

## LIBRO SEGUNDO EL PERIODO NOVOHISPANO

### CAPÍTULO VII

El derecho monetario novohispano ¿Un fenómeno de vulgarización? . . . . .	165
I. El concepto de derecho vulgar y sus características . . . . .	165
II. El derecho indiano como un fenómeno de vulgarización . . . . .	165
1. La vulgarización interna . . . . .	166
2. La vulgarización externa . . . . .	179
3. Posible interpretación de conjunto . . . . .	186

## CAPÍTULO VII

### EL DERECHO MONETARIO NOVOHISPANO ¿UN FENÓMENO DE VULGARIZACIÓN?

#### I. EL CONCEPTO DE DERECHO VULGAR Y SUS CARACTERÍSTICAS

En la labor de caracterización del concepto de derecho vulgar, parece tener especial relevancia el concepto de “derecho vulgar” acuñado por los romanistas.

Es bien sabido que en la época posclásica del derecho romano se presenta un fenómeno de decadencia que ha permitido construir el concepto de derecho romano vulgar.

Ese fenómeno de “vulgarización” se caracteriza por diversos síntomas: por una parte, existe lo que podría llamarse la vulgarización “interna”, consistente fundamentalmente en la simplificación de las formalidades, así como en el desdibujamiento de las diferencias existentes entre las figuras afines o relacionadas, llevándolas a una confusión y a veces identificación con aquella que resulte más obvia o sencilla, o simplemente, menos técnica.

Además de ese fenómeno de vulgarización que hemos denominado “interna”, en tanto se refiere a las instituciones jurídicas mismas, se da otro que, por contraposición, podría denominarse “externa”, consistente principalmente en el uso indirecto de fuentes, el abandono de los textos de los grandes juristas y la aparición de los resúmenes, sinopsis y notas de las obras de la jurisprudencia clásica.

Lo anterior permite construir el concepto de “derecho vulgar” a partir de las notas señaladas, cuya presencia en un momento histórico dado permitiría hablar de un fenómeno de “vulgarización” del Derecho.

#### II. EL DERECHO INDIANO COMO UN FENÓMENO DE VULGARIZACIÓN

En el caso del derecho indiano parece darse un fenómeno de vulgarización, el cual no es característico del derecho monetario, sino que parece

ser general, por lo que se hace necesario hacer referencia a sus aspectos generales para, posteriormente, referirse al caso concreto del derecho monetario.

## 1. La vulgarización interna

### A. Difuminación de las diferencias entre propiedad y posesión

Fue Vitoria, un teólogo y no un jurista, quien por vez primera, en la historia de la humanidad, formuló para la guerra *principios de derecho*, y lo que es más interesante todavía, *analizó como contraria al derecho, toda conquista de un pueblo por otro*.<sup>1</sup>

Sobre el tema de la identificación de la propiedad y la posesión es de capital importancia traer a colación al genial dominico que fuera Francisco de Vitoria<sup>2</sup> quien, a finales de 1538 o principios de 1539,<sup>3</sup> en su *Relección primera de los indios recientemente descubiertos*, lleva a una identificación de la posesión con la propiedad o, para usar la terminología vitoriana, el dominio.

Para comprender la genialidad y valentía de Vitoria, es necesario recordar que en la época tanto el dominico Matías de Paz, autor de *De dominio regum Hispanae super Indos*, como el jurista Juan López de Palacios Rubios, consejero del rey de España y autor de *De insulis oceanis*, sostenían, siguiendo al cardenal-arzobispo de Ostia, Enrique de Susa, que los pueblos gentiles tuvieron dominio civil y político antes de la venida de Cristo; pero a partir de este acontecimiento, todos los poderes posibles,

1 Esteva Ruiz, Roberto A., "Colección símbolo de una época, fundador de otra nueva (1480-1546)", *Ensayos Jurídicos*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1960, p. 141.

2 La bibliografía sobre la vida y obra del genial dominico es inmensa. De especial interés es la edición de Urdanoz que se cita en la nota siguiente, por sus extensos estudios sobre la vida y obra de Vitoria, así como Vitoria, Francisco de, *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, con una introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1974, colección Sepan cuantos..., núm. 261, y la obra, ya clásica, de Barcia Trelles, Camilo, *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, España, Universidad de Valladolid, Publicaciones de la Sección de Estudios Americanistas, serie quinta, núm. III, 1928.

3 Vitoria, Francisco de, *Obras*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960, p. 491, edición crítica del texto latino, versión española, introducción general e introducciones con el estudio de su doctrina teológico-jurídica, por el padre Teófilo Urdanoz, O.P.

espirituales y temporales, quedaron vinculados en la persona del *Redentor*, el cual, a su vez, los transmitió íntegramente a San Pedro, el primer papa, y por éste a sus sucesores.<sup>4</sup>

De la *Relección* mencionada de Francisco de Vitoria es necesario recordar las cuestiones cuarta y siguientes, que dicen así:

4. Volviendo, pues, a nuestro asunto, preguntaré primero, para proceder con orden, *si esos bárbaros, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos dueños pública y privadamente*; esto es, si eran verdaderos dueños de las cosas y posesiones privadas y si había entre ellos algunos hombres que fueran verdaderos príncipes y señores de los demás.

Y pudiera creerse que no. Porque los siervos no tienen dominio de las cosas, pues se dice en textos de las *Instituciones* y *Pandectas* que el “siervo nada puede tener como suyo” por lo que todo lo que adquiere lo adquiere para su señor. Pero esos bárbaros son siervos; luego [...] Y se prueba la menor, porque, como elegante y atildadamente enseña Aristóteles, *algunos son por naturaleza siervos, para quienes es mejor servir que mandar*. Son éstos los que no tienen la suficiente razón para regir ni aun a sí mismos, sino que sólo les vale su entendimiento para hacerse cargo de lo que les mandan, y cuya virtualidad más está en el cuerpo que en el ánimo. Pero verdaderamente sí hay algunos que así sean, nadie como estos bárbaros, que realmente bien poco parece que disten de los animales brutos, totalmente inhábiles para gobernar, y sin duda que más les conviene ser regidos que regirse a sí mismos. Y pues Aristóteles dice que de derecho natural es que sirvan estos tales, no pueden, por lo tanto, ser señores.

Y no es obstáculo que antes de la llegada de los españoles no tuvieran otros señores, que ninguna repugnancia hay en que haya siervo sin señor, como advierte la Glosa sobre un texto de las *Pandectas*. Es más: se dice así expresamente en la misma ley. Y en la ley *Quod servus* se halla el caso preciso de un siervo que, abandonado de su dueño y por ninguno apropiado, se lo puede apropiar cualquiera; luego si eran siervos, pudieron los españoles apoderarse de ellos.

5. Contra esto milita *el que estaban ellos, pública y privadamente, en pacífica posesión de las cosas*; luego absolutamente (si no consta lo contrario) deben ser tenidos por verdaderos señores, y no se les puede despojar de su posesión en tales circunstancias.

Para la solución del caso no quiero recordar lo mucho que sobre la definición y división del dominio traen los doctores, y que yo mismo aduje en

4 Vitoria, Francisco de, *Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, colección “Sepan cuantos...”, núm. 261, 1974, p. L.

la materia de la restitución, 4 de las *Sentencias*, distinción 15, y en la *Secunda secunda* q.62. Todo esto lo paso por alto, no sea que por ello deje de decir otras cosas más necesarias. Y, por tanto, dejando esas cosas a un lado, debe notarse que si los bárbaros no tuvieran dominio, no parece que pudiera alegarse otra causa sino porque son pecadores, porque son infieles o porque son amentes o idiotas.

Algunos hubo que defendían que el título de dominio es la gracia y, por lo tanto, que ningún dominio tienen sobre las cosas los pecadores, al menos aquellos que actualmente estén en pecado mortal. Error fue éste de los pobres de Lyon o Valdenses, y después de Juan Wiclef, uno de cuyos errores, condenado en el Concilio de Constanza, dice: "Nadie es señor civil mientras esté en pecado mortal". En el libro 10 *De questionibus Armenorum* c.4 y en el diálogo *Defensorium pacis* defendió Armacano la misma sentencia, contra la cual escribió Waldo. Pruébalo Armacano porque ese dominio de los pecadores lo rechaza Dios, según aquello de Oseas: *Ellos hicieron reyes, mas no por mí; constituyeron príncipes, mas yo no lo supe*. Y se añade el motivo: *De su plata y de su oro hicieron ídolos para sí, para ser talados*, etc. Por lo mismo, concluye Armacano, los tales pecadores carecen ante Dios de justo dominio.

Es cierto que todo dominio proviene de la autoridad divina, porque Dios es el creador de todo, y nadie puede tener dominio, sino aquel a quien El se lo diere. Ahora bien, no es decoroso que ese dominio lo dé a los desobedientes y transgresores de sus preceptos, como tampoco los príncipes terrenos dan sus bienes, como villas y castillos, a los rebeldes, y sí se los han dado, se los quitan. Pero por las cosas humanas debemos juzgar de las divinas, conforme dice San Pablo; luego Dios no concede el dominio a los desobedientes. Por donde, en señal de esto, Dios a veces arroja del trono a estos tales, como a Saúl y a Nabucodonosor y Baltasar. Además en el Génesis se dice: *Hagamos el hombre a nuestra imagen y semejanza, para que señoree en los peces del mar*, etc. Aparece pues, claro que el dominio se funda en la imagen de Dios; pero ésta se borró en el pecador, por lo que no puede ser señor.

Además, ese tal comete crimen de lesa majestad; luego merece perder su dominio.

Además, San Agustín dice que el pecador no es digno del pan que come.

Por otra parte, el Señor dió a nuestros primeros padres el dominio del paraíso, y por razón del pecado los privó de él. Luego...

Verdad es que tanto Wiclef como Armacano no hablan con claridad, y parece que más bien se refieren al dominio de soberanía, que es el de los príncipes. Pero como los argumentos proceden de igual forma para toda clase de dominio, parece que deben tomarse como dichos de todo dominio

en general. Así entiende esta sentencia Conrado, y bastante claro el mismo Armacano lo da a entender. Quien siga, pues, esta sentencia puede decir que los bárbaros no tenían dominio, pues siempre estaban en pecado mortal.

6. Mas contra esta sentencia se establece la siguiente proposición: *El pecado mortal no impide el dominio civil y dominio verdadero.*

Aunque así está definida en el concilio de Constanza, arguye todavía Almain, tomándolo de Aliaco, que entonces del que puesto en estrecha necesidad de comer pan estuviera en pecado mortal, se hallaría perplejo, puesto que de una parte estaría obligado a comer pan y, por otra parte, si no tenía dominio, tomaría lo ajeno; luego no podría evadir el cometer pecado grave. Pero no parece que tenga mucha fuerza este argumento, porque, primeramente, ni Armacano ni Wiclef parece que hablen del dominio natural, sino del civil. En segundo lugar, se le niega la consecuencia y se respondería que en caso de necesidad puede tomar lo ajeno. En tercer lugar, no se hallaría perplejo, porque puede arrepentirse.

Por lo tanto, de otro modo es preciso argumentar.

Primero, que si el pecador no tiene el dominio civil, del cual parece que se habla, tampoco el natural; pero ese consiguiente es falso; luego también el antecedente. Pruebo la consecuencia. Porque también el dominio natural es don de Dios, como el civil, y aún más, pues el civil más bien parece de derecho humano; luego si por la ofensa de Dios el hombre pierde el dominio civil, perderá también, por la misma razón, el dominio natural. La falsedad del consiguiente se prueba: Porque no pierde el dominio sobre los propios actos y sobre los propios miembros, pues tiene el pecador derecho de defender su propia vida.

En segundo lugar, la Sagrada Escritura llama reyes con frecuencia a los que eran malos y pecadores, como a Salomón, Acab y a otros muchos; pero no es rey quien no es señor. Luego...

En tercer lugar, devolviendo el argumento a los contrarios: El dominio se funda en la imagen de Dios; pero el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, esto es, por las potencias racionales; luego no lo pierde por el pecado mortal. La menor se prueba, porque lo dice San Agustín en el libro *9 De Trinitate*, y por otros doctores.

En cuarto lugar. David llama a Saúl su señor u rey al tiempo en que le perseguía en varios lugares; es más, el mismo David pecó alguna vez y no perdió por eso el reino.

En quinto lugar, en el Génesis se dice: *No será quitado el cetro de Judá, ni el jefe de su linaje, hasta que venga el que ha de ser enviado*, et. Y, sin embargo, muchos reyes fueron malos; por tanto...

En sexto lugar, la potestad espiritual no se pierde por el pecado mortal; luego ni la civil, que mucho menos parece se funde en la gracia que la espiritual. El antecedente es claro, puesto que el mal presbítero consagra la Eu-

caristía y el mal obispo a los sacerdotes, como es cierto y concede el mismo Armacano, aunque no Wiclef.

Finalmente, no es de ningún modo verosímil que estando mandado obedecer a los príncipes, como se dice en San Pablo y en la 1a. de San Pedro: *Obedeced a vuestros superiores, no solamente a los buenos, sino también a los discolos*, y habiendo asimismo precepto de no tomar lo ajeno, quisiera Dios que fuera tan incierto e inseguro quiénes eran los verdaderos príncipes y señores.

Y, en suma, esto es herejía manifiesta: que como hace Dios salir el sol sobre los buenos y sobre los malos y descender la lluvia sobre los justos y sobre los pecadores, así también da los bienes temporales a los buenos y a los malos. No se ha discutido esto porque haya alguna duda, sino para que por un solo crimen, esto es, por tan insensata herejía, conozcamos a todos los herejes.

7. Pero aún queda por averiguar *si al menos por razón de infidelidad se pierde el dominio*. Y parece que sí, porque los herejes no tienen dominio. Luego ni los otros infieles, pues no parece que han de estar en mejor condición. El antecedente consta en el texto del *Decreto*, donde se ordena que los bienes de los herejes sean confiscados por derecho.

A esto respondo en forma de proposiciones:

Primera: *La infidelidad no es impedimento para ser verdadero señor*.

Esta conclusión es de Santo Tomás en la *Secunda secundae* q.10 a. 12. Y se prueba también, primeramente, porque la Sagrada Escritura llama reyes a algunos infieles, como Senequerib, Faraón y muchos otros. Además, porque pecado más grave que la infidelidad es el odio a Dios; pero el odio no impide ser verdadero señor: luego tampoco la infidelidad. Además, San Pablo a los Romanos y San Pedro nos mandan prestar obediencia a los príncipes, y a los siervos a sus señores, siendo así que entonces todos eran infieles. Además, Tobías manda devolver como algo robado un cabrito quitado a los gentiles, lo que no tendría razón de ser si los gentiles no tuvieran dominio. Asimismo, José hizo a toda la tierra de Egipto tributaria de Faraón, que era infiel.

Y también por la razón de Santo Tomás: La infidelidad no destruye el derecho natural ni el humano positivo, pero los dominios son o de derecho natural o de derecho humano positivo; luego no se pierden los dominios por la carencia de fe. Y para terminar digo que este es un error tan manifiesto como el anterior.

De lo cual se deduce que no es lícito despojar de sus cosas a sarracenos, judíos ni a cualesquier otros infieles, nada más que por el hecho de ser infieles, y el hacerlo es hurto o rapiña, lo mismo que si se hiciera a los cristianos.

8. Mas como la herejía presenta especial dificultad, establécese la Segunda proposición: *Según el derecho divino, el hereje no pierde el dominio de los bienes.*

Esto todos lo admiten y es manifiesto. Pues como la pérdida de los bienes sea una pena y no haya pena alguna en la ley divina para este estado, es claro que, según el derecho divino, no se pierden los bienes por causa de herejía. Además, es evidente esta proposición con la primera. Si por causa de infidelidad no se pierde el dominio, por la herejía tampoco, pues nada de especial se ha establecido en el derecho divino sobre la herejía acerca de este punto particular.

9. Pero *¿y por derecho humano?* Conrado, en su libro *De los contratos*, parece sostener que el hereje, por el hecho de serlo, pierde el dominio de sus bienes, de tal modo que en el fuero de la conciencia queda sin dominio. De lo cual deduce que ni puede enajenar ni obliga la enajenación si la hace. Es prueba de esto el capítulo *Cum secundum legel* del *Decreto*, donde el Papa manda que por ciertos crímenes pierden sus autores, según las leyes y por la sola comisión del delito, el dominio de sus cosas. El Papa determina que sea lo mismo en el crimen de herejía, y esto mismo parece sostener Juan Andrés en dicho capítulo y parece encontrarse en otro texto del Derecho, donde se prohíbe a los herejes la venta y donación y cualquier especie de contrato de sus bienes. Además, las leyes obligan en el fuero de la conciencia, como Santo Tomás enseña en la *Prima secundae* q.96 a.4.

10. Sirva para aclararlo la proposición tercera: *El hereje, desde el día en que cae en ese crimen, incurre en la pena de confiscación de bienes.*

Así lo sustentan comúnmente los doctores y se determina en el *Directorium Inquisitorum* (1.3 tit.9) y en la *Summa Baptistana*, en la palabra *Absolutio* § 17, y parece establecido en aquel capítulo *Cum secundum leges* y en dicho texto *De haereticis*.

11. Cuarta proposición: *Pero aunque conste del crimen, no es lícito al fisco el ocupar los bienes del hereje antes de la condenación.*

Esto también lo admiten todos y lo determina el capítulo citado *Cum secundum*. E incluso sería contra el derecho divino y contra el natural el que se ejecutara la pena antes de la condenación.

12. De la tercera conclusión se sigue que *la condenación, aun hecha después de la muerte, retrotrae los efectos de la confiscación al tiempo en que se cometió el crimen, estén los bienes en manos de cualquiera.*

Es corolario admitido por todos, y particularmente por el Panormitano, en el capítulo último del título *De hereticis*.

13. Se sigue, además, que *las ventas, donaciones y toda enajenación de bienes hecha desde el día en que se cometió el crimen son inválidas.* Y así, fallada la condenación, todas esas enajenaciones las rescinde el fisco, y el mismo fisco se posesiona de los bienes, aun sin restituir el precio a los

compradores. También esto lo admiten todos, señaladamente el Panormitano en el lugar citado, y consta en la ley cuarta del capítulo *De haereticis*.

14. Quinta proposición: *El hereje es, no obstante en el fuero de la conciencia, verdadero dueño antes de que se le condene.*

Esta proposición parece ser contra el sentir de Conrado, del *Directorio* y de Juan Andrés; pero es, en cambio, de Silvestre, en la palabra *Haeresisi*, l § 8. La sostiene también y la discute largamente Adriano, y lo mismo parece decir Cayetano en la *Suma* en la palabra *Poena*.

Y primeramente se prueba, porque la privación, aunque sólo sea en el fuero de la conciencia, ya es una pena; luego de ningún modo debe infligirse antes de la condenación, tanto más cuanto que dudo mucho que el derecho humano pueda decretar esa pena. Además, manifiestamente lo prueba el capítulo *Cum secundum leges*, pues de este modo se preceptúa la confiscación *ipso facto*, por matrimonio incentuoso. Asimismo, si una mujer honesta se casa con su raptor; más aún, si alguno no paga el impuesto exigido por las mercancías importadas, se le confiscan sin más los bienes. Lo mismo sucede a quien exporta mercancías ilícitas, como armas o hierro, a los sarracenos, como consta todo esto en dicho capítulo *Cum secundam leges*, en varios otros textos del Derecho canónico y en la ley *Finali* del *Digesto*, capítulo *De vectigalibus*. Y añade el Papa expresamente en dicho capítulo *Cum secundum* que la confiscación por herejía quiere se haga lo mismo que en estos otros casos. Y pues nadie niega que el incestuoso, el raptor, el proveedor de armas a los sarracenos y el contrabandista permanecen verdaderos dueños de sus bienes en el fuero de su conciencia, ¿por qué no ha de quedarlo también el hereje? El mismo Conrado habla en igual sentido de todos esos casos y del hereje; y realmente más grave sería el obligar a entregar sus bienes al fisco al hombre que ya se arrepintió de su herejía.

15. El corolario que en primer lugar de esto se sigue es que *puede el hereje vivir lícitamente de sus bienes.*

16. En segundo lugar, se sigue también que *por título gracioso puede desprenderse de sus bienes, por ejemplo, haciendo donaciones.*

17. En tercer lugar, que *por título oneroso, como es vender o dar en dote, no puede hacerlo si su pecado puede ser comprobado por los tribunales*, puesto que eso sería engañar al comprador y exponerle a perder la cosa y el precio de ella, si el vendedor fuese condenado.

18. Por último, se infiere también que *si realmente no hubiera peligro de confiscación, puede, aún por título oneroso, enajenar sus bienes*, como lícitamente puede comprárselos un católico a un hereje de Alemania.

Grave cosa sería que en una ciudad de luteranos no pudiera un católico comprar o vender una finca a un hereje; y, sin embargo, así sería, si el hereje no es verdadero dueño en el fuero de la conciencia.

19. De todo esto se sigue esta CONCLUSIÓN: *Que ni el pecado de infidelidad ni otros pecados mortales impiden que los bárbaros sean verdaderos dueños o señores, tanto pública como privadamente, y no pueden los cristianos ocuparles sus bienes por este título, como amplia y elegantemente enseña Cayetano en sus comentarios sobre la Secunda secundae q.66 a.8.*

Pero aún queda la duda de si no son dueños porque son idiotas o amentes.

20. Acerca de esto hay primero que resolver *si para que uno sea capaz de dominio se requiere el uso de razón.*

Conrado, en el libro primero, establece la conclusión de que el dominio conviene a la criatura irracional tanto a la sensitiva como a la insensitiva. Y lo prueba, porque el dominio no es más que el derecho de usar una cosa para el propio uso. Pero los brutos tienen derecho a usar de las hierbas y de las plantas, según se dice en el Génesis: *He aquí que os he dado toda hierba que da simiente que está sobre el haz de la tierra; y todo árbol en que hay simiente de su clase para que os sean comida a vosotros y a todos los animales de la tierra.* Además los astros tienen derecho de iluminar, porque allí mismo se lee: *Los colocó en el firmamento del cielo para que alumbraran y presidieran durante el día y durante la noche.* Y el león tiene dominio sobre todos los animales que andan, por lo que se le llama el rey de los animales. Y el águila es la señora de las aves, de donde el salmo 103: *La casa del águila es su guía.* La misma sentencia es de Silvestre en la palabra *Dominium*, al principio, donde dice que los elementos se dominan mutuamente.

Pero contesto a esto mediante las siguientes proposiciones:

Primera. *Las criaturas irracionales no pueden tener dominio.* Está claro, pues dominio es derecho, como confiesa Conrado; pero las criaturas irracionales no pueden tener derecho y, en consecuencia, tampoco dominio. Se prueba la menor: porque no pueden padecer injuria; luego no tienen derecho. Se prueba esto último: porque quien impidiera al lobo o al león la presa, o al buey el pasto, no les hace ninguna injuria, ni se la hace al sol quien cierre la ventana para que no entre su luz.

Y se corrobora. Porque si los brutos tienen dominio, hurto cometería quien al ciervo quitara la hierba, puesto que tomaría lo ajeno contra la voluntad de su dueño. Además, las fieras no tienen dominio de sí mismas, luego mucho menos de las otras cosas. Se prueba. Porque es lícito matarlas aun por diversión; por lo que el Filósofo dice que la caza de las fieras es justa y natural.

Además, las fieras y todos los irracionales están bajo la potestad del hombre mucho más que los siervos; luego si los siervos nada pueden tener como suyo, mucho menos los irracionales.

Y se confirma la proposición con la autoridad de Santo Tomás en la *Prima secundae*, q.1 a. 1 y 2 y q.6 a.2, y 1.3. *Contra gentes* c.110, donde dice que sola la criatura racional es dueña de sus acciones. Porque, como él mismo enseña en la Primera Parte, q.82 a.1 ad 3, “uno es dueño de sus acciones cuando puede elegir esto o lo otro”. Por ende, ni nosotros somos dueños, como él mismo dice en el mismo lugar, del apetito del último fin. Luego si los brutos no son dueños de sus actos, tampoco de las demás cosas.

Y aunque parezca sólo cuestión de nombre, es ciertamente locución muy impropia y ajena al modo común de hablar el atribuir dominio a los animales, pues no decimos que alguno sea dueño sino de aquello de que puede disponer. En efecto, así hablamos: *No está en mis facultades, no está en mi potestad, cuando no soy dueño de lo que se trata*. Y como los brutos no se gobiernan a sí mismos, sino que son movidos, como nota Santo Tomás en el lugar citado de la *Prima secundae*, no tienen, en consecuencia, dominio.

Y no vale lo que dice Silvestre, que a veces *dominio* no significa derecho, sino simple *poder*, y así el fuego tiene dominio sobre el agua. Si para el dominio bastara esto, el facineroso tendría dominio para matar hombres, y el ladrón para robar el dinero, pues para ello tienen poder.

En cuanto a atribuir dominio a los astros o decir que el león es rey, se trata sólo de expresiones metafóricas y por traslación.

21. Pero cabe la duda de *si el niño puede tener dominio antes del uso de razón*. Porque parece que en nada se diferencia de los irracionales. Y por aquello del Apóstol a los Gálatas: *En tanto que el heredero es niño no difiere del siervo*. Pero el siervo no tiene dominio; luego, etc.

Véase acerca de esto la Segunda proposición: *Los niños, antes del uso de razón, pueden ser dueños*.

Ello es patente, porque pueden padecer injuria; luego tienen derecho a las cosas, y, en consecuencia, dominio, que no es otra cosa que este derecho. Además, los bienes de los pupilos tienen dueño y, sin embargo, éste no es el tutor; luego lo es el mismo pupilo. Además, los niños son herederos. Pero los herederos son los que suceden en el derecho del difunto, y los que son dueños de la herencia, como se enseña en la ley *Cum haeres*, de las *Pandectas*, y en las *Instituciones*. Además, dijimos que el fundamento del dominio es ser imagen de Dios, y esa imagen también se halla en los niños. Y también hace al caso lo que el Apóstol dice en el lugar citado: *En tanto que el heredero es niño no difiere del siervo, aunque es señor de todo*. Y, en fin, no es lo mismo que la criatura irracional; porque no es el niño para utilidad de otro, como lo son los brutos, sino un ser de personalidad propia e inalienable.

22. Mas *¿qué decir de los dementes?* Me refiero a los nacidos perpetuos, que ni tienen ni hay esperanza de que tengan el uso de la razón. Esta-

blezcamos sobre ello la Tercera proposición: *Parece que también pueden ser dueños los amentes*, puesto que pueden padecer injuria; luego tienen derechos. Acerca de si pueden o no tener dominio civil, me remito a los jurisconsultos.

23. Sea de esto lo que quiera, formulamos la Cuarta proposición: *Tampoco la demencia impide a los bárbaros ser verdaderos dueños*.

Se prueba. Porque en realidad no son dementes, sino que a su modo ejercen el uso de la razón. Ello es manifiesto, porque tienen establecidas sus cosas con cierto orden. Tienen, en efecto, ciudades, que requieren orden, y tienen instituídos matrimonios, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual requiere el uso de razón. Además, tienen también una especie de religión, y no yerran tampoco en las cosas que para los demás son evidentes, lo que es un indicio de uso de razón. Por otra parte, ni Dios ni la naturaleza faltan a la mayor parte de la especie en las cosas necesarias; pero lo principal del hombre es la razón, y sería inútil la potencia que no se reduce a acto. Asimismo, que estarían tantos miles de años, sin culpa suya, fuera del estado de salvación, puesto que nacen en pecado y no han tenido bautismo, ni tendrían uso de razón para indagar lo necesario para la salvación. Por lo que creo que el que nos parezcan tan idiotas y romos proviene en su mayor parte de la mala y bárbara educación, pues tampoco entre nosotros escasean rústicos poco desemejants de los animales.

Queda, pues, firme de todo lo dicho, que los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, de igual modo que los cristianos, y que tampoco por este título pudieron ser despojados de sus posesiones como si no fueran verdaderos dueños, tanto sus príncipes como las personas particulares. Y grave cosa sería negarles a éstos, que nunca nos hicieron la más leve injuria, lo que no negamos a los sarracenos y judíos, perpetuos enemigos de la religión cristiana, a quienes concedemos el tener verdadero dominio de sus cosas si, por otra parte, no han ocupado tierras de cristianos.

Falta responder a los argumentos contrarios, donde se oponía que estos bárbaros son siervos por naturaleza, por poco capaces de gobernar aun a sí mismos, a ello se contesta que no es, ciertamente, la mente de Aristóteles que los que tengan poco ingenio sean por naturaleza siervos y no tengan dominio ni de sí ni de sus cosas. Esta es la servidumbre civil y legítima que no hace a nadie siervo por naturaleza. Ni tampoco quiere decir el Filósofo que sea lícito ocupar sus propiedades, reducir a esclavitud y llevar al mercado a los que Natura hizo bastante cortos y faltos de ingenio. Lo que quiere enseñar es que hay en ellos una necesidad natural de ser regidos y gobernados por otros, siéndoles muy provechoso el estar a otros sometidos, como los hijos necesitan estar sometidos a los padres y la mujer al marido. Y que ésta sea la intención del Filósofo es claro; porque del mismo modo dice

que hay algunos que por naturaleza son señores, a saber, los que abundan en capacidad intelectual. Ciertamente es, sin embargo, que no entiende aquí que estos tales pueda, a título de más sabios, abrogarse el mando de los otros, sino que han recibido de la naturaleza facultades para mandar y gobernar. Y así, aun supuesto que estos bárbaros sean tan ineptos y romos como se dice, no por eso debe negárseles el tener verdadero dominio, ni tenérseles en el número de los ciervos civiles. Verdad es, no obstante, que de esta razón y título puede nacer algún derecho para someterlos, como se dirá después.

24. Nos queda, pues, esta conclusión cierta: *Que antes de la llegada de los españoles, eran ellos verdaderos señores, pública y privadamente.*<sup>5</sup>

Por lo que se refiere al derecho privado, en la época, a pesar del efecto legitimizador de la posesión de año y día, que por influencia germana puede encontrarse en diversas fuentes hispanas, el concepto de propiedad y el de posesión eran claramente diferentes, a pesar de lo cual, el genial dominicano sostiene que, en virtud de estar en posesión pública y pacífica de sus cosas, eran los indios verdaderos dueños. Esa identificación pasa al derecho vigente, de lo cual hay pruebas suficientes.<sup>6</sup> La idea con el tiempo se convirtió en norma de derecho internacional público, conforme a la cual la posesión del conquistado vale ante el conquistador como propiedad en el caso de ocupación.<sup>7</sup>

Es interesante traer a la memoria que el desdibujamiento de la diferencia entre propiedad y posesión es, precisamente, una de las características del derecho romano vulgar.

En cuanto al derecho público, no deja de llamar la atención la coincidencia de la solución propuesta por Vitoria y la sostenida por la doctrina contemporánea sobre el problema que plantea la validez de los actos realizados por los funcionarios *de facto*.

5 Se sigue la traducción de Urdanoz, cit. nota 3, que es la misma que se reproduce en la Ed. de la colección "Sepan cuantos...", cit. nota 2.

6 Véase Esquivel Obregón, T., *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984, t. I, pp. 662-692. Aunque difiere de la idea del autor en el sentido de que los indios carecían de dominio, y que éste fue introducido por los españoles (pp. 666-670), el autor hace notar que se reconoció como propietarios a los indios "[...] reconociendo como propiedad cualquiera apariencia de dominio [...]" y aunque no pudieran establecerse límites fijos" (p. 666), y señala varios casos concretos en que se aplicó tal concepto.

7 Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1976, p. 266, trad. de la 5a. ed. alemana refundida y aumentada con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, por Antonio Truyol y Serra puesta al día con la colaboración de Manuel Medina Ortega; Camilo Barcia Trelles, *Francisco de Vitoria, fundador del derecho internacional moderno*, España, Universidad de Valladolid, Publicaciones de la Sección de Estudios Americanistas, serie quinta, núm. III, 1928, pp. 54-61. Schwarzenberger, Georg, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, *The Law of Armed Conflict*, London, Stevens & Sons Limited, 1958, pp. 243 y ss.

## B. Simplificación de formalidades

La tendencia a identificar la propiedad y la posesión arriba señalada es la que permite al indígena acreditar su propiedad sin necesidad de producir título legítimo, bastándole, en muchos casos, su propio dicho para que deba tenerse por propietario.

Lo anterior es, sin duda, una simplificación de la prueba, y puede considerársele, en sí mismo, como un fenómeno de vulgarización de formalidades. No es necesario destacar la diferencia entre el dicho de quien alega ser titular y la complejidad de producir un título legítimo de la propiedad de un fundo.

Pero el fenómeno de simplificación no se da tan sólo en materia de prueba en protección del indígena, lo cual es una derivación del principio *favor indis* a que más adelante se hará referencia, sino también en aspectos más generales, de muy diversa materia, como, para citar un par de ejemplos, con respecto a las autorizaciones y dispensas para contraer matrimonio, lo cual ha hecho notar, entre otros, Ots y Capdequí, quien apunta que:

...Los indios, por estar equiparados jurídicamente a los españoles, habían de cumplir con los preceptos establecidos para la obtención de la licencia paterna al celebrar sus matrimonios; pero los *tributarios* podían suplir este requisito con la licencia de sus curas y doctrieneros, si sus padres no fueran conocidos o vivieran en lugares alejados...<sup>8</sup>

## C. El principio *favor indis*

Por analogía al propuesto por Biondo Biondi, en relación con el derecho romano cristiano —el principio *favor debitoris*— podría hablarse en el derecho indiano de un principio de *favor indis*, cuyo nacimiento se remonta, cuando menos, a las instrucciones dadas a Colón en Barcelona, y, del cual van a ir derivando una serie de medidas protectoras a favor del indio, que en más de una ocasión consistirían en establecer figuras simplificadas para que el indígena hiciera valer sus derechos —como en el caso ya mencionado en materia de propiedad— o llevara a cabo sus demás actividades de índole jurídica.

8 Ots y Capdequí, José Ma., *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1968, p. 220.

De hecho, el principio parece ser una creación jurídica derivada de la recomendación de la cláusula del testamento de Isabel la Católica a su esposo y sus hijos de “[...] que no consientan, ni den lugar, a que los indios [...] de las dichas yndias y tierra firme ganadas y por ganar reciban agravio alguno en sus personas y bienes, más manden que sean bien y justamente tratados: y si algún agravio han recibido lo remedien y provean [...]”<sup>9</sup>

Ya en el *Cedulario* de Vasco de Puga, el autor recoge multitud de cédulas que no son sino la cristalización jurídica de ese deseo de protección a los indios.<sup>10</sup>

Por otra parte, es posible que la transformación de esa recomendación en un principio jurídico inspirador del derecho indiano se haya debido, al menos en cierta medida, al mismo Francisco de Vitoria<sup>11</sup> pues como dice Roberto A. Esteva Ruiz: “Francisco de Vitoria no ha sido solamente un abogado teorizante, un expositor de cátedra, porque tuvo participación e influencia, muy directas, en la política del gobierno español, para moderarla y convertirla en protectora, con relación a los indios americanos.”<sup>12</sup>

Es cierto que el principio mencionado nace en el derecho público, e incluso que muchas de sus aplicaciones —acaso las más importantes— se dan en una rama de tal derecho: el procesal. Pero no debe olvidarse las simplificaciones en el ámbito de lo procesal, en más de una ocasión llevan a una simplificación en el ámbito del derecho sustantivo, como se ve claramente en la arriba comentada identificación entre propiedad y posesión.

Además, muchas de las consecuencias del que hemos llamado principio de *favor indis* se dan en el derecho privado, como lo es el conjunto de normas relativas a la capacidad para contratar y las condiciones de contratación de los contratos de prestación de servicios, en aquella época en la cual no se vislumbraba siquiera la posibilidad de que algún día existiera un derecho laboral susceptible de ser encuadrado en un ámbito distinto al derecho privado. También pueden encontrarse disposiciones especiales, reflejo de este principio, por lo que se refiere a testamentos.

9 Cit. por Muro Orejón, Antonio, “Régimen legal de los indios de la Nueva España según el Cedulario del doctor Vasco de Puga (1563)”, *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1976, p. 495.

10 Véase los diversos ejemplos que da Muro Orejón, Antonio, *op. cit.*, nota 9, pp. 493-520.

11 Véase Ledesma Uribe, José de Jesús, “Consideraciones acerca de Francisco de Vitoria filósofo inspirador del derecho indiano”, *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1976, pp. 214-218.

12 Esteva Ruiz, Roberto A., “símbolo de una época, fundador de otra nueva (1480-1546)”, *Ensayos Jurídicos*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1960, p. 144.

Otro ejemplo de interés nos lo da la ley XXV del título XXIV del libro II de la Recopilación de Indias, la cual ordena a los abogados no dilatar los pleitos y abreviarlos cuanto fuere posible “[...] especialmente los de indios [...]”

A quienes deben cobrar moderadamente y ser verdaderos protectores de sus personas y bienes.

## 2. La vulgarización externa

Ese fenómeno de vulgarización externa se manifiesta fundamentalmente en la inobservancia del orden de prelación de las leyes y recopilaciones vigentes, el uso indirecto de fuentes y la aparición de las sipnosis, y termina por reflejarse en la doctrina jurídica misma.

### A. Inobservancia del orden de prelación

Es un lugar común señalar que en el Nuevo Mundo las Partidas adquirieron un prestigio aún mayor que en la península, como ha hecho notar, entre otros, Jorge Basadre,<sup>13</sup> llegando a ser invocada en los tribunales con enorme frecuencia.

Lo anterior, si bien pone en alto el merecimiento de la obra alfonsina, no deja de implicar la inobservancia del orden de prelación de las leyes en vigor y, en cierta medida, una simplificación, al acudir directamente a las Partidas, en lugar de orientarse por el laberíntico camino que implicaba el derecho de la época,<sup>14</sup> a pesar del orden de prelación<sup>15</sup> y a pesar de la oposición que encontraron en España para ser aplicadas, misma que se debía en gran parte a que el pueblo se resistía a dejar sus fueros para ser regidos por un código que, en cierta forma, se les estaba imponiendo.<sup>16</sup>

En efecto, debe tenerse presente que el derecho castellano de la época es un derecho sumamente complejo, por el estado de dispersión normati-

13 *Cit.* por González Domínguez, Ma. del Refugio, *Consideraciones en torno a la aplicación del derecho civil en México de la Independencia al II Imperio*, tesis presentada a la Facultad de Derecho de la UNAM para optar al título de licenciado en Derecho, México, 1973, pp. 8 y 9.

14 Sobre el tema de la multiplicidad de fuentes escritas del derecho indiano, sus diferencias y clasificación, continúa insuperado el estudio de García Gallo, Alfonso, “La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 169-285.

15 González Domínguez, Ma. del Refugio, *op. cit.*, nota 13, estudia detenidamente las enormes diferencias de opinión de la doctrina sobre el orden de prelación (pp. 45-61).

16 *Idem*, p. 26.

va en que se encuentra. Esta dispersión, a más de dificultar su estudio y consulta, hacía necesario establecer un orden de prelación, mismo que, como es bien sabido, se estableció en diversas ocasiones, pero dando siempre a las Partidas un papel meramente supletorio.

Ese orden de prelación debía, obviamente, ser observado en el Nuevo Mundo pero, como es bien conocido, parece que el mismo fue en la práctica alterado. La enorme discrepancia de opiniones sobre tal orden de prelación que acusan los autores, parece indicio bastante de la falta de observancia e, incluso, de la falta de consulta directa de las fuentes.

La falta de observancia del orden de prelación se deja ver en mayor grado a través de las obras doctrinales, pero existe también en compilaciones sancionadas y en la aplicación diaria del derecho.<sup>17</sup>

Ante la complejidad del derecho castellano vigente, disperso en multitud de ordenamientos de la más diversa índole, resulta explicable que se acudiera a las Partidas, pues éstas no sólo eran la fuente mejor sistematizada, sino además, lo que es muy importante, era la fuente que cubría un mayor número de materias.

Con lo anterior se evitaba tener que orientarse en el complejo mundo de aquella enorme cantidad de leyes, no siempre ordenadas, con frecuencia de difícil conciliación e incluso de difícil consulta por su escasez. Pero, sin duda, el acudir directamente a las Partidas acusa claramente un intento de simplificación en el manejo de las fuentes.

### B. *Uso indirecto de fuentes*

Un paso más se da en ese proceso de simplificación, cuando en lugar de acudirse a las fuentes directas, se acude a ellas indirectamente, a través de manuales, notas y sipnosis.

De tal uso indirecto es indicio, como arriba señalamos, la divergencia entre los autores con respecto al orden de prelación, pero es de mucho mayor importancia el que figuras como Prudencio Antonio de Palacios hagan referencia constante a las fuentes en forma indirecta, como lo ha encontrado en sus investigaciones Beatriz Bernal con respecto a los derechos romano y canónico.<sup>18</sup>

17 Por ejemplo, como se verá más adelante, hay pruebas claras de la aplicación del "derecho" a través de la invocación del *Sumario* de Rodrigo de Aguilar.

18 Palacios, Prudencio Antonio de, *Notas a la Recopilación de las Leyes de Indias*, estudio, edición e índices por Beatriz Bernal de Bugada, México, UNAM, 1979, p. 21.

En tal tipo de obras suele ser difícil la identificación de esas fuentes indirectas, y por lo mismo la comprobación de su veracidad, pues con frecuencia se remite simplemente a “la glosa y doctrina”, como es el caso del giro usado por Palacios, en lugar de acudir a las fuentes directas.

Así por ejemplo, Palacios cita siempre indirectamente el derecho romano, fenómeno común en España en que tal disciplina se estudia tan sólo como un conjunto de “sentencias de sabios”, pero parece que en Indias ese uso indirecto adquiere mayor generalidad y se da con respecto a fuentes de mayor relevancia, por su superior jerarquía conforme a los órdenes de prelación.

### C. Aparición de las sinopsis, notas y comentarios

La aparición de las sinopsis es propiciada por las mismas autoridades, lo cual resulta comprensible, ya que parecía preferible elaborar éstas que continuar en una situación en que la multiplicidad de fuentes y su escasez dificultaban mucho la determinación del derecho vigente y, por otra parte, la esperada recopilación del derecho indiano continuaba dilatándose.

Así, en 1628 se publica en Madrid el primer volumen de los *Sumarios de la Recopilación General de las Leyes, Ordenanzas, Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas Acordadas que por los Reyes Católicos de Castilla se han promulgado, expedido y despachado para las Indias Occidentales, Islas y Tierra Firme del Mar Océano, desde el año de mil y quatrocientos y noventa y dos, que se descubrieron, hasta el presente de mil y seiscientos y veinte y ocho*, cuya elaboración se había emprendido a iniciativa del propio Consejo de Indias.<sup>19</sup> La obra, publicada por el licenciado Rodrigo de Aguilar y Acuña, a la sazón consejero de Indias, parece deberse en realidad al mismo Antonio de León Pinelo,<sup>20</sup> y existen pruebas claras de su uso por el Consejo Real de las Indias<sup>21</sup> y otras autoridades.<sup>22</sup>

Para el siglo XVIII la profusión de obras prácticas que tienden a facilitar la interpretación y aplicación del derecho es tal, que Beatriz Bernal afirma que: “[...] el ambiente jurídico de la primera mitad del siglo XVIII

19 Véase Manzano Manzano, Juan, “Estudio preliminar”, *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1973, p. 15.

20 *Idem*, pp. 24-26.

21 *Idem*, p. 26; Sánchez Bella, Ismael, “Publicación de los Sumarios de Aguilar (1628) y su utilización en España e Indias”, *Justicia, Sociedad y Economía en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid, Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1983.

22 Véase Manzano Manzano, Juan, *op. cit.*, nota 19, pp. 27 y 28.

nos refleja en la Nueva España, una situación de estancamiento y vulgarización, que se traduce en una multiplicidad de juristas carentes de creatividad y una profusión de obras prácticas de escaso valor doctrinal.<sup>23</sup>

De la difusión y arraigo de tal tipo de obras puede juzgarse si se toma en cuenta un dato de gran importancia para el tema que nos ocupa, es el encontrado por la profesora María del Refugio Conzález Domínguez: se trata de una suscripción pública a una edición compendiada de las Partidas, aparecida en un folleto fechado en México en 1835.<sup>24</sup>

El dato es de mayor relevancia aún, si se toma en consideración que la suscripción lo era para una *nueva* edición de una obra previamente publicada en España y ahora corregida y aumentada por un abogado mexicano.<sup>25</sup>

#### D. La vulgarización externa y la doctrina jurídica

En cuanto a la doctrina jurídica, es interesante reflexionar sobre los datos siguientes:

a) El ya mencionado folleto anunciando el *compendio de las Leyes de las Siete Partidas, colocadas en el orden más natural, con sus revisiones a las leyes posteriormente recopiladas que confirman, corrigen o declaran aquellas*, por el licenciado D. Vicente Vizcaíno Pérez, abogado de los reales consejos y del ilustre Colegio de Madrid. Primera edición corregida y aumentada con las referencias respectivas a las Leyes de la Novísima Recopilación, por el L.D.J.A.E., abogado de los tribunales de la república y del ilustre y nacional Colegio de México, México, Imprenta de Santiago Pérez, 1835, 12 p.<sup>26</sup>

b) Cuando Vicente González Castro elabora su proyecto de Código Civil<sup>27</sup> en la primera mitad del siglo XIX, no pretende introducir innovación alguna al derecho vigente, sino tan sólo sistematizar éste conforme a los principios del Código Napoleón. Por lo mismo, en su obra indica constantemente la fuente de la que toma cada disposición.

23 Palacios, Prudencio Antonio de, *op. cit.*, nota 18, p. 15.

24 González Domínguez, Ma. del Refugio, *Consideraciones en torno a la aplicación del derecho civil en México de la Independencia al II Imperio*, tesis presentada a la Facultad de Derecho de la UNAM para optar al título de licenciado en derecho, México, 1973, p. 26.

25 *Idem*, nota 39.

26 *Ibidem*.

27 González Castro, Vicente, *Redacción del Código Civil de México, que se contiene en las Leyes Españolas, y demás vigentes en nuestra República. Escrita bajo orden y método que proporcione claridad y brevedad, a fin de hacer inteligible el Derecho a todas las clases del pueblo mexicano*, Guadalajara, Impreso por Mariano Meléndez y Muñoz, 1839.

Pues bien, un análisis de la obra de González Castro lleva claramente a la conclusión de que las referencias, y, por ende, las fuentes, son principalmente las Partidas y secundariamente algunas obras, como la Curia Filípica.

c) La preponderancia de las Partidas es aún más notoria en las famosas *Pandectas* de Rodríguez de San Miguel, cuya nueva edición, la de 1852,<sup>28</sup> es prácticamente una resistemización de las Partidas, con algunas modificaciones derivadas de las disposiciones de la nueva nación.

De los cuidadosos índices del autor, claramente resulta que las fuentes principales de su obra son, según su importancia en la obra: a) las Partidas; b) la Novísima Recopilación; c) la Recopilación de las Leyes de Indias, d) las Leyes de Toro, y e) la Compilación de Montemayor y Beleña, a más de un sinnúmero de cédulas, órdenes, circulares, etcétera.

La preponderancia de las Partidas se anuncia ya desde el “Discurso preliminar”, en el cual el autor incluye una verdadera apología de ellas y en el que el autor, explicando su método, claramente indica que: “Tomando como base las Partidas y la Recopilación Novísima [...], me propuse distribuir a los lugares que creo oportunos de esos códigos la legislación posterior dispersa [...]”<sup>29</sup>

Y más adelante señala en cuanto a su obra: “[...] siempre resultará en ella la legislación, en solo tres volúmenes, menos confusa que la que está hoy en quince, sin contar lo no recopilado [...]”<sup>30</sup>

Haciendo referencia a los quince volúmenes formados por los cuatro de las Partidas, cuatro de la Novísima Recopilación, cuatro de la Recopilación de Indias, dos de Montemayor y Beleña y uno “[...] que contiene los Decretos útiles de las cortes de España, a merced de los trabajos benéficos de un particular, pues los auténticos o de autoridad pública son siete tomos”.<sup>31</sup>

Con lo anterior el autor niega, implícitamente al menos, el carácter de legislación vigente a los demás ordenamientos peninsulares, entre ellos a las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá y el Fuero Real.

28 Rodríguez de San Miguel, Juan N. *Pandectas Hispano-Megicanas ó sea Código General comprensivo de las Leyes Generales. Útiles y Vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias. Autos y Providencias conocidas por de Montemayor y Beleña y Cédulas posteriores hasta el año de 1820. Con exclusión de las totalmente repetidas, y de las expresamente derogadas*, nueva edición, Méjico, Librería de J. F. Rosa, 1852. Recientemente se publicó una “edición facsimilar” (aunque en formato menor al de la original), con una introducción de María del Refugio González (México, UNAM, 1980).

29 *Idem*, t. I, pp. XIV y XV.

30 *Idem*, p. XVI.

31 *Idem*, nota 1 al pie de página.

d) También en las doctrinas del guatemalteco José María Álvarez, reproducidas por Rodríguez de San Miguel en sus *Pandectas*, las remisiones del autor lo son preponderantemente a las Partidas, salvo algunas, poco frecuentes, a la “recopilación de Castilla”.

e) En 1868 se publica en México la traducción al español de las *explicaciones* de Ever Bronchorst al título del Digesto de diversas reglas de derecho antiguo, elaboradas por el licenciado Pedro Ruano.<sup>32</sup>

El traductor claramente dice en su prólogo que la obra va concordada y que

..En cuanto a las concordancias, hemos procurado hacer las con todas las leyes... y cuando no hemos encontrado ley terminante para la concordancia, hemos recurrido a los autores de más nota, prefiriendo siempre a los regnícolas, en razón de que, estando instruidos en nuestro Derecho, sus opiniones, y su testimonio respecto a nuestras prácticas, tienen en el foro un valor y una respetabilidad que no siempre pueden alcanzar los autores extranjeros. Inútil es decir que cuando hemos encontrado alguna ley romana que no esté en consonancia con lo dispuesto por nuestro Derecho, hemos marcado la diferencia en la nota respectiva.<sup>33</sup>

Pues bien, si se revisan tales concordancias, se encontrará que las mismas son, en la inmensa mayoría de los casos, a las Partidas, y solamente en muy pocos a otras fuentes, entre las cuales se limita a hacer referencia, en unas cuantas ocasiones, al Fuero Real, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y al Ordenamiento de Alcalá. Hace referencias al derecho mexicano posterior a la Independencia, especialmente a la Constitución, pero tanto éstas como aquéllas son francamente minoritarias en comparación con las constantes referencias a las Partidas y a la glosa de Gregorio López. Más abundantes que a ordenamientos distintos de las Partidas y a la glosa de Gregorio López, son las referencias a los autores, entre los cuales cita a Hermosillo, Cevallos, Parladorio, Antonio Gómez, Cuyacio, Covarrubias, Molina, Guzmán, Spino, Menochio, Olea, Acevedo, Vinnio, Merlin, Paz, Ayllon, Salgado, Gutiérrez, Castillo, Nigr, Cyrie, Pareja, Solórzano, Gothofredo, Carleval, Conde de la Cañada, Parraris, Matheu, Sánchez, Bobadilla, a más de la *Curia Filípica* y *el Febrero Mexicano*.

32 *Explicaciones del Jurisconsulto Ever Bronchorst al título del digesto de diversas reglas del derecho antiguo. Traducidas al castellano y concordadas con las disposiciones de nuestro derecho patrio por el licenciado Pedro Ruano*, México, Imprenta de Lara, 1868.

33 *Idem*, p. 4.

Evidentemente, y al igual que sucede en la península, muchas de las referencias a las Partidas lo son a la glosa de Gregorio López.

¿Por qué esa preponderancia de las Partidas y de la glosa de Gregorio López? ¿Por qué la falta de referencia a otras fuentes que, según el orden de prelación, son jerárquicamente superiores? ¿Por qué las constantes referencias a los autores, en lugar de a las fuentes directas?

Desde luego, la dificultad de consulta, derivada de la escasez de las obras, es un factor importante. Pero la consecuencia apuntada no pierde importancia por lo pragmática de la función de la obra.

f) Por su parte, Francisco de Paula Ruanoba, en sus *Lecciones de derecho civil*, de 1871, dice que:

Entre las diversas obras que tuve a la vista para adoptar la que me había de servir de guía en las presentes lecciones, ninguna encontré más a propósito que la del Febrero de Goyena, obra que por la solidez de sus doctrinas, claridad, precisión y buen orden de ellas, ha recibido una aceptación general no sólo en el Foro Mexicano, sino en todo el Español, así es que estas lecciones no son otra cosa, que un compendio de aquella obra en la parte civil, con las modificaciones que algunas de sus doctrinas han recibido por nuestra legislación.<sup>34</sup>

A pesar de la aparente erudición del autor, quien incluye noticia sobre los ordenamientos aplicables y se refiere al orden de prelación,<sup>35</sup> sus referencias a las Partidas son abundantísimas y mayoritarias.

g) Ya en ocasión anterior, la profesora González Domínguez hacía notar la preponderancia de las Partidas en el *Sala*, el *Febrero* y otras obras de la época, así como en la práctica de los tribunales.<sup>36</sup>

Es cierto que las obras a que nos hemos referido datan de una época que, estrictamente, no pertenece ya al periodo novohispano, pero no debe olvidarse que a esas fechas aún no se llegaba a establecer un derecho nacional —salvo en materia constitucional y algunas cuestiones concretas— y se mantenía en vigor el derecho del periodo virreinal, por lo que se da claramente un fenómeno de sobrevivencia del derecho indiano.

Debe además tomarse en consideración que la práctica jurídica requiere de cierto tiempo para llegar a las obras doctrinales, especialmente

34 Paula Ruanoba, Francisco de, *Lecciones de derecho civil. Formadas de las doctrinas de varios autores, y anotado con el texto de todas las leyes respectivas*, Puebla, 1871, t. I, p. XI.

35 *Idem*, t. I, p. 23.

36 González Domínguez, Ma. del Refugio, *op. cit.*, nota 24, pp. 26 y 27.

cuando éstas son de un nivel erudito, categoría en la cual quedarían incluidas la totalidad de las mencionadas, pues siempre el jurista se resiste a incorporar en sus obras prácticas que no están de acuerdo con el derecho formalmente vigente o con su formación académica.

### 3. *Posible interpretación de conjunto*

Los datos anteriores, a pesar de su escasez y la copiosa investigación que requiere la verificación de la hipótesis propuesta, parece suficiente para proponer como hipótesis de investigación del derecho indiano el que éste fuera un derecho castellano vulgar, caracterizado por los siguientes rasgos:

a) La difuminación de las figuras afines o relacionadas.

b) La simplificación de las formalidades.

c) El principio *favor indis*.

d) El uso de las Partidas, en desconocimiento del orden de prelación, como una medida de simplificación de la enorme complejidad del derecho existente.

e) El uso indirecto de las Partidas —primero a través de la glosa de Gregorio López y después a través de obras doctrinales y sinopsis— y de las demás fuentes jurídicas.

Lo anterior justificaría hablar de un derecho indiano no como una mera subrama del peninsular, sino de un derecho propio y peculiar del mundo hispano-americano, con características propias derivadas del proceso de adaptación que sufre el derecho castellano en el Nuevo Mundo.

## III. EL DERECHO MONETARIO NOVOHISPANO COMO UN DERECHO VULGAR

Ya en ocasión anterior uno de los autores propuso como una posible hipótesis de interpretación histórica del derecho privado indiano, el que se estuviera frente a un fenómeno de vulgarización del derecho castellano, entendido el concepto de derecho vulgar en términos análogos al construido por los historiadores del derecho romano,<sup>37</sup> aunque ya desde

37 Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Derecho español en América, derecho castellano vulgar y derecho indiano (una posible interpretación histórica)", *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1976, pp. 785-794.