentro de dos mundos.* 1. *La penetración española en América y su justificación.* 2. *Marco jurídico de los descubrimientos y conquistas.* V. *El derecho colonial.* 1. *Planteamiento de la cuestión.* 2. *La legislación indiana.* 3. *La labor de recopilación para Indias.* VI. *El derecho y la Independencia.* 1. *Cádiz y su impacto en México.* 2. *El derecho que se aplicó en México los primeros años de vida independiente.* VII. *El gran debate ideológico del siglo XIX.* 1. *Antecedentes remotos.* 2. *La Ilustración.* 3. *Rosseau vs. Burke.* 4. *Liberalismo y conservadurismo en México.* VIII. *La codificación decimonónica en México.* 1. *Antecedentes Históricos.* 2. *La codificación civil.* 3. *La última dictadura de Santa Anna.* 4. *La codificación procesal.* 5. *Codificación mercantil.* 6. *La legislación administrativa en el siglo XIX.* 7. *Surgimiento del amparo mexicano.* IX. *Surgimiento del derecho social.* 1. *Crisis del modelo liberal positivista.* 2. *Tras una justicia social*
X. *Bibliografía*

1. INTRODUCCIÓN

1. *Concepto de historia del derecho*

Antes que nada debemos determinar si el derecho es susceptible de ser historiado, lo cual implica el precisar si el derecho es sujeto de la historia y si el fenómeno jurídico es relevante para la misma disciplina, es decir objeto de la historia.

Téngase presente que el derecho es más que una manifestación cultural de una sociedad (que también lo es) ya que supera a la sociedad misma, pues es quien le da forma, a veces adelantándose o a veces

yendo a la zaga del fenómeno social para reglamentarlo. Por ello, cualquier comunidad humana, fundándose en eso que es el común denominador de todos los sistemas jurídicos, va construyendo su propio y específico sistema, el cual siempre estará referido a una comunidad determinada, bien concreta, y a un tiempo igualmente bien determinado y concreto. Por otro lado, no debemos olvidar que las sociedades viven una constante evolución, son esencialmente cambiantes, el inmovilismo social no se puede dar, con mayor o menor celeridad pero siempre la sociedad se encuentra en movimiento. Ahora bien, el derecho es la forma de lo social, y por ello existe una profunda relación entre una sociedad y el sistema jurídico que la reglamenta, ya que éste último es su conductor; consecuentemente, podemos afirmar que en la medida que una comunidad cambia o evoluciona, el sistema jurídico que la regula cambiará o evolucionará, de tal suerte que el derecho es esencialmente cambiante y por consiguiente digno de ser estudiado por la historia.

Pero no podemos quedarnos únicamente con esta afirmación, ya que como decíamos antes el derecho es la forma de lo social y por lo tanto la vinculación entre la sociedad y su sistema jurídico es de tal profundidad y trascendencia que no podemos cambiar una sin el otro.

Siguiendo adelante nos corresponde ahora preguntarnos ¿qué es la historia? A lo cual tendremos que responder diciendo que es el estudio sistemático, crítico e interpretativo de hechos del pasado que han tenido relevancia y trascendencia social; de esta forma, el estudio de la historia no puede, ni debe, ignorar el fenómeno jurídico. Por ello, el fenómeno jurídico del pasado no sólo es sujeto sino también objeto del quehacer histórico, desde cualquier postura historiográfica que se adopte, en unos casos con mayor entidad y en otros menor, pero siempre objeto de la historia.

Por todo ello, podemos decir que la ciencia de la historia del derecho es la disciplina que estudia de manera sistemática, crítica e interpretativa los fenómenos jurídicos del pasado que han tenido verdadera importancia y trascendencia en la sociedad.

Si nos preguntamos acerca de la utilidad práctica de la historia del derecho podemos dar varias respuestas válidas, pero desde nuestro personal punto de vista creemos que todas se reducen a destacar el carácter interpretativo de esa disciplina.

En efecto, como resultado del positivismo jurídico del siglo pasado y principios del presente, se pensó que el estudioso del derecho tenía que almacenar en su memoria el contenido de todas las leyes en vigor, para después aplicarlas al caso concreto, en un increíble ejercicio herme-

néutico; de ahí que hasta hace poco tiempo se destacara el carácter memorístico de la carrera de derecho; parecía como si se hubiera olvidado que el derecho no está formado únicamente por leyes vigentes, sino por otras muchas cosas más. Frente a esa manera de contemplar el derecho y al ver cómo recientemente el legislador ha sacado una ingente producción legislativa, resultaría absolutamente imposible registrar en la memoria tal cúmulo de disposiciones, de ahí que nuevamente se esté cayendo en cuenta que el verdadero jurista no es el que “sabe” leyes sino el capacitado para interpretar el derecho, es decir el que tiene criterio jurídico; por ello, la función de las facultades y escuelas de derecho se contempla ya no tanto en “dar información” sino en “dar formación” a los que pretenden ser juristas. Dentro de este orden de ideas, veremos que resulta de gran importancia la historia del derecho en la formación del jurista contemporáneo.

Evidentemente, como decíamos antes, la sociedad al ser una realidad en constante evolución hace que el sistema jurídico que la rige viva en permanente cambio; por otro lado, observamos que el derecho vigente no es más que un eslabón de la cadena de ese interminable evolucionar del derecho pues el mismo se construye sobre los sistemas jurídicos del pasado a la vez que sirve de asiento a los del porvenir. Así, pues, para entender una institución jurídica vigente habrá que estudiar sus antecedentes históricos, ya que la misma, como hemos venido repitiendo, no es el resultado de la casualidad o de una generación espontánea, sino precisamente de su herencia histórica. Por todo ello, podemos concluir que el método de interpretación histórico-jurídico es de gran relevancia en el quehacer de los juristas.

Ahora bien, la disciplina de la historia del derecho no concluye su labor con el desentrañar los antecedentes históricos de una institución determinada, sus afanes van mucho más allá al exponer el devenir histórico de todo el sistema jurídico, para comprenderlo en su totalidad, es decir, finca los conocimientos de una interpretación global del derecho, afirmando la naturaleza unitaria del mismo y permitiendo a los juristas tomar conciencia del momento histórico del cual son protagonistas, dando los elementos para fundamentar su propia postura filosófica. No en balde a la historia del derecho se le da el carácter de disciplina jurídica auxiliar. Como se verá, también en este caso se resalta la finalidad eminentemente interpretativa de nuestra ciencia.

En otra dimensión, la historia del derecho presta servicios inestimables a la historia en general, sea desde el punto de vista político, económico, social, ideológico, o el que se quiera, si finalmente lo que se persi-

que es buscar la “historia total”, pues el profesional de la historia, sea cual fuere su postura historiográfica, debe recurrir a nuestra materia si no quiere quedar condenado a hacer una historia mutilada, como señalamos párrafos atrás.

Cuando a los estudiantes que se inician en esta disciplina los interrogamos sobre la función de la misma, suelen apuntar que la historia del derecho ayuda a descubrir el futuro; esta respuesta no es del todo exacta, sin embargo, no podemos dejar de pensar que los planificadores del derecho deben de tener sólidos conocimientos históricos, pues no olvidemos la famosa frase de que el pueblo que desconoce su propia historia está condenado a volverla a vivir; con lo cual queremos decir que para darle el verdadero sentido ciceroniano a nuestra materia, es el considerarla como un instrumento utilísimo al planificador legislativo.

No queremos dejar estas breves reflexiones sobre la función de la historia del derecho sin mencionar también el papel cultural de la misma, al ser ella un elemento indispensable y delicado de la cultura jurídica de todos los tiempos, considerándola en su significado y trascendencia más amplios.

Finalmente diremos que la ciencia histórico jurídica es un valor espiritual en sí, independientemente del servicio práctico que a historiadores y juristas puede prestar, y en consecuencia digna de ser estudiada por ella misma.

2. *Historiografía jurídica*

Como señalamos en párrafo anterior, la función interpretativa en el quehacer histórico se presenta como fundamental, por lo que resultará indispensable que cada historiador deba hacer un esfuerzo por comprender y explicar aquellos datos del pasado que en primera instancia ha averiguado y que de manera escrita u oral está proporcionando en su discurso científico; o, dicho en otras palabras, interprete esa realidad pretérita.

Por otro lado, debemos destacar que, aunque no todos los profesionales de la historia realicen la función interpretativa de la misma manera, sí lo hacen de una manera similar o paralela de tal suerte que al conjunto de historiadores que utilizan métodos similares o paralelos y proceden de un origen común, se les denomine corriente o escuela.

Pues bien, el estudio del modo como se ha hecho la ciencia de la historia a lo largo del tiempo, de manera individual o por corrientes o escuelas, es realizado por una disciplina muy importante llamada la

“historiografía”, la cual ha sido definida de manera sencilla pero elocuente como la “historia de la historia”.

Así, pues, la historiografía nos va narrando los diversos métodos de trabajo que han desarrollado los historiadores desde la más remota antigüedad (generalmente a partir de los griegos) hasta nuestros días, ya sea de manera individual o a través de las escuelas o corrientes.

Ortolán decía que todo jurista tenía que ser historiador y no le faltaba razón, pues aquel que pretenda conocer la ciencia del derecho o ignore sus raíces históricas, difícilmente llegará a dominar dicha ciencia del derecho, como insistimos en el párrafo anterior, de ahí que todos los juristas, en mayor o menor medida, partan del conocimiento histórico jurídico para realmente conocer su propia disciplina. Por todo ello no es exagerado afirmar que la historia del derecho existe desde que existe la ciencia jurídica.

Ahora bien, una cosa es el conocimiento de ciertos datos del pasado jurídico, más o menos dispersos, y otra cosa es la disciplina que estudia de manera sistemática, crítica e interpretativa los fenómenos jurídicos del pasado que han tenido verdadera importancia y trascendencia en la sociedad, o sea la ciencia de la historia del derecho. Por ello resultará lógico el afirmar que dicha disciplina sea reciente, es más, no resulta aventurado afirmar que la misma nació, como tal, en el siglo XIX con la *Escuela Histórica del Derecho Alemán*, de Federico Carlos von Savigny, pues aunque griegos y romanos hicieron descripciones de sistemas jurídicos del pasado, les faltaba mucha enjundia científica.

Así podemos partir del antecedente de la Edad Media en que surge el derecho común (*ius commune*) de los pueblos europeos, como resultado de la amalgama del derecho romano con el canónico y algunos elementos germánicos, el cual tuvo vigencia casi absoluta no sólo en Europa sino en los lugares donde se impuso la cultura europea, o sean sus colonias, hasta muy entrado el siglo XVIII, en que algunos países, particularmente España, empiezan a desarrollar un “derecho nacional” o “derecho patrio”.

En efecto, como hasta ese siglo XVIII el *Derecho* que se estudiaba en las universidades no era otro más que aquella amalgama romano-canónico-germánica, la historia del derecho no se refería más que a esos elementos jurídicos genéricos: de ahí que cuando se empieza a estudiar el derecho nacional o derecho patrio, se busquen sus raíces propias, nacionales, de ese derecho, de tal forma que en los primeros libros de texto de dicha materia que se empiezan a escribir a mediados del siglo

XVIII comienzan con un capítulo histórico en el que se enumeran las principales colecciones legislativas del pasado y exclusivas de ese país. Es ahí cuando entramos en la antesala de la historia del derecho, particularmente en el mundo hispánico.

En efecto, eso fue lo que ocurrió con los beneméritos tratados de Jordán de Asso y de Manuel, Sala, Álvarez, Febrero y Hevia Bolaños, todos los cuales tuvieron sus correspondientes ediciones mexicanas, debidamente adaptadas a nuestro derecho patrio; algunas de las cuales en la actualidad pueden ser fácilmente consultadas debido a buenas ediciones facsimilares recientes.

Después de este loable primer intento, vamos a ver cómo aparecen los primeros libros propiamente dichos de historia del derecho, tanto en España como en México, escritos en la segunda mitad del siglo XIX. Es precisamente aquí donde queremos señalar el inicio de la historiografía jurídica mexicana, ya que lo anterior no pasa de ser antecedentes o prolegómenos a dicha disciplina.

Antes de seguir adelante, tengamos presente que tradicionalmente se han considerado dos grandes etapas de la historiografía jurídica: La historia de las fuentes y la historia de las instituciones. La primera, historia de las fuentes, no es otra cosa más que la descripción ordenada cronológicamente de los diversos textos y cuerpos legislativos que han regido la vida jurídica de un país en el pasado, mencionando todos aquellos aspectos que de una u otra forma nos pueden ayudar a comprenderlos mejor: autores, influencias, contenido, textos explicativos, derogación, etcétera.

El siguiente y lógico paso lo constituye la llamada historia de las instituciones en la que el historiador del derecho se va a asomar en el contenido de esos textos jurídicos del pasado, en una especie de rompecabezas, para estudiar las instituciones jurídicas pretéritas y consecuente evaluación. Así tenemos, por ejemplo, estudios sobre los tribunales, el matrimonio, los parlamentos, etcétera, como eran otrora y cómo fueron cambiando al paso de los años y de los siglos.

Finalmente tenemos que mencionar que en los últimos años ha tomado gran impulso la llamada historia económica y social, la cual evidentemente puede prestar grandes servicios a la historia del derecho a la vez que puede servirse grandemente de la historia del derecho. Sin embargo, éste es un esfuerzo que apenas se comienza a realizar, pensamos que cuando se logre representará un nuevo estadio en la historiografía jurídica.

En efecto, la historia de las fuentes, es el antecedente lógico y necesario de la historia de las instituciones, pues mientras no se disponga de un inventario completo y confiable de las normas que regularon una institución del pasado sería inútil querer estudiar dicha institución.

Regresemos a nuestra anterior descripción. Hemos dicho que la historia de las fuentes del derecho mexicano empieza a hacerse hacia finales del siglo pasado cuando aparecen los primeros libros propiamente de nuestra materia, los cuales únicamente se ocupaban de la historia de las fuentes. Se caracterizan por tener una fuerte dosis de derechos español e indiano. No obstante ello, debemos mencionar que aquí también aparecen algunas monografías sobre la evolución de alguna rama jurídica durante la época independiente. Lo normal es que tales trabajos no fueran más que una ampliación de los capítulos de las obras jurídicas generales que se publicaron durante los primeros cincuenta años de vida independiente como reediciones mexicanas de clásicos españoles. Algo similar de lo que ocurrió en España, en otra medida lógicamente, durante el siglo XIX a través de las “historias de la legislación española” como las de Juan de Sempere y Guarinos, Francisco Martínez Marina, etcétera. En México encontramos tres libros, dos artículos y varias monografías a este respecto.

El primer libro de historia del derecho mexicano como tal es el que publicó en 1896, en San Juan Bautista de Tabasco, don Gregorio Castellanos, bajo el título de *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho que comprende la codificación romana, canónica, germánica, goda, francesa, española y mexicana, con un tratado especial sobre legislación mercantil y una monografía sobre la abogacía entre los romanos*, la cual recientemente —1979— fue reeditada en forma facsimilar por el Gobierno del estado de Tabasco, por lo cual no es muy difícil de conseguir.

Posteriormente tenemos el segundo libro, o sea el de don Manuel Ortiz de Montellano que bajo el título de *Génesis del derecho mexicano. Historia de la legislación de España en sus colonias americanas y especialmente en México* publicada en la capital de la República por la tipografía de T. González Sucs., en 1889. Obra que no ha podido ser reeditada y por lo tanto prácticamente imposible de conseguir en la actualidad.

A continuación tenemos otro trabajo que narra el desarrollo histórico de nuestro derecho, de gran entidad, nos referimos a la primera parte, “Prolegómenos de filosofía, de historia y de ciencia”, de la magna obra de don Jacinto Pallares: *Curso completo de derecho mexicano o exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana* publicado en México en 1901 por I. Paz.

En el tomo cuarto de la cuarta época del *Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística de la República Mexicana*, correspondiente al año de 1897 (páginas 290 a la 307) apareció un sencillo trabajo de don Isidro Rojas que tituló “La evolución del derecho en México”, mismo que recientemente ha sido rescatado por la profesora María del Refugio González y vuelto a publicar en el *Anuario Jurídico*, número X, correspondiente al año 1983 (páginas 705 a 717), que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Al igual que los liberales dieron su visión de la historia de México bajo el título *México, su evolución social*, la cual fue impresa en España teniendo utilidad, los positivistas hicieron lo mismo a comienzo del siglo XX con la monumental obra colectiva que dirigiera don Justo Sierra bajo el título *México, su evolución social*, la cual fue impresa en España por J. Ballezá entre 1900 y 1902; pues bien se pensó, con mucho acierto, que en dicha obra no podía faltar un capítulo jurídico, el cual fue encomendado a don Jorge Vera Estañol, quien efectivamente lo redactó con el título “La evolución jurídica” (tomo I, volumen 2, páginas 725-773).

Luego tenemos las monografías sobre historia de las fuentes de temas y ramas del derecho en particular, entre las que podemos mencionar, siguiendo el trabajo de Jaime del Arenal:

Carbajal, Francisco León, *Discurso sobre la legislación de los antiguos mexicanos*, México, Imp. de Abadiano, 1864. Gamboa, José M., *Leyes constitucionales de México durante el siglo XIX*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1901. Kohler, J., *El derecho de los aztecas*, México, edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, 1924. La primera edición se publicó en *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Stuttgart, en la imprenta de la casa editorial de Fernando Henke, 1895. Labastida, Luis G., *Estudio histórico y filosófico sobre la legislación de los bancos y proyectos de ley que presenta el abogado referido*, México, Imprenta del Gobierno en el ex-Arzobispado, 1889. Mateos Alarcón, Manuel, *La evolución del derecho civil mexicano desde la Independencia hasta nuestros días*, México, Tip. Vda. de F. Díaz de León, Sucs., 1911. Méndez, Luis, “La verdad histórica sobre la formación del Código Civil”, revisión del proyecto del Código Civil Mexicano del Dr. Don Justo Sierra . . . , México, Talleres de la Librería Religiosa (s.a.), tomo I, pp. 9-36. Montiel y Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1871-1882, 4 tomos. Reyes, Rodolfo, *Contribución al estudio de la evolución del derecho constitucional en Mé-*

xico desde la iniciación de la Independencia hasta nuestros días, trabajo presentado por el Lic. ... delegado de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia al Concurso Científico y Artístico del Centenario convocado por la misma (s.p.i.). Robles, Carlos, Historia legal del derecho de extranjería en México desde los tiempos de la dominación española hasta la época actual, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1886.

En esta época se publicaron dos excelentes trabajos escritos durante la colonia, nos referimos a la monumental obra de don Fabián de Fonseca y don Carlos de Urrutia, *Historia general de la Real Hacienda* (México, García Torres, 1845-1853, 6 vols.) misma que fue reeditada facsimilarmente en 1978 por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La otra a que hacíamos referencia son los *Comentarios a las ordenanzas de Minas* (México, la Ciencia Jurídica, 1899, 2 vols.) de don Francisco Javier Gamboa, también recientemente reeditada por Miguel Ángel Porrúa.

Así como en España don Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919) influenciado por la Escuela Alemana es el fundador y primer maestro de la Escuela de la Historia de las Instituciones (que se va a desarrollar desde 1924 en torno al *Anuario de Historia del Derecho Español*, con grandes maestros que hasta hoy día brillan y se renuevan constantemente en las cátedras de historia del derecho de las universidades españolas) en México el iniciador de esta nueva corriente va a ser don Toribio Esquivel Obregón.

Por lo que se refiere a su producción histórica jurídica podemos citar: *La Constitución de Nueva España y la primera Constitución de México independiente, El indio en la historia de México, Orígenes políticos del socialismo contemporáneo, Hernán Cortés y el derecho internacional en el siglo XVI, Biografía de don Francisco Javier Gamboa, Ideario político y jurídico de Nueva España en el siglo XVIII, ¿Procede el derecho español del romano?, La democracia hispánica, Importancia de la historia del derecho privado, La enseñanza de la historia del derecho de México, Prolegómenos a la historia constitucional de México*, y la que evidentemente es la obra más importante de Esquivel Obregón: *Apuntes para la historia del derecho en México*, obra aún no superada y aunque con más de medio siglo de haberse publicado el primer tomo, sigue siendo un libro de consulta obligatoria para el que quiera estudiar la historia de nuestro derecho.

Contemporáneo de Esquivel Obregón y en cierta medida seguidor suyo fue don Javier Cervantes (1897-1963), quien profesó las cátedras

de historia general del derecho e historia del derecho patrio en la Escuela Libre de Derecho de la ciudad de México y posteriormente historia del derecho mexicano tanto en el pregrado como en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, en donde también enseñó derecho romano. Hombre culto y conocedor de la historia como pocos, sin embargo escribió poco; de él nos quedan unos apuntes mimeográficos de historia del derecho mexicano y un libro póstumo, *La tradición jurídica de Occidente. Antología de los apuntes del profesor* realizado por María del Refugio González junto con el que esto escribe, pues como su nombre lo indica, don Javier lo preparó exclusivamente como notas para su clase de historia general del derecho en la Libre

De Javier Cervantes podemos decir lo mismo que hemos dicho de Esquivel Obregón, es decir que no formó escuela ni alumnos que lo sucedieran, por ello, con la muerte de don Javier moría en México la primera generación de grandes historiadores del derecho.

No obstante ello, siguieron algunos dignos maestros universitarios como don José de Jesús López Monroy en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Después de haber pasado revista brevemente a la primera generación de historiadores del derecho, llegamos a los grandes historiadores de las instituciones jurídicas mexicanas: Silvio Zavala, José Miranda y Guillermo Porras. Los tres juristas de formación, sin embargo destacados en las disciplinas históricas, pues desde esa perspectiva estudiaron algunas instituciones jurídicas del pasado, amén de otros trabajos históricos no relacionados con la ciencia del derecho. No está por demás decir que todos ellos son o fueron hombres de archivo, fuente primaria e indispensable de cualquier trabajo serio de historia del derecho.

Ingente labor sería enumerar los trabajos de Zavala, bástenos ahora destacar sus libros más importantes, siguiendo el fascículo *Datos biográficos y profesionales del Dr. Silvio Zavala*, publicado por El Colegio Nacional en 1982, a las siguientes: *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, Junta para Ampliación de Estudios —Centro de Estudios Históricos—, 1935, VII-349, pp., 2a. ed., México, Porrúa, 1971, 621 p.; *La encomienda indiana*, Madrid, Junta para Ampliación de Estudios, Centro de Estudios Históricos, 1935, II-356 pp., 2a. ed., México, Porrúa, 1973, 1043 pp.; *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España, (1575-1805)*, recopilados en colaboración con María Castelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1939-1946. (Ocho volúmenes). Reimpresión del Centro de Estudios Históricos del Movimiento Obrero Mexicano, 1980; *Estudios indianos*, México, El Cole-

gio Nacional 1948, 464 pp.; *América en el espíritu francés del siglo XVIII*, México, El Colegio Nacional, 1949, 313 pp.; *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, México, Porrúa, 1965, 215 pp.; *Los esclavos en Nueva España*, México, El Colegio Nacional, 1968, XII 641 pp.; *El mundo americano en la época colonial*, México Porrúa, 1968, 2 vols., XXVIII-643 y 671 pp.; *Orígenes de la colonización en el Río de la Plata*, México, El Colegio Nacional, 1978, IX 708 pp.; *El servicio personal de los indios en el Perú*, México, El Colegio de México, 3 vols.

Don José Miranda (1903-1967) forma parte de esa pléyade de intelectuales españoles que con motivo de su Guerra Civil vinieron a nutrir, y siguen nutriendo, las instituciones de educación superior en nuestro país, en un muy digno exilio a partir de 1939. Jurista, politólogo e historiador, elementos fundamentales que le permitieron elaborar un libro que aún no ha podido ser superado y pensamos que tardará todavía mucho tiempo en superarse, nos referimos a *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, editado por el Instituto de Derecho Comparado, hoy de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM, en 1952. Junto con el anterior, es también de Miranda, *El tributo indígena en Nueva España durante el siglo XVI*, publicado y reimpresso por El Colegio de México, en 1952 y 1980 respectivamente. Debemos también a don José Miranda un buen número de estudios monográficos publicados en diversas revistas.

Por último, hemos mencionado a don Guillermo Porras Muñoz (1917-1988), quien poseedor de una bastísima cultura supo dar a sus trabajos históricos que pudiéramos denominar “el toque jurídico”. Hasta ahora han salido a la luz pública tres libros del doctor Porras: *Iglesia y Estado en Nueva Vizcaya (1562-1821)*, *La frontera con los indios de Nueva Vizcaya en el siglo XVII* y *El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI*.

Un distinguido profesor de derecho romano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, radicado en México desde los años cincuenta, pues originariamente es holandés, para la década de los sesenta se percató del gran vacío que había en la ciencia jurídica mexicana respecto a la historia del derecho, de ahí que él mismo se encargara de iniciar esa labor; nos referimos al doctor Guillermo F. Margadant.

En efecto, el maestro Margadant sacó sendos libros de historia del derecho mexicano y universal, pero sobre todo se encargó en que gente joven se preparara para dedicarse exclusivamente al cultivo de esa disciplina, de tal manera que éstos una vez formados, junto con algunos

romanistas que también se interesaron en la historia del derecho, vinieron a constituir el primer núcleo de especialistas que de manera permanente y exclusiva, desde mediados de la década de los setenta, están trabajando la disciplina. Hasta ahora se ha venido laborando en tres direcciones: la reedición crítica de fuentes, la organización de congresos nacionales de historia del derecho y la preparación de monografías.

A este primer grupo de mexicanos historiadores del derecho podemos agregar otros especialistas en diversas ramas del saber jurídico que por gusto, o por necesidad, han abordado tópicos históricos en sus especialidades, constituyendo una muy importante aportación a la historia del derecho.

Por otro lado, no olvidemos que la historia del derecho mexicano se nutre de algunos veneros transnacionales como lo son los derechos castellano e indiano, los cuales han progresado enormemente en los últimos años tanto en España como en Hispanoamérica, de tal suerte que los necesarios capítulos de herencia castellana y derecho colonial de nuestra disciplina, tendrán que nutrirse forzosamente de esos autores españoles e hispanoamericanos.

Por último, no debemos dejar de mencionar las aportaciones fundamentales de los historiadores estadounidenses a las instituciones mexicanas, entre los cuales encontramos trabajos extraordinarios y prácticamente insuperables por la seriedad, profundidad y plenitud de los mismos. Entre ellos podemos mencionar a guisa de ejemplo, a Nettie Lee Benson, W. Borah, Lewis Hanke, Colin M. MacLachlan, Lile MacAlister y J. T. Lanning.

Por último, tenemos que mencionar la aparición muy reciente (1989) del *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México que viene a constituir la primera publicación periódica de esta materia.

Pensamos que el panorama actual de los estudios de historia del derecho mexicano es muy promisorio: porque contamos con un importante grupo de investigadores que de manera exclusiva se dedican a trabajar esa disciplina con un muy buen nivel académico; porque dentro de los demás estudiosos del derecho existen muchos que tienen un positivo interés en esa misma disciplina y están trabajando temas históricos; porque en los Estados Unidos existen académicos trabajando con particular interés sobre la historia del derecho mexicano, y porque hay excelentes escuelas de historiadores del derecho en España e Hispanoamérica.

3. *Plan del presente trabajo*

Las divisiones en la historia suelen ser muy criticadas ya que al paso del tiempo no se dan los cortes absolutos, sin embargo las divisiones de la historia son instrumentos didácticos valiosísimos, que nos ayudan a explicar el devenir histórico, por ello nosotros hemos querido recurrir a ellas para la presentación de nuestro trabajo.

Tradicionalmente la historia de México se ha dividido en tres partes: Prehispánica, colonial e independiente. Por su parte, la historia general del derecho en el mundo occidental se sustenta sobre dos pilares: la adopción del *ius commune* en la Europa continental y el triunfo de las ideas jurídicas postuladas por la ilustración; el primero referido fundamentalmente al derecho privado y el segundo al derecho público. Transladadas estas categorías a México, vemos que la primera coincide con la Conquista española y la segunda con nuestra Independencia, de ahí que pensemos que la división tradicional de la historia de México sea también válida para la historia del derecho mexicano.

Comenzaremos con el mundo indígena anterior a la Conquista; pasamos después al colonial o de recepción del *ius commune*, en el cual debemos considerar tres partes: la cuestión jurídica y filosófica que se suscitó por la penetración española en América, lo cual hemos calificado como el problema jurídico del encuentro de dos mundos, el sistema jurídico que los dominadores europeos trajeron consigo para aplicar en las nuevas tierras, que hemos denominado la herencia jurídica castellana, y, finalmente, el régimen legal que las autoridades españolas crearon para aplicar en sus posesiones de ultramar —Las Indias— que llamaremos el derecho indiano.

Dada la naturaleza del presente trabajo, omitiremos la parte de instituciones coloniales.

A continuación pasaremos a considerar el triunfo de los postulados jurídicos de la Ilustración en México, el cual, como señalábamos antes, coincide con nuestra Independencia nacional, por no decir que la misma fue uno de los resultados de la Ilustración. Son muchos los postulados jurídicos de la Ilustración, sin embargo, creemos que los podemos reducir a tres: Constitucionalismo, Estado de derecho y codificación, mismos que perfectamente se presentaron en esta época de la historia del derecho mexicano.

En este orden de ideas, en este trabajo, después de la etapa colonial, abordaremos el derecho que se aplicó los primeros años de vida independiente, a continuación pasaremos al gran debate ideológico que en mate-

ria política hubo en nuestra patria durante la anterior centuria, después veremos la cuestión de la codificación en México y terminaremos el siglo XIX dando cuenta de la enorme vitalidad que adquirió la legislación administrativa y amparo.

Finalmente tendremos que analizar la gran aportación jurídica del siglo XX: El derecho social, que entre nosotros se concretó con la revisión al positivismo al final del Porfiriato, la Constitución de 1917 y la legislación social posrevolucionaria.

Con todo ello pretendemos dar una visión de conjunto, lógicamente superficial por los límites y características del trabajo, no obstante ello esperamos satisfacer los propósitos generales de esta obra.

II. EL MUNDO INDÍGENA

1. *Planteamiento*

Es muy poco realmente lo que conocemos de nuestro derecho indígena anterior a la Conquista, debido fundamentalmente a tres factores: A su carácter de sistema jurídico consuetudinario, lo cual hace, si no se pone por escrito, que el mismo tienda a perderse con el paso del tiempo; la destrucción de la mayor parte de fuentes de conocimiento y demás testimonios originales, precisamente en la Conquista; y, porque a medida que avanzó la dominación española en nuestra patria, los indios se vieron en la necesidad de ir abandonando sus costumbres para adoptar las europeas, que si bien aquellas no las perdieron totalmente —aún hoy día perviven algunas— la mayor parte sí se perdió. Por todo ello es difícil conocer el derecho indígena anterior a la Conquista, lo que sabemos es mínimo, y esto es una pena para nosotros.

A ello tenemos que agregar el que la escasa información fidedigna con que contamos se refiere a los últimos siglos anteriores a la Conquista y mayormente a la zona del Altiplano Central, por lo cual nuestro ámbito de conocimiento espacio-temporal se reduce aún más. No desconocemos que recientemente han aparecido excelentes estudios histórico-jurídicos de las culturas maya, purépecha y de otros pueblos mesoamericanos, sin embargo, cuantitativamente son menores de lo que sabemos del Altiplano Central.

En América, antes de la llegada de Colón en 1492, habían dos grandes regiones con un notable avance cultural: la Andina y la Mesoamérica, nosotros nos ocupamos ahora de la segunda por ser la que corres-

ponde actualmente a nuestro país y por consecuencia ser nosotros descendientes de los mesoamericanos.

Para tener una idea de las dimensiones de Mesoamérica, podemos señalar, *grosso modo*, que esa región comprende el espacio que va del Trópico de Cáncer, en la República Mexicana, hasta Nicaragua, en Centroamérica.

En la cultura mesoamericana han sido señaladas tres grandes etapas: la Preclásica (2300 a. C.-1 d. C.), la Clásica (1-1000) y la Posclásica (1000-1521).

Por lo que toca a la primera, nota característica es la aparición de la agricultura, frente a una actividad simplemente recolectora; la construcción de centros ceremoniales; mercados y rutas mercantiles; invención de un sistema escriturístico y por ende del papel a base de corteza de amate; desarrollo del calendario y del conocimiento astronómico. En esta etapa parece la primera gran cultura mesoamericana: la Olmeca, en la región del Golfo.

La época Clásica se caracteriza por el desarrollo de las grandes ciudades mesoamericanas: Teotihuacan en el Altiplano, Tajín en el Golfo, Pátzcuaro en el Occidente, Montealbán en Oaxaca y las grandes ciudades mayas: Kaminaljuyú, Uxmal, Kabah, Sajil, Puuc, Chichén y Tikal las cuales llegaron a ser verdaderas metrópolis. Ello a su vez, implicaba un importante desarrollo social, político, religioso y jurídico, el cual no conocemos mayormente con absoluta certeza, sino más bien por deducciones más o menos lógicas en base al legado arqueológico.

Cuando se desintegran las grandes ciudades, a excepción de Tajín y Xochicalco, surge el periodo posclásico, del cual ya contamos con mayor información, cierta y confiable; es la época en que van a tener entrada los toltecas y su gran cultura en el Altiplano Central, luego los demás nahuatlacas, y finalmente los mexicas, en la misma región, que es el pueblo prehispánico cuya vida y costumbres mejor conocemos.

Las fuentes con que contamos para descubrir el derecho indígena anterior a la Conquista son fundamentalmente tres: las fuentes escritas originales, también llamadas *códices*, los sitios arqueológicos y las crónicas que de esta etapa se escribieron durante los primeros años de la dominación española, llevadas a cabo tanto por españoles como por indígenas.

En base a estas brevísimas notas introductorias, diremos que, dada la naturaleza de la presente obra y por consecuencia del presente capítulo, nos centraremos en una breve visión de conjunto del Altiplano Central en el periodo posclásico.

2. *El Calpulli*

El *calpulli* es la base de toda la organización política, social y jurídica durante el periodo en que hemos decidido concentrarnos.

Por lo que respecta a su origen podemos señalar que cuando se desarticulan grandes ciudades del periodo Clásico, surgen (¿o quizá subsisten?) núcleos de población pequeños y ágiles con una profesión común a todos sus miembros, a los cuales se denominó en náhuatl como *calpulli*.

Cada uno de estos grupos elaboró su propia mitología en donde se describía su origen divino, así como la particular intervención de su dios protector, que legitimaba el dominio de tierra que ocupaban y labraban.

La endogamia era habitual en el *calpulli*, aunque también se podría dar el matrimonio entre personas procedentes de diversos *calpullis*.

Aunque en los grandes núcleos de población podían vivir más o menos juntos los miembros de un mismo *calpulli*, no debemos identificar a esta institución social con una categoría urbana como lo es el barrio, tal y como lo creyeron los primeros españoles que llegaron a México. El *calpulli* como persona moral era el titular de la tierra laborable, la cual era entregada para su explotación en parcelas a los jefes de familia, a través de una especie de enfiteusis, de la misma manera que constituía también una unidad fiscal y religiosa. Era gobernada por un consejo de ancianos, mismo que era presidido por el *teáchcauch*. El tribunal de cada *calpulli* se denominaba *tecalli* o *teccalco*.

3. *Organización política*

Un conjunto de *calpullis* integraban una unidad política denominada *tlatocáyotl*, (o *hueitlatocayótl* si era más importante), mismo que era gobernado por el *tlatoani*, el cual es definido por López Austin como el gobernante vitalicio con poder político, judicial, militar y religioso superior al de cualquier otro funcionario del *tlatacáyotl*. Por otro lado, diremos que era escogido entre los hijos del *tlatoque* anterior, o sean los *tlazopiltin*; a partir de su elección adquiriría un carácter sobrenatural, casi divino.

El *tlatoani* escogía una especie de adjunto suplente que se llamaba el *cihuacóatl*, quien le auxiliaba en el gobierno; además presidía el tribunal supremo *tecpilcali*. Otros tribunales eran el *tlacxitlan* y el *tecalli* del cual ya hemos hablado, aparte de los especializados para los guerreros, religiosos, para sacerdotes y estudiantes, y los asuntos mercantiles.

El *tlatoani* y el *cihuacóatl* eran auxiliados para los asuntos militares por el *tlacatéccatl* y el *tlacochcácatl*, para la recaudación fiscal por el *hueicalpixqui*, para la conservación de los tributos por el *petlacálcaatl* y para el control de los diversos *calpullis* se dividía la ciudad en cuatro sectores (*nauhcampan*) al frente de los cuales había un funcionario responsable.

4. Organización social

La organización social descansaba sobre la base de una división entre dos clases sociales: la dirigente o *pipiltin* y la gran masa trabajadora llamados *macehualtin*.

Los primeros tenían sus escuelas especiales llamadas *calmécac* en donde se les formaba en una dura y estricta disciplina que les forjaba el carácter en una gran sobriedad necesaria para el desempeño de las funciones políticas, judiciales, militares y religiosas a las que estaban llamados, mientras que para los otros —*macehualtin*— asistían a los *telpochcalli*, centros de educación mucho menos exigentes.

Dentro de los *macehualtin* destacaban los comerciantes o *pochtécah* que debido a su actividad no sólo mercantil sino incluso diplomática y de espionaje, los hacía importantes dentro de la organización socio-política de los nahuas y por ello gozaban de ciertos privilegios.

Por debajo de los *macehualtin* estaban los *tlatlacotin*, especie de esclavos aunque no exactamente, los *mamaltin* o cautivos de guerra, y los *teccaleque*, algo así como siervos de la gleba.

III. ANTECEDENTES CASTELLANOS

1. Justificación

Como señalamos en la introducción de este trabajo, lo que hoy es nuestro país ingresó al ámbito del mundo occidental precisamente a raíz de la Conquista (1519-1521) y ulterior dominación española; proceso de asimilación que va a cuajar durante los 300 años que duró el coloniaje para lograr consolidar finalmente nuestra incorporación a la cultura occidental.

Consecuentemente, en el aspecto jurídico, el sistema romano-canónico se impondrá en nuestro país a través del derecho castellano, no solamente porque así se estableció desde un principio, sino también porque las autoridades llamadas a gobernar la Nueva España estaban formadas

en la tradición jurídica castellana y por lo mismo era ese el régimen que habrían de aplicar. Por otro lado, aunque también se elaboró un ordenamiento legal propio para las Indias, o sea el derecho indiano, el mismo tenía un sustrato *ius* castellano.

En síntesis, la primera intención de los dominadores europeos era aplicar en las tierras recién conquistadas el derecho castellano, posteriormente se fue creando un régimen jurídico propio para esas tierras, o sea el derecho indiano, coexistiendo ambos ordenamientos, uno como norma general y otro como norma especial; de tal manera que resulta indispensable para conocer nuestro derecho colonial y su posterior influencia en el derecho de la época independiente, el régimen jurídico castellano.

Finalmente diremos que hablamos de derecho castellano y no de español ya que, como veremos más adelante, hasta el momento de la Conquista, Castilla era una unidad política independiente, con su régimen jurídico propio, diferente de los demás reinos españoles, que aunque se confederó con ellos en el siglo XVI, cada uno conservó sus peculiaridades jurídicas y políticas e inclusive su idioma; por ello, hasta el siglo XIX no podemos hablar de un derecho español, sino más bien castellano, aragonés, catalán, etcétera.

Por último diremos que no vamos a presentar aquí un resumen de la historia del derecho castellano, ni mucho menos, sino destacar y explicar aquéllos elementos que efectivamente influyeron entre nosotros.

2. Marco histórico y geográfico

Podemos empezar nuestra descripción a partir de la dominación romana ya que fue la primera vez en que se unificó política y culturalmente toda la península Ibérica —Hispania— así como por la trascendencia que tuvo el sistema jurídico de los dominadores —o sea el derecho romano— junto con la religión cristiana en la cultura jurídica del mundo occidental.

En efecto, a partir de la concesión de la ciudadanía romana a los hispanos (aunque *capitis* disminuida) por parte del emperador Vespasiano en el 73 ó 74 d.C., el proceso de romanización de la vida jurídica avanzó a grandes pasos. Posteriormente, a partir del siglo V de nuestra era, irrumpen en Hispania pueblos germánicos enteros: Vándalos, alanos, suevos, pero sobre todo visigodos, a los cuales la autoridad romana tuvo que admitir e incluso aliarse con ellos, para que poco tiempo des-

pués los visigodos abandonaran las Galias y se posesionaran prácticamente en toda la Península, consolidado su dominio a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente en el 476; de tal suerte que a partir de entonces se fusionaron ambos pueblos, hispanorromanos y visigodos, dando como resultado una nueva nación hispánica sobre la base de ambas raíces.

Así las cosas hasta que en el año de 711, árabes y bereberes, pueblos islámicos impulsados por un profundo sentimiento religioso-conquistador, invaden la península y después de derrotar a don Rodrigo, rey de los visigodos, en la batalla del Guadalete, en muy breve tiempo lograron imponerse en la antigua Hispania. A los pocos años, los cristianos iniciaron una lucha para expulsar a los mahometanos de ese rincón occidental de Europa, hecho que durará aproximadamente ocho siglos y se le conoce como la Reconquista.

En efecto, en las zonas montañosas del norte y noroeste de la península, que habían quedado más o menos libres de la influencia musulmana va a iniciar la lucha por expulsar al invasor. Como resultado de esa lucha van a aparecer infinidad de formas políticas, lo cual provocó la autorización de la vida pública española durante toda la Edad Media. No obstante ello, tenemos algunas grandes entidades políticas que servirán de base a la posterior unificación española, principalmente Castilla en el norte y centro, Aragón en el este, Navarra en el noroeste y Portugal al occidente. Como era lógico cada entidad política tendría no sólo su propia organización administrativa, sino también su sistema jurídico.

En la zona dominada por los musulmanes, llamada Al-Andalus, quedaron muchos cristianos, a quienes se les permitió conservar su religión y derecho a cambio de obedecer la autoridad islámica, a éstos se les llamó mozárabes; a los que optaron por la religión mahometana, conservando su idioma, se les denominó muladíes, hasta que finalmente quedaron incorporados totalmente al Islam.

Con sus altas y sus bajas el proceso de expulsión de los mahometanos se prolongó hasta finales del siglo XV cuando cayó el reino de Granada en 1491, época que coincide con la unión matrimonial y posterior política de los titulares de las dos grandes coronas españolas con todos los reinos anexos a esas coronas, o sean Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, mejor conocidos como los Reyes Católicos. En ese entonces va a dar comienzo también la penetración castellana en América (1492).

Así pues, como decíamos párrafos arriba, al llegar los castellanos a las Indias, lógicamente imponían su derecho en las tierras recién ganadas, de ahí que nos interese el mismo para efectos de la historia del derecho mexicano.

3. Fuentes del derecho castellano bajomedieval

A rasgos muy generales podemos señalar que al ser Hispania parte del Imperio Romano, el derecho de éste se aplicó en la península Ibérica hasta el siglo V d. C. sin mayor problema, pues hasta entonces llegaron los pueblos germánicos a esa porción de Europa, principalmente visigodos. A partir de ese momento veremos cómo se dio una simbiosis más o menos profunda entre el derecho romano vulgar y el derecho visigótico, resultado de lo cual fueron varias recopilaciones (*leges romanae barbarorum*), como por ejemplo el *Código de Eurico*, el *Breviario de Alarico* y sobre todo el *Liber Judiciorum*. Esa etapa fue interrumpida por la invasión musulmana en el año 711 d. C. A partir de ese momento se dieron en la península dos situaciones concomitantes: Una parte dominada por los árabes y otra constituida por los territorios liberados de los invasores. Durante estas ocho centurias, los territorios que los cristianos iban ganando muy poco a poco fueron regidos por regímenes jurídico-políticos muy diversos y por ello complicados de sistematizar, debido principalmente al hecho de que junto con los rasgos jurídico-políticos comunes a la Europa medieval se tuvieron los propios rasgos de la Reconquista.

Durante estos ocho siglos se diferencian dos etapas: La Alta Edad Media y la Baja Edad Media. Desde un punto de vista jurídico-político, la primera se caracteriza por una dispersión, mientras que la segunda se destaca por el constante esfuerzo por lograr la unificación.

En efecto, la Alta Edad Media española se va a identificar por multitud de entidades políticas, muchas de las cuales respondían a un mismo tiempo a diversos núcleos de poder (rey, señor, etcétera) con esferas de influencia muy mal diferenciadas. Entre otras, ello fue la causa de infinidad de sistemas jurídicos de lo más dispar que florecieron a lo largo y ancho de la geografía castellana.

Cada núcleo de población pretendía tener su propio ordenamiento jurídico, a los cuales, en términos generales, se les conoce como “fueros municipales”. Tales fueros municipales no respondían a ningún orden en su otorgamiento ni a ningún sistema en su contenido, pues trataban las materias más dispares y no siempre de derecho municipal.

La única clasificación que hasta ahora se ha podido obtener es la muy simple de fueros extensos y fueros breves; sin embargo, se han podido obtener algunas líneas de relación de donde han salido algunas “familias de fueros”.

Por otro lado, no debemos olvidar el hecho que junto con los diversos fueros se va a aplicar el *Liber Judiciorum*, del que hemos hablado anteriormente como la más importante recopilación visigótica de derecho romano vulgar. De igual manera también tendrán importancia en esta época los criterios judiciales a través de las llamadas fazañas, que nos aproximan con más certidumbre al derecho que realmente se vivió entonces.

A partir del siglo XIII, cuando se inicia la Baja Edad Media, al mismo tiempo se inicia la unificación política, Castilla y León en 1230 con Fernando III, se va a buscar la unificación jurídica ante aquel multiforme y abigarrado mosaico jurídico-político.

En esta época hubo varias “coronas” (confederación de reinos unidos por la persona del soberano) en la península; sin embargo, la que más nos interesa es la castellana por su ulterior influencia en nuestra patria.

La unificación jurídica en Castilla la va a iniciar Fernando III, el Santo (1217-1252), pero sobre todo su hijo, Alfonso X, el Sabio (1252-1284) quien realmente llevará al derecho castellano a los primeros planos de la Europa medieval, aunque no logró la tan anhelada unificación no obstante haber sentado las bases para ello. Por otro lado, no se entiende la obra del rey Sabio sin tener en cuenta el renacimiento jurídico que en las universidades europeas se había dado, sobre todo en Bolonia, en ese mismo siglo, y que habría de desembocar en el *Jus commune*.

Fernando III junto con el continuar con la política de sus antecesores de procurar otorgar el mismo fuero a varias localidades con el propósito, a largo plazo, de facilitar la unificación, fue el primero en proponerse el elaborar un solo cuerpo legislativo para todos sus dominios, propósito que no lograría el rey Santo, sino su hijo Alfonso con lo que se llamó el *Setenario*.

Por otro lado, Alfonso X continuó con la política legislativa antes apuntada, para lo cual mandó traducir del latín al castellano, con algunas modificaciones por lo que no era exactamente igual, el *Liber Judiciorum*, con lo que se llamó *Fuero Juzgo*, mismo que se otorgó como fuero municipal a varias localidades, lo cual fue bien aceptado. Pero ahí no quedó el asunto, ya que también mandó preparar una especie de “código tipo” o “modelo” para irlo dando a todas aquellas pobla-

ciones que no tenían fuero propio o el que tenían resultaba muy anticuado a sus necesidades, a este cuerpo legislativo se le llamó *Fuero Real*; sin embargo, este no tuvo la misma suerte que el *Fuero Juzgo* en su aceptación.

Este *Fuero Real* fue redactado, no sabemos por quién, entre 1252 y 1255, y tuvo varios nombres: *Fuero del Libro*, *Libro del Fuero de las leyes*, *Fuero Castellano*, *Libro de las Flores* o *Flores de las Leyes*, aunque finalmente el que trascendió fue el primero, o sea el *Fuero Real*. De Alfonso el Sabio también fueron las *Leyes de Mesta* y el *Ordenamiento de Tufurerías*.

En esta misma época empiezan a darse los litigios que se resolverían por el derecho real (pleitos reales) junto con aquellos que continuaban resolviéndose con base en los fueros locales (pleitos foreros), por lo que se imponía la redacción de un ordenamiento regio que además aprovechara los grandes avances que la ciencia jurídica había alcanzado en las universidades, como apuntamos antes. Así fue como un grupo de distinguidos juristas, dirigidos por el propio monarca, preparan este código de derecho real conocido como *Espéculo*, denominación de raigambre alemana, entre 1256 y 1258, quizá 1260. Hubo una reacción negativa respecto a este código que Alfonso X pretendía imponer de manera general, por lo cual el propio rey Sabio se vio en la necesidad de echar marcha atrás, reduciendo enormemente la fuerza legal de la magna obra legal en 1270.

Para determinar qué litigios se resolverían por los fueros locales y cuáles por el derecho del rey, las Cortes de Zamora de 1274 determinaron cuáles serían los “casos o corte” o sea, los que tuvieran que resolverse por ese derecho real, así como también aquellos asuntos no contemplados por el correspondiente fuero municipal. En este caso los tribunales podían consultar al monarca sobre las dudas surgidas en tales términos, respuestas que fueron recopilados hacia 1278 bajo el título de *Leyes Nuevas* y posteriormente en 1330, volviéronse a recopilar, ahora bajo el nombre de *Leyes de Estilo*.

Según García Gallo, para 1265 se revisa el *Espéculo*, dando una nueva redacción que lleva por nombre *Libro del Fuero de las Leyes*. Más adelante se hace una nueva revisión, adquiriendo en esta tercera versión el nombre de *Siete Partidas* por ser siete las partes en que se divide, en fecha desconocida aunque ya había muerto Alfonso X y probablemente reinase su nieto Fernando IV (1295-1312), adquiriendo desde ese momento el nombre con que se consagró para la posteridad y considerada, justamente, la obra jurídica más importante de toda Europa en

la Edad Media. Todavía se hizo una cuarta revisión hacia 1325, con el mismo nombre, pero ya sin el carácter de ley positiva sino más bien de obra doctrinal. Esta tesis no ha sido muy aceptada por los historiadores del derecho en España, por lo cual podemos afirmar, junto con Tomás y Valiente, que son más las dudas que las afirmaciones que podemos hacer respecto a las Siete Partidas.

Por otro lado, tenemos que señalar que la obra jurídica de Alfonso X en vez de solucionar el problema de la dispersión legislativa la incrementó aún más al dar mayores elementos de incertidumbre. Por ello, a petición de las Cortes que se reunieron en Alcalá de Henares en 1348 el rey Alfonso XI promulgó el *Ordenamiento* o *Leyes de Alcalá*, mediante las cuales se pretendía poner un poco de orden a ese *mare magnum* mediante un orden de prelación de fuentes jurídicas.

Dicho orden de prelación establecía en primer lugar las leyes de las Cortes (entre las que se incluía el propio Ordenamiento de Alcalá), luego venían los fueros municipales y finalmente venían las *Siete Partidas*, lo cual significaba que nuevamente se les ponían en vigor y con la aquiescencia general. Aquí también se reconocía la autoridad del monarca para legislar.

Durante el siglo XV varias Cortes piden a los soberanos se haga una recopilación de las diversas disposiciones legislativas entonces dispersas, lo cual no se logra sino hasta 1480, a petición de las Cortes que ese año se reunieron en Toledo, para lo cual los Reyes Católicos encargan tal misión al doctor Alonso Dias de Montalvo, quien las concluye e imprime en 1484 con el nombre de *Ordenanzas Reales de Castilla*, sin que finalmente los Reyes Católicos hayan dado su sanción oficial; sin embargo, a pesar de tener carácter de recopilación privada resultaría de gran utilidad para el ejercicio profesional de los juristas, de tal suerte que los Reyes Católicos ordenan a los pueblos tengan un ejemplar de tal recopilación. Para 1567 había 28 ediciones de esta obra de Montalvo.

Finalmente, quien va a lograr recopilar de manera oficial el disperso derecho castellano fue precisamente Felipe II en 1567 con la *Recopilación de Leyes de estos Reinos*, popularmente conocida como *Nueva Recopilación*, la cual va a constituir el cuerpo legal más importante de derecho castellano, junto con las Siete Partidas, que se aplicarían en el México Colonial.

Para el siglo XVII dicha Nueva Recopilación ya resultaba insuficiente dado el cúmulo de disposiciones que durante más de un siglo se había promulgado, por ello se le añadió en 1723 a la Recopilación un apéndice de actualización legislativa, llamado *Autos acordados del Consejo*.

En 1865 (¡en plena época de codificación!) se hace otra recopilación, preparada por Juan de la Reguera Valderomar, llamada *Novísima Recopilación de Leyes de España*, aunque se dude que la misma haya sido promulgada para Indias, curiosamente la doctrina posterior a la Independencia le da validez en el México independiente, como veremos más adelante.

IV. EL ENCUENTRO DE DOS MUNDOS

1. *La penetración española en América y su justificación*

El 17 de abril de 1492, en Santa Fe de la Vega de Granada, los Reyes Católicos y Cristóbal Colón lograron ponerse de acuerdo en los términos y condiciones mediante los cuales éste último llevaría a cabo su celeberrima empresa náutica, constando dicho acuerdo en el documento conocido como las *Capitulaciones de Santa Fe*.

En dicho documento, junto con el otorgar a Colón varios títulos —almirante, virrey, gobernador general— y prebendas, se estableció que las tierras que encontrase en su camino a la India quedarían incorporadas a la Corona de Castilla, con lo cual, nos dice Alfonso García Gallo, nace un sistema jurídico —el derecho indiano— antes que se conociera el territorio en que habría de aplicarse. Todos sabemos que el 12 de octubre de ese mismo año de 1492, Colón y su gente se toparon con un continente, ignoto para los europeos, y con ello se inició la penetración castellana primero y europea en general después, a nuestro continente.

La penetración española en América, a diferencia de otras empresas conquistadoras, se ha caracterizado por el problema intelectual que la polémica de su justificación suscitó; polémica que habría de tener enormes repercusiones en el pensamiento político y social moderno en particular y en la historia de las ideas en general, como lo veremos incisos más adelante.

Se ha señalado tradicionalmente que el inicio de la polémica india fue el famoso sermón de fray Antonio de Montesinos en la isla de La Española el 14 de diciembre de 1511, en el cual recriminó a los colonos españoles el mal trato que inferían a los indígenas, como si no fuesen humanos. La denuncia de Montesinos fue apoyada y secundada por los demás frailes dominicos residentes en la isla, causando tal revuelo que el mismo llegó a oídos del rey Fernando de Castilla, lo que a su vez motivó que éste convocara a una junta de teólogos y juristas

en la antigua capital castellana, ciudad de Burgos, en 1512 para examinar en su conjunto la cuestión y proponer soluciones, para lo cual se tomaría como base la serie de concesiones que la Santa Sede había otorgado a los reyes de Castilla respecto a tierras recién descubiertas al poniente de Europa.

En efecto, desde un principio los Reyes Católicos habían acudido al papa Alejandro VI con el objeto de pedirle, de acuerdo con la práctica jurídica internacional de la época, que con su autoridad legitimara su actuar en las tierras que recientemente había ganado Colón para la Corona de Castilla, a lo que el romano pontífice accedió en 1493, en diversos documentos que se conocen comúnmente como “letras alejandrinas”, éstas eran: El breve *Inter caetera* de 3 de mayo, en que se hace donación con derechos exclusivos de las islas y tierra firme recién descubiertas, la bula *Inter caetera* de 4 de mayo, ratificando la anterior y estableciendo la línea de demarcación entre portugueses y castellanos, la bula *Piis fidelium* de 26 de julio, autorizando para nombrar misioneros, y la bula *Dudum siquidem* de 25 de septiembre en la que hace una nueva donación universal sin condición y sin límite, incluyendo la India.

De esta manera, la Junta de Burgos no tuvo problema, y en base al descubrimiento (hallazgo) y a la donación pontificia de Alejandro VI, de acuerdo a lo planteado desde el siglo XIII por el Ostiense, en considerar que la misma constituía título suficiente para legitimar la presencia castellana en las tierras recién ganadas, junto con el dominio sobre sus naturales; sin embargo, la resistencia de estos últimos podría ser considerada como legítima dado su desconocimiento de la nueva situación, de ahí que se señalara la oportunidad de notificarles, por parte de la autoridad española, el nuevo estado de cosas antes de someterlos a la fuerza, en lo que se denominó el “requerimiento”, ideado por uno de los más importantes juristas en la Corte castellana en ese entonces, el doctor Juan López de Palacios Rubios. De igual manera se proponía cambiar el repartimiento de indios por el sistema de encomiendas. Como resultado de estas recomendaciones el rey promulgó el 27 de noviembre de 1512, las llamadas *Leyes de Burgos* que las venían a recoger.

Evidentemente esas Leyes no resolvieron nada y sí dieron inicio a una gran controversia que tomó carácter internacional y no dudamos en afirmar que la misma sigue en pie aun hoy día, a diez años del siglo XXI. Para exponer brevemente dicha polémica indiana, seguiremos la excelente exposición sintética que hace don Silvio Zavala sobre éste particular.

Para esto, poco tiempo antes de las *Leyes de Burgos*, en 1510, el profesor británico de la Universidad de París, John Maior, impugnando al Ostiense, estableció que como el Reino de Cristo no era de este mundo, el papa era su vicario únicamente en aspectos espirituales; de igual manera negaba el dominio universal del emperador; afirmaba que la capacidad jurídica del indio no se fundaba en la fe o en la caridad sino en el derecho natural; aceptó la penetración europea en Indias en virtud de la razón civilizadora.

Más importante y trascendente fue la opinión del maestro de Salamanca, el dominico fray Francisco de Vitoria, quien señaló que los indios antes de la llegada de los españoles ejercían un legítimo derecho de propiedad, el emperador no era señor universal ni el papa señor temporal, si los bárbaros no querían reconocer su dominio no se les podía hacer la guerra por ello ni ocupar sus bienes, aunque se negaran a recibir la fe; por su parte, los príncipes cristianos, ni por autoridad del papa, pueden reprimir a los bárbaros.

Por su lado, el insigne Bartolomé de las Casas afirmaba: Entre los infieles hay verdaderos señores según los derechos natural y de gentes, confirmado por el derecho divino evangélico, de lo cual no fueron despojados por el advenimiento de Jesucristo —como afirmara el Ostiense— y por ello “la opinión contradictoria, errónea y perniciosísima y quien con pertinencia la defendiere incurrirá en formal herejía”, de igual manera quien cometiere cualquier pecado antes de recibir libre y voluntariamente el bautismo no pueden ser privados por ningún juez del mundo, excepto los que “directamente impidiesen la predicación de la fe y suficientemente amonestados no desistiesen de ello por malicia”.

Y así otros más como fray Antonio de Córdoba, fray Domingo de Soto, Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez, etcétera, se encargaron de echar por tierra la tesis que tres siglos atrás iniciara Enrique de Susa, mejor conocido como el Ostiense.

Ahora bien ¿cómo se plantearía una solución al problema? o no se encontró y los españoles continuaron en contra de la opinión de tan excelsos pensadores.

Para Bartolomé de las Casas, el derecho de los cristianos a estar en América surge de la obligación de la Iglesia de predicar el Evangelio a todos los hombres, lo que implica una potestad de la Iglesia sobre los infieles.

Para Juan Ginés de Sepúlveda, como los indios eran bárbaros, amentes y siervos por naturaleza, los creía necesariamente subordinados

a los hombres de razón superior, que según Sepúlveda eran los europeos, y por ello si se resistían podían ser dominados por la guerra.

Indiscutiblemente el pensamiento más importante en esta cuestión, como señalamos antes, fue Vitoria quien sintéticamente en sus famosas *Relaciones de los Indios* apunta: El derecho de predicación de la fe cristiana, la sociedad y comunicación natural entre los hombres, la tiranía de los señores indios, el derecho de elección de los bárbaros, la alianza entre indios y españoles, el hecho que los indios una vez cristianizados eran obligados por sus príncipes a abrazar la idolatría, si el papa habiendo causa razonable destituía un príncipe infiel por un cristiano y la incapacidad de algunos indios de gobernarse a sí mismos, justificaba la presencia europea en indias.

En el pensamiento de Vitoria había muy importantes elementos de filosofía política, que posteriormente van a ser desarrollados por el jusnaturalismo racionalista, como lo son la voluntad del pueblo, el bien público, la alianza entre todos los hombres, la elección popular, etcétera, lo cual tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Por otro lado, y como era de esperarse, las *Leyes de Burgos* no sirvieron para mejorar el trato que los conquistadores castellanos dispensaron a los indios, quizá lo único para lo que sirvieron fue para tranquilizar su ya de por sí cauterizada conciencia; no obstante ello las denuncias en la Corte acerca de esos abusos no cesó, particularmente gracias a la labor del insigne fray Bartolomé de las Casas, junto con otros distinguidos religiosos, lo que motivó una serie de disposiciones protectoras de los indios por parte de la Corona, entre las que destaca la *Ordenanza sobre el buen tratamiento de los indios* dado por Carlos I el 17 de noviembre de 1526, sin embargo ésta no representó una solución de fondo a la cuestión, sino que continuó con la incertidumbre que prevalecía, y la controversia continuó.

Como el resultado del trabajo de fray Bartolomé y sus compañeros fue que el emperador convocara a una nueva junta, ahora en el monasterio de San Pablo de Valladolid, entre mayo y noviembre de 1542, en la que se ventilaron todas las cuestiones indianas y cuyas conclusiones fueron recogidas por Carlos I en las *Leyes Nuevas* promulgadas en Barcelona el 20 de noviembre de 1542; cuerpo legal éste que venía a reorganizar completamente la administración colonial indiana, se prohibía la esclavitud de los indios y se limitaba el término de la encomienda a la vida del encomendero. No está por demás señalar el revuelo que las mismas Leyes causaron entre los colonizadores, hasta hubo un levantamiento por parte de los españoles en el Perú, por ello el emperador

tuvo que revocar las disposiciones restrictivas de la encomienda, precisamente el 20 de octubre de 1545; la reacción de los misioneros, particularmente las Casas, no se hizo esperar, por esa causa el monarca convocó una nueva junta de teólogos y juristas en Valladolid, para celebrarse entre 1550 y 1551. Fue ahí donde se llevó a cabo la famosa polémica entre Juan Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé de las Casas. De esa junta no surgió ningún texto, legal, no hubo vencedores ni vencidos, lo que sí brotaron fueron criterios que posteriormente sirvieron a los soberanos españoles, mismos que se vendrían a reflejar en las *Ordenanzas de nuevos descubrimientos, nuevas poblaciones y pacificación de los indios* dadas el 13 de julio de 1573 por Felipe II, de la cual hablaremos más adelante.

Por último, mencionaremos al más importante de los tratadistas de derecho indiano: don Juan Solórzano Pereira, que aunque de un siglo posterior, vino a sintetizar la justificación de la penetración española en las Indias. Para este célebre tratadista del siglo XVII, las razones de dicha justificación eran: la vocación divina de los españoles para someter a los indios, el hallazgo de nuevas tierras, la guerra justa, la barbarie de los indios, sus costumbres depravadas, además de ser infieles e idólatras, el que se puede conceder el gobierno de los indios a quien se encargue de su predicación, la donación hecha por las letras alejandrinas, la autoridad universal del emperador, la rebeldía a ser civilizados, las alianzas entre indios y españoles, el derecho a elección de los indios tratándose de cacicazgos vacantes y la prescripción.

2. Marco jurídico de los descubrimientos y conquistas

Dentro de las principales instituciones jurídicas que los castellanos utilizaron para sus empresas colonizadoras en Indias, mencionaremos la capitulación, la hueste y la instrucción.

A) La *capitulación* es una forma de convenio, de origen medieval, mediante la cual los soberanos de Castilla acordaban con los particulares una serie de concesiones a cambio de especiales servicios a la Corona.

Como todos sabemos, en un principio, la empresa indiana, empezando con el mismo Colón, se realizó a cargo del erario público, tal sistema, nos dice García Gallo, a los siete años de iniciado fracasó ya que los beneficios económicos no llegaron a compensar los gastos, por ello, los Reyes Católicos, en 1499, sacaron la oportuna lección, renun-

ciando al monopolio de la empresa indiana, concesionándola a los particulares, precisamente por los medios de capitulaciones.

El objeto primordial en las capitulaciones indianas fueron los descubrimientos y conquistas, aunque también hubieron otras finalidades menores. Para ello se creó en 1503 la Casa de la Contratación de las Indias, situada en la ciudad de Sevilla, la cual tenía facultades de ajustar los asientos y luego también otorgar las licencias; posteriormente se amplió esa facultad a las audiencias reales de ultramar, pero con la necesidad de la ulterior aprobación del Consejo Real y Supremo de Indias.

Las capitulaciones contenían fundamentalmente los siguientes elementos: un permiso o licencia para descubrir o conquistar, los bienes y servicios que el mismo descubridor se comprometía a aportar, así como las mercedes y franquicias que el monarca otorgaría al empresario y su gente si llegaba a buen término su propósito, además se establecía un plazo, generalmente de un año, para la realización de la empresa.

B) Por su parte, *la hueste*, también era una institución de origen medieval, de naturaleza castrense, mediante la cual un señor o un concejo municipal, con sus propios medios, formaban un ejército para realizar, a nombre del rey, un hecho de armas, a cambio de ciertos privilegios, particularmente sobre el territorio que se ganase.

Este sistema fue muy utilizado en Castilla, al igual que en el resto de los reinos ibéricos, en la Edad Media, precisamente en la llamada Guerra de Reconquista contra el Islam.

Como apuntábamos antes, ante el fracaso de la Corona por llevar a cabo por su propia cuenta la empresa indiana y la decisión de concesionarla a los particulares, y la hueste, como forma militar, a partir de ese momento tuvo mucho éxito en la conquista de América.

De esta manera el caudillo o capitán realizaba un enganche militar voluntario, a cambio no de un sueldo sino de una participación en el botín de guerra, el cual se repartía en razón del rango: peón, ballestero o caballero.

Se ha hablado mucho de la gente que se enganchaba en las huestes indianas, que eran presidiarios que veían en ello la forma de salir de la cárcel, lo que en un principio fue verdadero, posteriormente se suspendió tal medida, como nos informa Zavala, más bien fueron jóvenes de clase media, los llamados hijosdalgos.

En las huestes también tenían que ir autoridades fiscales —oficiales reales— para cobrar los impuestos que correspondían a la Corona, junto con eclesiásticos, encargados de las necesidades espirituales de los

conquistadores, pero sobre todo de la labor de evangelización con los indios, asimismo marinos profesionales, para trasladar la hueste por el mar, los cuales actuaban por un salario no por parte del botín, e inclusive indios aliados.

C) Por último la *instrucción* que era el documento en el que la autoridad indiana —principalmente el Consejo de Indias, pero también podía ser alguna residente en América— daba las reglas a las que se debería someter la expedición, tales como la forma en que había de llevarse a cabo la hazaña, el comportamiento de los expedicionarios, cómo se tenía que tomar posesión de las tierras descubiertas, las relaciones que se deberían enviar a España, el tratamiento a los indígenas, las facultades y jurisdicción de los jefes de la expedición etcétera.

Don Silvio Zavala define las instrucciones como:

contratos de mandato o poderes, porque delegaban en los caudillos la facultad coactiva y la jurisdicción militar, civil y criminal. Pero su valor principal era el carácter político: mediante la instrucción, el rey, cabeza y origen de la autoridad... hacía llegar a los miembros de la hueste el principio de orden.

Los cuerpos legales que normaban el otorgamiento de instrucciones fueron: la *Provisión* de Granada de 17 de noviembre de 1526, las *Leyes Nuevas* de 1542, la *Ordenanza* de Felipe II de 1573 y la *Recopilación* de 1686. Los más importantes fueron las *Ordenanzas* de Felipe II, de las cuales vamos a dar cuenta a continuación.

En efecto, el 13 de julio de 1573, el rey Felipe II promulgó las *Ordenanzas de Nuevos Descubrimientos, Nuevas Poblaciones y Pacificación de los Indios*, cuyas principales líneas eran:

1) Los descubridores tenían que ser “probados en cristiandad y de buena conciencia, zelosos de la honra de Dios y servicio nuestro, amadores de la paz” no podían ser extranjeros ni personas prohibidas (moros, judíos, etcétera) no se les podía dar el título de conquistadores, pues su misión la tenían que realizar con “paz y caridad”;

2) Deberían erigir poblaciones, tanto de españoles como de indios vasallos, sin perjuicio de los naturales de estas tierras;

3) Procurarían entender la tierra que se hallasen, sus comidas, sus moradores y su gobierno, no pudiendo llevar consigo, bajo ningún pretexto, a ninguno de sus naturales;

4) Llevarían por lo menos dos navíos pequeños, que vayan de dos en dos, cargando hasta con 30 personas cuando más, entre los que de-

berían contar, en cada bajel, con dos pilotos, quienes tenían que levantar cartas de navegación, así como dos eclesiásticos, uno de los cuales, si fuera posible, se quedaría a evangelizar durante un año o antes si fuera factible (estos últimos eran los únicos cuyos gastos deberían de ser sufragados por la Real Hacienda, con exclusión de cualquier otro desembolso);

5) Tenían que llevar alimentos para doce meses, pues a los seis meses de haber iniciado la expedición deberían de regresar, o antes si se les acababa la mitad de sus alimentos;

6) Habrían de traer mercaderías de escaso valor como cuentas, espejos, etcétera, para intercambiarlos con los indígenas;

7) Se planteaba la necesidad de tomar posesión solemne de las tierras que fueren encontrando, poniéndoles nombres para su identificación;

8) Se recomendaba llevar indios intérpretes para que auxiliasen a los expedicionarios;

9) “No se empachen en guerra ni conquista”, se les ordenaba;

10) A su regreso tenían que dar cuenta a las autoridades que los hubieran despachado, junto con una memoria por escrito, en la que se describiese lo actuado diariamente, para que dicha autoridad informase a su vez al Consejo de Indias.

Estas fueron, a grandes rasgos, las bases jurídicas de la penetración española en América.

V. EL DERECHO COLONIAL

1. *Planteamiento de la cuestión*

Entendemos por derecho colonial el régimen jurídico que se aplicó en nuestra patria durante los trescientos años que duró la dominación española, régimen jurídico que resulta un tanto cuanto difícil de describir por las razones que expondremos a continuación.

Ya hemos manifestado como las Indias, desde los comienzos de la dominación europea, quedaron incorporadas a la Corona de Castilla, de ahí que, en principio, el derecho castellano fuera el adecuado para regir en las posesiones españolas de América y Asia, o sean las Indias. Ahora bien, siendo la realidad indiana tan diferente de la castellana del Renacimiento, se tuvieron que dictar una serie de disposiciones propias para las colonias, lo que en su conjunto se ha venido en llamar derecho

indiano, de tal suerte que sin eliminarse el derecho castellano de las colonias, coexistieron ambos regímenes legales, de tal manera que al derecho castellano lo tenemos que ver como ley general y al derecho indiano como ley particular, o sea que para resolver una cuestión jurídica se debería preferir a éste sobre aquél.

Por otro lado tenemos que señalar que el derecho indiano como tal no existe, ya que no fue propiamente un sistema jurídico u ordenamiento legal, es simplemente una forma didáctica de expresarse para englobar todas las normas de derecho colonial español expedidas desde 1492 hasta 1821, por lo que a México se refiere. Expliquemos mejor esta idea: La razón de ello estriba en que la Corona de Castilla generalmente promulgaba disposiciones especiales para una determinada provincia de ultramar y de manera excepcional daba normas generales para Indias, es más, cuando se quería que una misma disposición se aplicara en varias o en todas las comunidades indianas prefería repetiría para cada una de ellas en vez de promulgarla con carácter general, por ello decimos que la expresión “derecho indiano” responde más a un modo de expresarse que a una realidad, de esta forma tenemos que hablar más propiamente de un derecho novohispano, derecho neogranadino, rioplatense, etcétera. Por otro lado, al hablar de ese derecho colonial también tenemos que diferenciar entre las normas dadas por la metrópoli y las expedidas por la autoridad local, o sea que tenemos que hablar de un derecho indiano metropolitano y otro criollo.

Ahora bien, tengamos cuidado con lo anteriormente señalado pues con ello no estamos diciendo que no hubiera normas generales para Indias, claro que sí las hubo y muy importantes como lo fue la *Recopilación* de 1680, de la cual trataremos más adelante, lo que sucede es que no fue la regla común en la política legislativa indiana.

Al hablar de derecho colonial no podemos dejar de mencionar otro aspecto importante en la vida jurídica novohispana: Nos referimos a las normas de derecho indígena que aún siguieron vigentes, pues si bien con el paso de los años cada vez menos se aplicaron, no debemos olvidar que había disposición expresa en el sentido de que tales normas deberían respetarse en los negocios jurídicos de las Indias, siempre y cuando no fueran contrarias a las leyes fundamentales de la monarquía española y a la religión; por ello, al considerar nuestro derecho colonial, junto con las disposiciones castellanas y las llamadas indianas, debemos de agregar aquellas disposiciones de derecho indígena que siguieron siendo relevantes, por lo menos hasta 1812-1814 y 1820-1821 con la legislación liberal emanada de la Constitución de Cádiz, en

que prácticamente las suprimió en aras del principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Habiendo tratado, someramente, los derechos castellanos e indígena correspondenos ahora pasar revista al derecho propiamente novohispano, para contar con todos los elementos que vinieron a constituir nuestro derecho colonial.

2. La legislación indiana

Dada la naturaleza del presente trabajo, esencialmente breve y conciso, dentro de las diferentes fuentes del derecho indiano nos ocuparemos únicamente de la legislación, ya que las demás —doctrina, jurisprudencia, costumbre y principios generales del derecho— son tan prolijas y el estado que guarda la investigación sobre las mismas es todavía rudimentario, que hemos preferido prescindir de ellas.

Para estudiar la legislación indiana, como señalábamos antes, lo primero que tenemos que hacer es distinguir a las disposiciones emanadas de las autoridades centrales de Madrid *v.gr.* rey o Consejo) que hemos denominado metropolitanas, de las expedidas por las autoridades locales *v. gr.* virrey o audiencia real) que a su vez hemos llamado criollas. No obstante ello, tenemos que apuntar que había un tipo de disposición legislativa que podía ser ejercida tanto por las autoridades centrales como por las locales, nos referimos a los autos acordados, que podían venir tanto del Consejo de Indias como de los reales acuerdos de las provincias indianas.

Entre las diversas formas de expresión legislativa del derecho indiano metropolitano encontramos: La ley, la real pragmática, la real provisión, la real cédula, la real carta, la real ordenanza y la real instrucción. A ellas habrá que añadir otras formas que fueron usadas durante el gobierno de los borbones, a partir de 1700, en donde hallamos el real decreto, la orden y el reglamento. Todo ello independientemente de los autos acordados del Consejo, a las cuales ya nos hemos referido.

Por su parte, el derecho indiano criollo se expresaba a través de los mandamientos y las ordenanzas o autos de gobierno de la superior autoridad gubernativa (virreyes, presidentes-gobernadores y gobernadores) junto con los autos acordados de los reales acuerdos de las audiencias virreinales y pretoriales.

Veámos brevemente estas expresiones legislativas y las causas de su diferenciación.

a) *La ley* en su sentido estricto significa una disposición votada en las Cortes (asamblea parlamentaria, de corte estamental, similar a los Estados Generales de Francia, de origen medieval, las cuales decayeron enormemente en la época moderna, gracias al absolutismo, en que pasaron a ser meros cuerpos protocolarios cuya única misión era intervenir en la transmisión hereditaria de la Corona. Las Cortes las veremos resurgir con gran vigor, aunque con otras características, al advenimiento del constitucionalismo, principalmente en Cádiz (1810-1812-1814).

b) *La real pragmática* tenía la misma fuerza legal que la ley, sin embargo era solamente emitida por el rey; o sea, es un símbolo del absolutismo de la época moderna, y por lo mismo constituyó la más relevante forma de creación del derecho indiano.

c) *La real provisión* era un precepto dado por el rey pero de contenido específico, o sea de proveer, por ejemplo un nombramiento.

d) *La real cédula* por su parte fue la manera más comúnmente utilizada por los monarcas castellanos para legislar en esta época, quizá por su forma más sencilla y menos solemne y por su contenido más versátil.

e) *La real carta*, como su nombre lo indica, es una misiva en la que el soberano contesta cuestiones que los súbditos le plantean.

f) *La real ordenanza* regulaba toda una institución, generalmente dividida en capítulos para facilitar su invocación; las reales ordenanzas podían venir contenidas en una real cédula o real provisión, o sea estas últimas eran el continente y aquellas el contenido.

g) *La real instrucción* contenía la regulación minuciosa del actuar de algún tipo de funcionario o autoridad.

Luego tenemos las formas legales que añadieron los borbones:

h) *El real decreto* era una resolución del soberano, dirigida a alguno de sus secretarios de despacho.

i) *La orden* era una disposición de algún secretario del despacho cumpliendo alguna disposición del rey.

j) *El reglamento* era un conjunto de normas, articuladas y enumeradas, que regulaban una institución o atribuciones de alguna autoridad.

Los elementos formales de estas expresiones legislativas eran, *grosso modo*, las siguientes:

- Encabezamiento, donde se señalan el nombre del rey y sus títulos;
- Dirección, o sea la autoridad a que en concreto iba dirigida;
- Exposición de motivos, señalando las causas y razones que dieron origen a esa norma;

- Disposición propiamente dicha o mandato: “Orden o mando”;
- Cláusula penal o sanción ante un eventual incumplimiento;
- Data, o sea lugar y fecha de expedición;
- Firma del soberano, que generalmente era “yo el rey” y la rúbrica;
- Refrendo del secretario;
- Sello real; y
- Rúbrica de los consejeros de Indias.

El procedimiento de creación de una disposición legal indiana era más o menos el siguiente: Normalmente era un trámite encomendado al Real y Supremo Consejo de Indias, cuya sede era la Villa de Madrid. Se inicia con una “minuta” que contenía el proyecto de precepto, a petición de alguna autoridad indiana, seguía el “informe” del fiscal y de ahí pasaba al pleno del Consejo para lo cual se requería del voto favorable de las dos terceras partes de consejeros, de donde salía una propuesta al soberano, a dicha propuesta se le denominaba “consulta”. Entonces el monarca resolvía en definitiva: Aprobando, con la fórmula “como parece”, rechazando, con las palabras “no vengo a ello”, o aprobando parcialmente; entonces volvía al Consejo para su redacción definitiva para que posteriormente el rey procediera a promulgar y firmar, una vez realizado volvía nuevamente al Consejo para que la registrara en los libros que para tal fin llevaba, por materia, los cuales se conocían comúnmente como “cedularios” por ser reales cédulas la mayoría de las disposiciones. Se terminaba el trámite en Madrid remitiendo tal disposición a la autoridad de destino.

Al llegar a la autoridad de destino, ésta procedía al acto de “obediencia”, o sea la formalidad de acatamiento, acto continuo se copiaba en el libro registro o también llamado cedulario y se daba a conocer al público, si fuera el caso, a través del bando y pregón. Había la posibilidad de “obedecerse y no cumplirse” si la autoridad indiana estimaba que no procedía o no convenía esa disposición, en cuyo caso la regresaba a la Corte, exponiendo sus razones, para que el rey resolviera en definitiva.

Por último, las disposiciones legislativas que para el ámbito de sus correspondientes atribuciones podían dictar las autoridades locales, como eran los virreyes, presidentes-gobernadores y gobernadores, en lo que se ha dado en llamar el derecho indiano criollo —para diferenciarlo del metropolitano o peninsular—, entre las mismas encontramos los mandamientos y las ordenanzas o autos de gobierno, todas las cuales tenían

que venir además refrendadas por el secretario de gobierno y debidamente registradas con los correspondientes libros registros o cedularios.

Por lo que se refiere a los autos acordados, ya hemos dicho que eran expedidos tanto por el Consejo Real y Supremo de Indias como por los reales acuerdos anexos a las audiencias virreinales y pretoriales en América y Filipinas. El objeto de tales autos acordados era el desarrollo o reglamentación, diríamos actualmente, de un precepto real y por lo mismo requería de la confirmación real.

En el siglo XVII, don Antonio de León Pinelo publicó los autos acordados del Consejo de Indias, en México dos veces se hizo el mismo trabajo, primero Juan Francisco de Montemayor en 1676 y un siglo después, en 1787, Eusebio Ventura Beleña, incluyendo la obra de Montemayor. La edición de Beleña ha sido recientemente reeditada de manera facsimilar por la Universidad Nacional Autónoma de México con un estudio introductorio de María del Refugio González.

3. *La labor de recopilación para Indias*

En primer lugar consideramos conveniente aclarar dos términos que fácilmente pueden ser confundidos, o sea el “recopilar” con el “codificar”, puesto que, como veremos más adelante, el codificar se refiere a una sistemática ordenación, general y abstracta de toda una rama del derecho, actividad que se generalizó a partir del siglo XIX; mientras que el recopilar significa extraer la parte dispositiva de normas jurídicas en vigor desde hace algún tiempo, indicando su origen, para luego ordenarlas por materia en libros, títulos o capítulos y leyes (aquí el concepto de “ley” se acerca a nuestra moderna noción de artículo), lo que implica una depuración del material legal existente con el fin de superar contradicciones, lagunas y normas derogadas, en aras de la necesaria seguridad jurídica.

Ahora bien, el trabajo de recopilación jurídica se conoce en España desde la época visigótica, tendencia que se va a acentuar en Castilla durante la Baja Edad Media, con Fernando III, pero sobre todo con Alfonso X, y más adelante con los Reyes Católicos y Felipe II, según pudimos informar en el capítulo de antecedentes castellanos de este modesto trabajo.

Este impulso recopilador se tenía que prolongar a la administración indiana, pero ahora con carácter más perentorio ya que las necesidades del gobierno colonial habían producido una enorme cantidad de disposiciones, lo que lógicamente condujo a contradicciones, lagunas, olvidos e incluso pérdida de documentos, por lo cual, desde el primer siglo de

dominación española en América, se planteó, y con carácter urgente, la necesidad de recopilar la legislación indiana.

En efecto, desde abril de 1556 se ordenó a las audiencias indianas que recopilaran las reales cédulas y demás disposiciones que hubieren recibido de la metrópoli e informasen sobre el particular. En cumplimiento de ello, la Audiencia de México mandó a uno de sus ministros, el doctor Vasco de Puga, que llevara a cabo ese trabajo, quien no solamente lo cumplió reuniendo el material legislativo de 1525 a 1563, sino que además se preocupó de imprimirlo, en lo que comúnmente se conoce como *Cedulario de Puga*, mismo que recientemente ha sido varias veces reeditado.

Intentos similares se hicieron en otras provincias de ultramar pero sin conseguir los resultados que en México.

Evidentemente el Consejo de Indias tenía que preocuparse de realizar una recopilación indiana en general, de la misma manera que en 1567 se había logrado para Castilla (*Nueva Recopilación de Leyes de Castilla*), por las razones antes apuntadas. Para ello, y como un trabajo preliminar, encargó a uno de sus funcionarios, Juan López de Velasco, que hiciera los resúmenes del contenido en libros-registros o cedularios del propio Consejo (en ese momento alrededor de doscientos), agrupándolo con orden, bajo un plan, que resultó en siete libros (como las Partidas) adecuadamente divididos y subdivididos. López de Velasco concluyó su encargo en 1570, o sea que contenía preceptos desde 1492 hasta ese año de 1570.

El trabajo de López de Velasco no tenía un nombre propio, por eso, cuando siglos después fue publicado por la Real Academia de Historia se le dio el de *Libro de la gobernación espiritual y temporal de los indios*, mismo que fue duramente criticado por los especialistas; mejor suerte corrió el título que le dio, en el siglo XX, don José de la Peña y Cámara, o sea *Copulata de las Leyes de Indias*.

A raíz de la reforma indiana propuesta por el licenciado Juan de Ovando, aparte de nombrársele presidente del Consejo de Indias, se le encomendó la tarea de redactar el proyecto de recopilación; para ello, partiendo del trabajo de su antiguo secretario de visita, López de Velasco, comenzó en 1571 a sacar adelante su encomienda, hasta su muerte ocurrida en 1575, habiendo únicamente concluido el libro primero (gobernación espiritual) y parte del segundo (gobernación temporal) de lo que sería la *Recopilación de Indias de Felipe II* y aunque no pasó de ser un proyecto inacabado, la Corona utilizó los materiales de Ovando para la redacción de varios textos legales.

Después de los esfuerzos de López de Velasco y Ovando vamos a hallar, en 1596, el llamado *Cedulario de Encinas*. En efecto, el Consejo encargó a uno de sus funcionarios, Diego de Encinas, que retomara la labor recopiladora indiana, limitándose únicamente a transcribir y ordenar literalmente las disposiciones indianas de 1492 a 1596, imprimiéndose en este último año en cuatro tomos. En síntesis podemos señalar que no era por ningún concepto una recopilación en el sentido que entonces se utilizaba, aunque evidentemente tiene para nosotros un indiscutible valor histórico en la actualidad. Recientemente también ha sido reeditado en facsimilar.

Si bien el trabajo de Encinas era útil, pues daba a conocer un material legislativo ya muy abundante y de muy difícil acceso, pues casi se ajustaba el siglo de presencia española en América, no satisfacía los requerimientos de la práctica jurídica indiana, por ello el Consejo de Indias encargó en 1602 al licenciado Diego de Zorrilla la formación del necesario proyecto de recopilación de leyes de Indias.

Zorrilla concluyó su esfuerzo en 1608, aunque no el proyecto, sin embargo no lo conocemos en la actualidad ya que tuvo problemas de índole económica con el Consejo (de ahí su libro *Alegato o discurso sobre el salario del juez ausente*), aunque sabemos que siguió el plan de la Recopilación castellana de 1567 en nueve libros, que utilizó el *Cedulario de Encinas* y las reales cédulas de 1597 a 1606, y que su trabajo fue posteriormente aprovechado por otros recopiladores.

En vista que Zorrilla se marchó a Quito a desempeñar su función de oidor en la Real Audiencia de esa capital, el Consejo de Indias pidió al licenciado Rodrigo de Aguiar y Acuña, ministro del mismo Consejo, que realizara el proyecto de la recopilación que llevaría el nombre de Felipe IV.

Para esto, en 1621, se presenta en el Consejo el licenciado Antonio de León Pinelo, proveniente del Perú, acompañado de su *Discurso sobre la forma de hacer una recopilación* por lo cual fue contratado por ese supremo organismo indiano para que trabajara con Aguiar y Acuña, constituyendo un estupendo equipo de trabajo.

Parece ser que el plan se concluyó, aunque sólo constaba de extractos de las disposiciones que posteriormente se tenían que desarrollar, y llevaban por título *Sumario de la Recopilación de las Leyes de Indias del Lic. Rodrigo de Aguiar y Acuña*, en dos tomos, conteniendo cada uno cuatro libros. Para los dos tomos únicamente hubo recursos económicos para imprimir el primero en 1628, para colmo, al año siguiente, el 5 de octubre, fallece Aguiar.

Ante este nuevo descalabro, el Consejo comisionó al licenciado Antonio de León Pinelo para formular el proyecto de la tan anhelada recopilación indiana, según contrato suscrito el 20 de octubre de 1634, para realizarse en un año.

Antonio de León Pinelo, junto con don Juan de Solórzano y Pereyra, quizá sean los más grandes juristas indianos, pues dotado de una personalidad un tanto cuanto enigmática, lo vemos nacer en Valladolid, España, en el seno de una familia de judíos conversos, por lo cual se tienen que trasladar a América, primero a Buenos Aires y luego a Lima, en donde se recibe de licenciado en derecho por la Universidad de San Marcos, para luego regresar a España a trabajar en el Consejo como ya hemos visto con anterioridad. Además del trabajo legislativo son muy importantes algunos trabajos doctrinales del propio Pinelo.

Según lo estipulado en 1635, concluyó el trabajo de lo que se llamó *Proyecto de Recopilación de Indias de Felipe IV*, para lo cual el Consejo designó a dos de sus miembros para que lo revisaran: Juan de Solórzano y Pereyra y Pedro de Vivancos, aunque este último al poco tiempo pasó a trabajar en el Consejo de Castilla. Después de un año de intenso trabajo, Solórzano informó que el proyecto de Pinelo estaba listo para ser presentado al rey Felipe IV, sin embargo no se informó nada al soberano, y cuando éste preguntó se le respondió que el proyecto iba a ser examinado por una comisión integrada por Palafox, Santelices y Solórzano, lo que se concluye en 1644, pero para entonces no había dinero para su publicación y por lo mismo se tenía que detener su promulgación, lo que se pudo resolver en 1658, pidiendo a León Pinelo el fruto de su trabajo; en esta oportunidad el célebre jurista respondió que antes la tenía que actualizar ya que habían pasado 22 años y en ese lapso se habían promulgado 323 nuevas normas que había que incorporar al proyecto, lo cual le llevaría algún tiempo, y nada se hizo ya al respecto, dos años después sorprende la muerte a Pinelo, el 23 de julio de 1660, habiendo quedado sin llegar a término un gran esfuerzo de varias décadas.

Hasta hace muy poco el proyecto de León Pinelo se encontraba extraviado, incluso se pensaba que perdido, aunque indirectamente se conocía su contenido por las continuas referencias que del mismo se hacían en el libro *Política indiana* de don Juan de Solórzano y Pereyra; felizmente hace unos pocos meses (escribimos ésto en 1989) el distinguido historiador del derecho indiano don Ismael Sánchez Bella, después de varios años de búsqueda encontró el manuscrito en la biblioteca de don

Juan de Palafox y Mendoza en Osma de Burgo, España, y próximamente todos lo podremos admirar.

Después del drama de Pinelo, se encarga al licenciado Fernando Ximénez de Paniagua, supervisado por varios consejeros de Indias.

Los casi 20 años de intenso trabajo de Ximénez de Paniagua fueron de gran valía, sin embargo no debemos olvidar que atrás de él habían casi cien años, de labor recopiladora, un López de Velasco, un Ovando, un Encinas, un Zorrilla, un Aguiar y un León Pinedo, cuyos enormes esfuerzos sentaron las bases, junto con lo hecho por Paniagua, para llevar a feliz término la Recopilación de Indias.

Dicho cuerpo legal se integra de nueve libros, divididos en títulos y éstos en leyes (léase artículos). El libro primero trata de la materia eclesiástica y del mixto fuero; el segundo se refiere a las fuentes del derecho indiano, al Real y Supremo Consejo de Indias y a las reales audiencias; el tercero toca el gobierno territorial y la materia militar; el cuarto el gobierno municipal; el quinto al gobierno provincial; el sexto a los indios; el séptimo varias materias, desde lo penal, hasta el juego y el mestizaje; el libro octavo aborda el tema de la Real Hacienda, y, finalmente, el noveno el comercio, la navegación y la Casa de la Contratación de Indias. Concluido el trabajo con un índice por materias que facilita enormemente su consulta.

Como señalábamos al principio de este capítulo, el ordenamiento legal que los reyes españoles fueron dando para sus posesiones de América y Asia en la época moderna, no fue uniforme o general para este conjunto de colonias que se conocen como las Indias, sino que era particular para cada una de las colonias; la excepción a este principio lo constituye indiscutiblemente la Recopilación de 1680, la cual permite dar una unidad a esa dispersa legislación colonial, por ello la Recopilación de Indias de 1680 representa la base y principio del que debe partir cualquier trabajo histórico-jurídico indiano, lo que se confirma con la característica de haber sido el único cuerpo legal general que se dio para Indias durante los 300 años que duró la dominación española, así como por otro elemento importante, y es que se dictó tan sólo 20 años antes de producirse el cambio de la dinastía de los Habsburgo por la de los Borbón, que en sí representó un cambio radical en el gobierno y la administración de la monarquía española, de ahí que la Recopilación de 1680 represente además la síntesis de la legislación de los Habsburgo en Indias.

En efecto, el cambio de dinastía en 1700 representó una modificación de rumbo político de enorme trascendencia en todo el mundo hispá-