

II.3. HISTORIA DEL DERECHO

«HISTORIA DEL DERECHO EN AMÉRICA HISPANA» (UNA REFLEXIÓN HECHA EN Y DESDE LAS TIERRAS DEL NUEVO MUNDO)

Por el Dr. JULIO GERARDO MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Profesor Titular de Historia del Derecho Español
Universidad de Extremadura (España)

Resumen

Se ha dicho y escrito que los conquistadores españoles en poco tiempo dominaron un tan extenso Nuevo Continente, debido a que su población indígena era escasa y culturalmente muy atrasada, lo cual no es cierto, pues nuestros Cronistas de Indias y entre ellos Hernán Cortés en sus «*Cartas*» al emperador Carlos V, nos da la noticia de que en el México azteca existían Audiencias y Tribunales de Justicia; y de igual modo sucedía en el Perú incaico, según nos transmite Francisco López de Gómara en su «*Hispania Victrix*». No obstante ello, tras la Conquista hispana en aquellos territorios se proyectó el Derecho castellano, y mediante él también se dio en ellos la Recepción del Derecho Común Romano-Canónico, dando en concreto origen al Derecho Indiano, para venir todo ello a culminar, ya en el Constitucionalismo y la Codificación de los inicios del siglo XIX, con una Constitución Común a todos los hispanos, la de las Cortes de Cádiz del 19 de marzo de 1812, que en el artículo 1 del Capítulo I de su Título I, nos dice: «*La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos periferios*». Lo que sin duda en aquellos entonces fue un tren común lamentablemente perdido de tomar a punto, sin embargo, en hoy día, quizás sea nuestro mejor punto de encuentro.

Abstract

A traditional view about Spanish conquistadors is that they dominated a large territory in America in such a short time due to the small number of natives and their lower cultural status. This claim is not true, since our chroniclers (among them, Hernando Cortez) writes the emperor about the existence in Aztec Mexico of court hearings and juries. The same could be said about Inca Peru, according to Francisco López de Gómara in *Hispania Vitrix*. In spite of this cultural status, with the conquest came the overruling of the native systems by Castilian Law, through which Roman and Canon Law came into being in America, thus giving origin to Indian Law and culminating with 19th century's constitutionalism and coding, the Courts of Cádiz on 19 March 1812. This code's article 1 states that «the Spanish nation is the meeting of all Spaniards in both hemispheres». This thinking was probably then a common core pitifully lost, but today perhaps an optimal meeting point.

I. Se me ha pedido que diserte sobre la Historia del Derecho en América Hispana. Y es en este momento, en el que de inicio me decido a ponerles ante su consideración algunas muestras, de lo que ya era noticia acerca del derecho, que existía en este Continente antes incluso de la llegada de Don Cristóbal Colón. Y en tal sentido es Hernán Cortés en sus *«Cartas de la conquista de México»*, dirigidas, la primera a la Reina Doña Juana I y al emperador Carlos, su hijo, el 10 de julio de 1519, y la segunda sólo al emperador Carlos el 30 de octubre del 1520 desde la villa de Segura de la Frontera de Nueva España, el que nos la hace llegar, cuando al emperador le describe el ambiente y vida de algunas de las populosas ciudades de este Nuevo Mundo, de este modo: *«La ciudad es tan grande y de tanta admiración, que aunque mucho de lo que della podría decir deje, lo poco que diré creo es casi increíble, porque es mucho mayor que Granada y muy fuerte, y de tan buenos edificios y de muy mucha más gente que Granada tenía al tiempo que se ganó, y muy mejor abastecida de las cosas de la tierra, que es de pan y de aves y caza y pescado de los ríos, y de otras legumbres y cosas que ellos comen muy buenas. Hay en esta ciudad un mercado en que cuotidianamente, todos los días, hay en él de treinta mil almas arriba vendiendo y comprando, sin otros muchos mercadillos que hay por la ciudad en parte. En este mercado hay todas cuantas cosas, así de mantenimiento como de vestido y calzado, que ellos tratan y pueden haber. Hay joyerías de oro y plata y piedras, y de otras joyas de plumaje, tan bien concertado como puede ser en todas las plazas y mercados del mundo. Hay mucha loza de todas maneras y muy buena, y de tal como la mejor de España. Venden mucha leña y carbón y yerbas de comer y medicinales. Hay casas donde lavan las cabezas como barberos y las rapan; hay baños. Finalmente, que entre ellos hay de toda manera de buen orden y policía, y es gente de toda razón y concierto; y tal, que lo mejor de África no se le iguala en esta provincia de muchos valles llanos y hermosos, y todos labrados y sembrados, sin haber cosa en ella vacua; tiene en torno la provincia noventa leguas y más; la orden que hasta ahora se ha alcanzado, que la gente della tiene en gobernarse es casi como las señorías de Venecia y Génova o Pisa, porque no hay señor general de todos. Hay muchos señores y todos residen en esta ciudad, y los pueblos de la tierra son labrados y son vasallos de estos señores, y cada uno tiene su tierra por sí; tienen unos más que otros, e para sus guerras, que han de ordenar, júntanse todos, y todos juntos las ordenan y conciertan. Créese que deben tener alguna manera de justicia para castigar los malos, porque uno de los naturales desta provincia hurtó cierto oro a un español, y yo le dije que aquel Magiscazin, que es mayor señor de todos, y fizieron su pesquisa, y siguiéronlo fasta una ciuda que está cerca de allí, que se dice Churultecal, y de allí lo trajeron preso, y me lo entrugaron con el oro, y me dijeron que yo lo hiciese castigar; y yo les agradecí la diligencia, que en ello pusieron y les dije que, pues estaba en su tierra, que ellos lo castigasen como lo acostumbraban, y que yo no me quería entremeter en castigar a los suyos estando en su tierra, de lo cual me dieron gracias, y lo tomaron, y con pregón público*

que manifestaba su delito, le hicieron llevar por aquel gran mercado, y allí le pusieron al pie de uno como teatro, que está en medio del dicho mercado, y encima del teatro subió el pregonero, y en altas voces tornó a decir el delito de aquél, e viéndolo todos le dieron con unas porras en la cabeza hasta que lo mataron. E muchos otros habemos visto en prisiones, que dicen que los tienen por furtos y cosas que han hecho. Hay en esta provincia, por visitación que yo en ella mandé hacer, quinientos mil vecinos, que con otra provincia pequeña que está junto con ésta, que se dice Guazincango, que viven a la manera éstos, sin señor natural; los cuales no menos están por vasallos de vuestra alteza que estos de Tascalteca»¹.

Debemos agradecerle a Hernán Cortés que nos haya dado una noticia tan detallada acerca del derecho prehispánico en este Nuevo Mundo, casi a raíz y nacimiento de la América hispana, y es más incluso por causa de su mismo nacimiento tan voluntariosamente por él gestado. Pero lo más valioso de la aportación que nos hace en este texto es la puesta de manifiesto de la función, que el derecho cumple en medio de la sociedad humana, en cuanto medio instrumental del valor de la justicia, que no es otra cosa que la salud de los pueblos, que se nos manifiesta en el buen «orden y policía, y en toda razón y concierto», y de aquí deriva las cotas de prosperidad, que potencia el crecer del pueblo. De modo que al Hombre apenas nace en su sociedad no le queda otra alternativa, que la «guerra» o el «derecho». Pero veamos si Hernán Cortés nos puede enseñar algo más acerca del Derecho en la América Hispánica.

A tal propósito hay otro texto clave también dirigido al emperador Carlos V, en el que le da noticia de la gran metrópoli del imperio azteca, la ciudad de México-Tenochtitlán, en el que nos da una muestra de lo que es la experiencia del derecho en sus normas e instituciones. En él nos dice así: *Porque para dar cuenta, muy poderoso señor, a vuestra excelencia de la grandeza, extrañas y maravillosas cosas desta gran ciudad de Temixtitán, y del señorío y servicio deste Mutezuma, señor della, y de los ritos y costumbres que esta gente tiene, y de la orden que en la gobernación, así desta ciudad como de las otras, que eran deste señor, hay, sería menester mucho tiempo y ser muchos relatores y muy expertos: no podré yo decir de cien partes una de las que dellas se podrían decir, mas como pudiere, diré algunas cosas de las que vi, que, aunque mal dichas, bien sé que serán de tanta admiración que no se podrán creer, porque los de acá con nuestros propios las vemos, (y) no las podemos con el entendimiento comprender. Pero puede vuestra majestad ser cierto que si alguna falta en mi relación hobiere, que será antes por corto que por largo, así en esto como en todo lo demás de que diere cuenta a vuestra alteza, porque me parecía justo a mi príncipe y señor decir muy claramente la verdad, sin interponer cosas que la disminuyan ni acrescenten.*

Esta gran ciudad de Temixtitán está fundada en esta laguna, y desde la Tierra Firme hasta el cuerpo de la dicha ciudad, por cualquier parte que quisiesen entrar en ella, hay dos leguas. Tiene cuatro entradas, todas de calzada hecha a mano, tan ancha como

¹ Hernán Cortés, *Cartas de la Conquista de México*, «Carta Segunda», Edit. Sarpe, Madrid, 1986, pág. 48.

dos lanzas jinetas. Es tan grande la ciudad como Sevilla y Córdoba. Son las calles della, digo las principales, muy anchas y muy derechas, y algunas destas y todas las demás son la mitad de tierra y por la otra mitad es agua, por la cual andan en sus canoas, y todas las calles de trecho a trecho, están abiertas, por do atraviesa el agua de las unas a las otras, e en todas estas aberturas, que algunas son muy anchas, hay sus puentes, de muy anchas y muy grandes vigas juntas y recias y bien labradas, y tales, que por muchas dellas pueden pasar diez de a caballo juntos a la par. E viendo que si los naturales desta ciudad quisiesen hacer alguna traición tenían par(a) ello mucho aparejo, por ser la dicha ciudad, edificada de manera que digo, y que quitadas las puentes de las entradas y salidas nos podrían dejar morir de hambre sin que pudiésemos salir a la tierra,... Tiene esta ciudad muchas plazas, donde hay continuos mercados y trato de comprar y vender. Tiene otra plaza tan grande como dos veces la ciudad de Salamanca, toda cercada de portales alrededor, donde hay cotidianamente arriba de sesenta mil ánimas comprando y vendiendo; donde hay todos los géneros de mercaderías que en todas las tierras se hallan, así de mantenimientos como de vituallas, joyas de oro y plata, de plomo, de latón, de cobre, de estaño, de piedras, de huesos, de conchas, de caracoles y de plumas; véndese tal piedra labrada y por labrar de diversas maneras. Hay calle de caza, donde venden todos los linajes de aves que hay en la tierra, así como de gallinas, perdices, pajaritos de cañuela, papagayos, búharos, águilas, falcones, gavilanes y cernícalos, y de algunas aves destas de rapina venden los cueros con su pluma y cabezas y pico y uñas. Venden conejos, liebres, venados y perros pequeños, que crían para comer, castrados. Hay calles de herbolarios donde hay todas las raíces y yerbas medicinales, que en la tierra se hallan. Hay casas como de boticarios, donde se venden las medicinas hechas, así potables como ungüentos y emplastos. Hay casas como de barberos, donde lavan y rapan las cabezas. Hay casas donde dan de comer y beber por precio. Hay hombres como los que llaman en Castilla ganapanes, para traer cargas... Cada género de mercadería se vende en su calle, sin que entremetan otra mercadería ninguna, y en esto tienen mucha orden. Todo lo venden por cuenta y medida, excepto que fasta agora no se ha visto vender cosa alguna por peso. Hay en esta gran plaza una muy buena casa como de audiencia, donde están siempre sentados diez o doce personas, que son jueces y libran todos los casos y cosas que en el dicho mercado acaecen, y mandan castigar los delincuentes. Hay en la dicha plaza otras personas que andan continuo entre la gente mirando lo que se vende y las medidas, con que se miden lo que venden, y se ha visto quebrar alguna, que estaba falsa»².

Donde se aplica y se vive el derecho justo, y no hay más derecho en su propia naturaleza que aquél, que es vehículo de la justicia, el pueblo que lo hace en esto viene a tener mucha orden, porque la justicia sentida y vivida como tal lleva al orden social.

Hay también otros textos, que hoy, quizás, de igual modo sea oportuno traer a nuestra consideración, porque nos vienen a cerciorar en la realidad del derecho vivido, que cuando es sentido como tal por el alma de todo un pueblo lleva al orden y a la salud social, dejando muy atrás la guerra. Uno de éstos nos lo

² Hernán Cortés, *Cartas de la conquista de México*, «Carta Segunda», *op. cit.*, págs. 65, 66 y 67.

proporciona el padre Juan de Velasco, antiguo historiador del reino de Quito, quien refiriéndose a la organización política, económica y social del Tahuantinsuyu, es decir del imperio del Incario precolombino nos dice que los incas tenían: «*Leyes admirables, que pudieron formar de un dilatado imperio una sola familia bien arreglada en las costumbres, una sola casa proveída de cuanto era menester, con economía tan asombrosa, que jamás se vio un mendigo, un ocioso, ni un embustero; y leyes que supieron mantener un grande cuerpo con bien observada armonía entre los miembros, sin que los unos tuvieran envidia o queja de los otros*»³. El derecho, cuando es tal, en cuanto vehículo de la justicia lleva a la plétora de las energías, que potencia el bienestar de los pueblos, y ello se trasluce en gratificante armonía, no otra cosa es la salud, que incluso se nos manifiesta como belleza, en cuanto contento y felicidad de las gentes.

El cronista de Indias Francisco López de Gómara en su «*Hispania Victrix*», de Cuzco, la capital del Incario, con su derecho, peculiaridades y costumbres nos transmite la siguiente noticia: «*El Cuzco está a diecisiete grados más allá de la Equinoccial. Es tierra áspera y de mucho frío y nieves. Tienen casas de adobes de tierra, cubiertos con esparto, que abunda mucho por las sierras, las cuales crían también de por sí nabos y altramuces. Los hombres andan en cabello, pero se vendan la cabeza; visten camisas de lana y pañicos. Las mujeres llevan sotanas sin mangas, que fajan mucho con cintas largas, y manteletas sobre los hombros, prendidas con gruesos alfileres de plata y cobre, que tienen las cabezas anchas y agudas, con los que cortan muchas cosas. Comen cruda la carne y el pesado. Aquí están propiamente los orejones, que se abren y agrandan mucho las orejas, y cuelgan de ellas unos sortijones de oro. Se casan con cuantas quieren, y hasta algunos con sus hermanas; pero estos últimos son soldados. Castigan de muerte los adulterios; sacan los ojos al ladrón, que me parece el castigo más propio. Guardan mucha justicia en todo, y hasta dicen que la ejecutan los mismos señores. Heredan los sobrinos, y no los hijos; solamente los incas heredan a sus padres, como mayorazgo. El que toma la borla ayuna primero. Todos se entierran: los pobres y oficiales sencillamente, aunque les ponen sobre las sepulturas una alabarda o morrión si es soldado, un martillo si es platero, y si cazador un arco y flechas. Para los incas y señores hacen grandes hoyos o bóvedas, que cubren de mantas, donde cuelgan muchas joyas, armas y plumajes; y ponen dentro vasos de plata y oro con agua, vino y cosas de comer. Meten también algunas de sus amadas mujeres, pajes y otros criados para que los sirvan y acompañen; mas éstos no son de carne, sino de madera. Lo cubren todo de tierra, y echan continuamente por encima de ellos sus vinos. Cuando los españoles abrían estas sepulturas y esparcían los huesos, les rogaban los indios que no lo hiciesen, para que estuviesen juntos al resucitar, pues creen bien la resurrección de los cuerpos y la inmortalidad de las almas*»⁴.

Y a su vez Antonio de Herrera y Torrecillas en las «*Décadas*», cuyo libro fue publicado con el título de «*Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas*

³ Espinosa Cordero, N., *La Historia de España en América*, Edit. Cía Iberoamericana de Publicaciones, S.A., Madrid, 1931, págs. 71 y 72.

⁴ López de Gómara, F., *Historia General de las Indias*, I. «Hispania Victrix», Edic. Orbis, S.A., págs. 187 y 188.

y *Tierra-Firme del Mar Océano*», nos completa lo anterior con el siguiente dato: «...; y caminando por tierras no conocidas, Pizarro iba con gran vigilancia, apercebido para todo. Llegaron a mediodía a la tierra del curaca Pavor, que era gran señor; y aunque le había destruído el inga Guaynacaba, todavía tenía mucha gente; y su tierra era del distrito de la ciudad de San Miguel, y en esta población se aposentaron los castellanos que estaban en valles frescos; y aquí se informó mejor don Francisco Pizarro de los pueblos y señores comarcanos, y de el camino de Cajamarca, y entendió que a dos jornadas estaba un gran pueblo llamado Cajas, adonde había gente de guerra de Atahualpa esperando a los castellanos, si acaso intentasen entrar por allí; y despachó luego un capitán con algunos compañeros para que reconociese el camino y el lugar y procurase de sosegar aquella gente y hacer amistad con ella; y don Francisco Pizarro le siguió el otro día e hizo alto en un pueblo dicho Zarán, hasta que volviese el capitán, que envió a Cajas y allí le proveyó el señor de ovejas y de lo que hubo de menester. Pasados cinco días, el capitán que fue a Cajas envió un mensajero al gobernador, dándole aviso de lo que había hecho; respondióle que se volviese a juntar con él, y que de camino procurase de pacificar otro pueblo que se llamaba Huancabamba. Vuelto el capitán, refirió que por las grandes sierras había tardado dos días y una noche en llegar a Cajas, por tornar de sobresalto a la gente, y que en la entrada del pueblo halló un asiento que parecía alojamiento de guerra, y que el pueblo estaba en un pequeño valle entre sierras; y aunque la gente se alteró, como dijo a un capitán que salió a hablarle que su intención no era de hacerles daño, sino significarles el bien que se les había de seguir de ponerse en la obediencia del mayor rey del mundo, le respondió que él se hallaba en aquella tierra cobrando los tributos por su gran rey Atahualpa, cuya silla real era la gran ciudad del Cuzco, de la cual refirió muchas grandezas, y que de aquel alojamiento había salido el ejército del inga para Cajamarca, de cuya forma de tributos y de otras cosas le dio bastante relación; y que en Cajas vió una casa grande, cerrada de tapias a manera de fortaleza, en la cual entendió que había mucho número de mujeres hilando y tejiendo ropas para el ejército real, sin que estuviesen con ellas más de los porteros, para su guarda y que en la entrada del pueblo vió ciertos indios ahorcados por los pies; y entendió que por haber uno entrado en la casa a dormir con una mujer de aquel recogimiento, mandó el inga hacer aquella justicia en él y en los porteros; y que dejando en paz a Cajas, volvió a Huancabamba, una jornada de allí, pueblo mayor que Cajas y con una hermosa fortaleza labrada de Cantería y un río que pasa por medio de los dos pueblos, con muchos puentes y calzadas bien hechas, y que por los referidos pueblos pasaba el gran camino de los ingas, que venía del Cuzco a Quito por cuatrocientas leguas, con la maravillosa calzada de piedra, tan ancha, que seis caballos sin tocarse iban a la par, con caños de agua, artificiosamente llevada por sus trechos para el alivio de los caminantes, y que a cada cuatro leguas había una casa a manera de venta, que llamaban tambo, para aposentarse los pasajeros, y que a las puertas de estos pueblos estaba un guardián cobrando los portazgos, y que nadie podía sacar carga de ellos si no la media, salvo la gente de guerra; refirió asimismo que halló en los dos pueblos dos casas llenas de calzado y mantenimiento para el ejército de Atahualpa»; posteriormente continúa el texto: «... y acercándose los castellanos al pueblo, iban descubriendo y mirando el ejército del inga, alojado en la falda de una sierra, con multitud de tiendas y grandísimo aparato; gustaban de ver la hermosa figura de los campos,

*cultivados con maravilloso orden, porque era ley antigua entre aquella gente que todos comiesen de los depósitos del común y nadie pudiese tocar los sembrados, y por esto estaban tan enteros y las campiñas con muchos rebaños de aquellos sus ganados»*⁵. A través de estos textos se nos ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de leyes e instituciones propias del derecho precolombino, que tenían los pueblos indígenas de este Nuevo Mundo, del que hemos llegado a tener noticia por la valiosa aportación de nuestros Cronistas de Indias, que hay que completar con lo que de sí mismos y de los «conquistadores» nos testimonian los cronistas indígenas de su este Viejo Mundo, su casa, en sus «*Crónicas Indígenas*»⁶, como es el caso de los aztecas.

II. Pero, la Historia del Derecho de la América Hispana no sólo comprende el derecho de los pueblos indígenas precolombinos, que estaban en este su Viejo Mundo, su casa, antes de que les llegara Colón y los demás, que tras él aquí les vinieron del para ellos su Nuevo Mundo, la Vieja Europa, sino que también comprende en su concepto y específico contenido el derecho de Castilla, que sobre estos territorios y sus poblaciones se proyectó como consecuencia de las Capitulaciones de Santa Fe de 17 de abril de 1492, celebradas entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón, que hicieron posible que el Almirante del Mar Océano demostrara la viabilidad de su ofrecido proyecto de llegar a las únicas y verdaderas Indias existentes, las Indias del Asia, por la vía de Occidente, tras el éxito comprobado de su Primer Viaje, dado que la Cristiandad de la universal catolicidad romana había quedado atenazada a partir de la Caída de Constantinopla en poder de los turcos, el Islam otomano, el 29 de mayo de 1453⁷.

⁵ Arciniegas, G., *Historiadores de Indias*, Edit. Inst. Gallach, Barcelona, 1987, pág. 369.

⁶ León-Portilla, edición de Miguel, «Crónicas Indígenas-Visión de los Vencidos», *Historia* 16, Madrid, 1985, pág. 51 y ss.

⁷ Martínez Martínez, J. G., «Providencialismo, Sagradas Escrituras y religiosidad en el descubrimiento de Indias», en las *Actas del V Congreso Internacional de Historia de América: El Reino de Granada y el Nuevo Mundo*, Granada, mayo de 1992, vol. III, Granada, 1994, pág. 91. «Mas toda esa multisecular convivencia enfrentada vino a culminar en su antagonismo sin posibilidad de continuación en el tiempo y en el ámbito del territorio peninsular, cuando el 2 de enero del año 1492 la monarquía nazarí capituló ante los Reyes Católicos tras prolongado y axfisiante asedio, entregando por fin la ciudad de Granada, diamante del Islam, con lo que se terminó la reconquista cristiana, mientras solemnemente se entonaba en el recinto de la Alhambra un triunfante «Te Deum» a la progresión trinitaria de las Personas divinas, en el sur meridional del Occidente de Europa. Sin embargo, unos años antes, en el 1453 había caído Constantinopla, cuna del bizantinismo trinitarista, en poder del Islam unitarista, abriéndose el Mundo con ambos eventos a la modernidad, que definitivamente se consolidaría con la consiguiente conclusión del medievo, mientras un nuevo hombre se gestaba sin esa llamada imperiosa e imprescindible de lo transcendente, desde el que medir y explicar todo, ya que el impulso vital de explorar y dominar un nuevo espacio vino a dar la medida de un tiempo nuevo para un nuevo tiempo, como intento de arribo hacia el Extremo Oriente (Cipango, Catay e India) por el camino más corto y directo de la Mar Océana del occidente, puesto que el Oriente Próximo había quedado cerrado para la Cristiandad, tras arduos e infructuosos siglos de Cruzada, por la cerrazón de la Sublime Puerta Otomana. Ésta fue la raíz y motor de la obsesionante y machacona idea, que a lo largo de más de siete años proyectara Cristóbal Colón, tras un largo y más o menos fracasado periplo hecho con la misma oferta en las otras Cortes reinantes de Europa».

Hecho decisivo, que determinó la proyección del derecho castellano en las tierras del Nuevo Mundo fue el otorgamiento de su «dominio» a los Reyes Católicos por el papa Alejandro VI, dándoles títulos de justificación frente a cualquier otro príncipe cristiano, mediante las llamadas «*Bulas Alejandrinas*», la «*Inter Coetera I*», de 3 de mayo de 1493, de «concesión y confirmación de dichas tierras con sus poblaciones», en cuanto «*infieles*», que había que reducir a Cristiandad. La «*Piis Fidelium*», de 25 de junio de ese mismo año, por la que se fundaba la Iglesia en Indias. Y la «*Inter Coetera II*», de 28 de junio de 1493, aunque antedatada con fecha 4 de mayo de ese mismo año, llegada a los Reyes Católicos por el mes de julio de ese dicho año, también conocida como la «bula de partición» al fijar la llamada «*línea de demarcación*». La «*Eximie Devotionis*», de 4 de mayo de 1493, copia más breve de la primitiva *Inter Coetera I*, por la que se le otorga a Castilla los mismos «*privilegios*», antes concedidos a Portugal en el 1456 mediante la «*Inter Coetera*» portuguesa del papa Calixto III. Y, la «*Dudum Siquidem*», de 26 de septiembre de ese mismo 1493, de reafirmación de la «*posesión efectiva*» de dichas tierras frente a cualquier otro príncipe cristiano.

La razón de ser de este otorgamiento pontificio del dominio sobre los territorios y poblaciones indígenas de este Nuevo Continente a los Reyes Católicos se fundamentaba en la teoría medieval sobre el poder del papa, por la que se consideraba a éste «*Dominus Mundi*», en cuanto sucesor de Pedro, Vicario de Cristo y Cabeza visible de la Iglesia universal, de modo que podía entregar en «*encomienda*» a los príncipes cristianos, hijos fieles de la Iglesia y en obediencia con la Santa Sede, las tierras de los «*infieles*», para que mediante su «*encomendación*» fueran éstos evangelizados y reducidos a «*Cristiandad*». De ahí que, sus tierras desde el ámbito del Derecho Común eran consideradas como «*res nullius*», «*bienes sin dueño*», cuyo dominio se podía adquirir, conforme a los principios del Derecho romano por «*invención*», «*por accesión*», o por «*encomendación*», siempre que hubiese un último titular soberano, al que se le pudiera referir la titularidad de dicho bien, como era el caso del Romano Pontífice titular del poder supremo en el orden espiritual por derecho propio, en las cuestiones que atañen a la salud del alma, e indirectamente también en el orden temporal en las que atañen a la salud del cuerpo, en caso de que el brazo temporal, fuese deficiente en su regulación, en cuyo supuesto el derecho canónico suplía las deficiencias del derecho civil. Así, en el 1435, el obispo de Burgos, Alonso de Cartagena, llegó a sostener que las tierras habitadas por los «*infieles*», no incluidas bajo la jurisdicción de algún príncipe cristiano, eran consideradas como «*res nullius*», «*bienes sin dueño*», que cualquier señor cristiano, podía adquirir por accesión, mediante la autorización y «*encomienda*» pontificia, con el fin de integrarlas en el conjunto de los pueblos, que constituían toda la Cristiandad.

Luego con el tiempo se puso en discusión esta argumentación, como título suficiente y legítimo de «*dominio*» sobre las tierras de infieles, tal como nos lo demuestra la obra ingente de reflexión y debate sobre los «*Justos Títulos*» del Padre Francisco de Vitoria, o.p., plasmada en sus célebres «*Relecciones De*

Indiis», si bien el Padre Bartolomé de Las Casas siempre rechazó esta argumentación como «*justo título*», puesto que sostenía que nadie pudo donar lo que no es suyo, incluido el papa, ya que los indígenas de estas tierras con sus propias autoridades eran los titulares legítimos de las mismas y de los bienes, que en ellas poseían.

III. Una cuestión clave, que nos plantea la proyección del derecho de Castilla sobre las tierras de Indias, para dar origen al Derecho Indiano propiamente dicho en su sentido estricto, es la de que ¿por qué fue el derecho castellano el que se proyectó sobre estos territorios, y no el derecho aragonés?, dado que ambas coronas, la de Castilla-León, de una parte, y la de Aragón, de otra, mutua y recíprocamente estaban regidas por los mismos monarcas, los Reyes Católicos, Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón, en plano de igualdad, mediante el lema de «*tanto monta monta tanto*», característico de su reinado, de modo que el justo título de «*donación*» pontificia de estos territorios de «Infidelidad», contenido de un modo expreso en las Bulas Alejandrinas le hacía tener a ambos monarcas la cotitularidad del dominio sobre las tierras donadas, en cuanto bienes gananciales de ambos consortes regios. A tal respecto la historiografía jurídica contemporánea se ha planteado el dar las debidas explicaciones técnicas acerca de esta cuestión. A tal propósito son dos las principales posiciones doctrinales, que en España en el pasado siglo XX se han formulado al respecto. Éstas son: a) La del doctor Juan Manzano Manzano. Y, b) la del doctor Alfonso García-Gallo.

a) En lo que se refiere a la primera, para el profesor Manzano Manzano tal adscripción fue debida para evitar el traslado de las características «*libertades aragonesas*» y sus específicas «*instituciones*» a los nuevos territorios y poblaciones, en cuanto actuadas ya desde el Medioevo por el sistema del «*derecho paccionado*», «*pactado*» aragonés, para el debido control del poder del Estado, es decir del titular de la Corona, el Rey, a fin de que nunca pudiera desembocar en «*absoluto*» y menos aún en «*tiránico*». Para ello el Reino de Aragón instituyó las Cortes de Aragón constituidas con «*cuatro Brazos*», en cuanto representación de los estamentos del reino. Cada brazo tenía su propio derecho de voto. Estos cuatro brazos de las Cortes aragonesas eran: a) el del Alto clero; b) el de la Alta nobleza; c) el de la Baja nobleza o infanzones de Aragón, y, d) el de los procuradores de las ciudades de *realengo*, cuyo señor natural era el rey. Por tanto, el rey ante las Cortes de Aragón de inicio sólo tenía disponible a su favor un voto.

Y la otra institución específicamente creada para el control del poder regio, el poder del Estado, ya desde el Medioevo, era la del Tribunal del Justicia Mayor del Reino, el Tribunal Supremo, que no era del rey, sino del reino, debido a que lo presidía como juez supremo el *Justicia Mayor de Aragón*, que era nombrado de una terna de tres candidatos, que las Cortes de Aragón habían de presentar al rey. De modo que, una vez nombrado se constituía en el Justicia Mayor, presidente del Tribunal del reino, y ante cuya instancia se podía incluso enjuiciar

al rey si *cometía* «*contrafuero*». Es decir acto injusto, o *arbitrario*, que atacase a la salud del reino. De ahí que no era privativo del rey: a) La *acuñación*, y el *cambio del valor de la moneda*, sino del reino reunido en Cortes junto con el rey. b) El *declarar la guerra y firmar la paz*. c) El *cambiar las leyes sucesorias*⁸, es decir, las leyes fundamentales del reino. Y, d) la *administración de justicia*, conforme a la institución del Tribunal del Justicia Mayor del Reino en la Corona de Aragón⁹. Es de sentido común que el rey Fernando, el Católico titular de la Corona de Aragón, gran conocedor de la constitución de su reino no estuviese muy dispuesto a trasladar el derecho aragonés, a tan lejanos y nuevos territorios, como eran los de este nuevo Continente.

b) En lo que respecta a la segunda, para el profesor García-Gallo la incorporación de las tierras del Nuevo Mundo se hizo al reino de Castilla en función del derecho público castellano, que ya se observa desde el reinado de Enrique III, el Doliente (1390-1406) y siguientes comenzó a ser de corte «absolutista», además del «*contencioso pendiente*» desde tiempos atrás entre la Corona de Portugal y la de Castilla, ya desde la «*Cuestión de Cararias*», y la prohibición de navegar por el Tratado de las Alcáçovas de 4 de septiembre de 1479, que incidía sobre los castellanos al sur de los cabos Bojador y Num «*versus Indos*», luego revisado y actualizado por el de Tordesillas de 7 de junio de 1494, por causa de volver a plantear la tensión entre ambas Coronas por la cuestión del «dominio» sobre las Indias del Asia, a las que se tenía por cierto haber llegado Cristóbal Colón, navegando por la vía del Occidente atlántico, en cuyo nuevo litigio Castilla aparecía como contendiente de Portugal, y no así el Reino de Aragón.

Por ello, el Derecho indiano inicialmente había de ser la prolongación del sistema del derecho de Castilla en los «*nuevos territorios*», que en cuanto conquistados a la «*infidelidad*», técnica y jurídicamente vendrán a constituir la «*novísima extremadura*» de la Corona de Castilla, tan igual como sucedía cuando la reconquista multisecular frente al «*infiel*» musulmán de Al-Andalus peninsular. Si alguien lo duda vean lo que al respecto Hernán Cortés le escribe al emperador Carlos V, con motivo de informarle sobre la ciudad de México-Tenochtitlán, según recogemos en la nota adjunta¹⁰. Luego, como consecuencia de la influen-

⁸ Mariana, P. Juan de, «De Rege et Regis Institutione»-«Del Rey y de la Institución de la Dignidad real», Madrid, 1845, libro I, caps. I, II, III, IV y V y sigts., pág. 7.

⁹ Lalinde Abadía, J., *Los Fueros de Aragón*, Edit.: Editorial Librería General, S.A., Zaragoza, 1985, 4.ª edición, págs. 69-99.

¹⁰ Hernán Cortés, «Cartas de la Conquista de México»-«Carta Segunda», *op. cit.*, pág. 67. «Hay en esta ciudad muchas mezquitas o casas de sus ídolos, de muy hermosos edificios, por las colaciones y barrios dellas, y en las principales della hay personas religiosas de su se(c)ta, que residen continuamente en ellas; para los cuales, demás de las casas donde tienen sus ídolos hay unos buenos aposentos. Todos estos religiosos visten de negro y nunca cortan el cabello, ni lo peinan desde que entran en religión hasta que salen, y todos los hijos de las personas principales así señores como ciudadanos honrados, están en aquellas religiones y hábito desde edad de siete u ocho años fasta que los sacan para los casar, y esto más acaece en los primogénitos que han de heredar las casas que en los otros. No tienen acceso a mujer ni entra ninguna en las dichas casas de religión. Tienen abstinencia en no comer ciertos manjares, y más en algunos tiempos del año que no en los otros;

cia del derecho castellano sobre el «surgido en dichos territorios», por la facultad legislativa de las autoridades delegadas de la Corona en los mismos, virreyes, capitanes generales, presidentes de audiencias, gobernadores, etc., el derecho castellano quedó como derecho supletorio del derecho «criollo». Es decir, como su derecho común. Si bien el derecho castellano, ya en sí mismo fue el vehículo de la Recepción del Derecho Común Romano-Canónico en el Derecho indiano. Pero ese es otro problema para examinar de inmediato a continuación, aunque antes hemos de concretar que, los elementos constitutivos del Derecho indiano son:

- a) El derecho de Castilla, que se proyecta en los territorios del Nuevo Mundo, en gran medida conformado por el Derecho Común Romano-Canónico de la Recepción.
- b) El derecho «criollo», que surge en dichos territorios de la autoridad hispana, que actúa y legisla en cada una de las circunscripciones administrativas por delegación y en nombre de la Corona de Castilla. Y,
- c) El derecho indígena en gran medida consuetudinario, por estar basado generalmente en la «*costumbre indígena*», que de origen en parte se simbiotiza con el derecho castellano, siempre que la misma no fuera contra la Ley evangélica, expresión del Derecho divino revelado, interpretado y actuado por la Iglesia a través del Derecho canónico, de la Ley natural, base y fundamento del Derecho natural, y del propio derecho castellano, fundamentado en ambos derechos antes citados, en cuanto sus imprescindibles pilares, según sostenía la mentalidad característica de aquellos grandes juristas de Castilla de finales del siglo XV, y principalmente del siglo XVI, como un Francisco Suárez, s. j. con su «*De legibus ac Deo legislatore*»¹¹.

IV. Como es sabido el Derecho Común es consecuencia de la actualización, que del Derecho romano justiniano del siglo VI, hicieron los Maestros de la universidad de Bolonia, desde finales del siglo XI, y durante los siglos XII, XIII y XIV en las dos fases del *Mos Italicus* de la Glosa y el Comentario de dichos textos, entre cuyas figuras destaca Irnerio, y los provenientes de él, como Jacobo, Hugo, Búlgaro y Martino, viniendo a culminar esta primera fase con la figura de Accursio y su Magna Glosa, para dar apertura a la siguiente fase con las personalidades de un Cino de Pistoia, Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldi, y

y entre estas mezquitas hay una, que es la principal, que no hay lengua humana, que sepa explicar la grandeza y particularidades della; porque es tan grande, que dentro del circuito della, que es todo cercado de muro muy alto, se podía bien hacer una villa de quinientos vecinos. Tiene dentro deste circuito, toda a la redonda, muy gentiles aposentos, en que hay muy grandes salas y corredores, donde se aposentan los religiosos, que allí están. Hay bien cuarenta torres muy altas y bien obradas, que la mayor tiene cincuenta escalones para subir al cuerpo de la torre; la más principal es más alta que la torre de la iglesia mayor (la Catedral) de Sevilla».

¹¹ Rodríguez Paniagua, J. M^a, *Historia del Pensamiento Jurídico*, Edit. Serv. de Publicaciones de la Univ. Complutense, Madrid, 1977, págs. 87-95.

la consiguiente difusión de su doctrina y obras a todos los reinos de Europa, dando origen a la Recepción del Derecho Común, como derecho de la Monarquía Universal imperial y pontificia de aquella Cristiandad bajomedieval, que transformó por completo el viejo derecho altomedieval de los fueros locales de los reinos cristianos peninsulares, así como el derecho estatutario de los Comunes italianos. Los elementos constitutivos del Derecho Común principalmente son el Derecho romano actualizado mediante la aplicación del método escolástico a la exégesis de los textos justinianos, que dio lugar al «*Corpus Iuris Civilis*» medieval, así como de igual modo los del Derecho Canónico, que se materializó en el «*Corpus Iuris Canonici*», el «*Utrumque Ius*», el «*Uno y el Otro Derecho*», junto con un tercer elemento, que fue el derecho feudal, al principio difícil de integrar por su consustancial localismo, pero al fin igualmente conseguido a través del descubrimiento de ser poseedor de una institución de ámbito universal como era la del «feudo», y su normativa, que fue recogida en los «*Libri Feudorum*».

Decidida fue la aportación a la Recepción del Derecho Común en el Reino y Corona de Castilla con motivo de la política legislativa del rey Alfonso X, el Sabio (1252-1284), principalmente mediante el «*Espéculo*», y sobre todo a través de su obra monumental el «*Código de las Siete Partidas*». Certeza de su vigencia sólo la tenemos a partir de la Ley Primera del Título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348 de su bisnieto y sucesor en la titularidad de la Corona de Castilla el rey Alfonso XI (1312-1350), en la que se fija el «*Orden de Prelación de Fuentes*» a aplicar en el sistema del derecho castellano en caso de laguna normativa. Su contenido prelacional literalmente es el siguiente: «*Nuestra entención e nuestra voluntad es que los nuestros naturales e moradores de los nuestros regnos sean mantenidos en paz e en justia; et como para esto sea menester de dar leyes ciertas por dó se libren las contiendas e los pleitos que acaesçieren entre ellos, et maguer que en la nuestra Corte usan del Fuero (el Fuero Real de Alfonso X, el Sabio) de las leyes e algunas villas de nuestro sennorio lo an por fuero, e otras çipdades e villas ayan otros fueros departidos por los quales se pueden librar algunos pleitos, pero porque muchas mas son las contiendas e los pleitos que entre los omes acaesçen e se mueven de cada día que se non pueden librar por los fueros.*

Por ende, queriendo poner remedio conuenible a esto, estableçemos e mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos falláremos que se debe mejorar e emendar, e en lo que son contra Dios e contra razón o contra las leyes, que en este nuestro libro se contienen. Por las quales leyes deste nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles e criminales; et los pleytos e contiendas que se non podieren librar (por las leyes deste nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren) por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas que el rey don Alfonso, nuestro visabuelo, mandó ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que fuesen publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas nin rreçibidas por leyes. Pero Nos mandámoslas requerir e conçertar e emendar en algunas cosas que cumpla; et así conçertadas e emendadas, porque fueron sacadas e tomadas de los dichos de los sanctos Padres e de los Derechos e dichos de los sabios antiguos, e de fueros e de cos-

tumbres antigos de Espagna, dámoslas por nuestras leyes. Et por que sean çiertas e non aya razón de tirar e emendar e mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos fazer dellas dos libros: uno seellado con nuestro seello de oro, et otro seellado con nuestro seello de plomo, para tener en nuestra Cámara, por que en lo que dubda oviere que las conçiernen con ellas. Et tenemos por bien que sean guardadas e valederas de aquí adelante en los pleitos e en los juizios e en todas las otras cosas que se en ellas contienen, en aquello que non fueren contrarias a las leyes deste nuestro libro e alos fueros sobredichos.

Et porque al Rey pertenesçe e a poder de fazer fueros e leyes e de las enterpretar e declarar e emendar do viere que cunple, tenemos por bien, que si en los dichos fueros e en los libros de las Partidas sobredichas, o en este nuestro libro o en alguna o algunas leyes de las que en ellas se contiene fuera menester interpretación o emendación o annder o tirar o mudar, que Nos que lo fagamos. Et sy alguna contrariedad paresçiere en las leyes sobredichas entre sí mismas, o en los fueros o en cualquier dellos, o alguna dubda fuere fallada en ellos, o algún fecho que por ellos non se pueda librar, que Nos que seamos requerido sobrello por que fagamos interpretación o declaración o emienda do entendiéremos que cumple, et fagamos ley nueva, la que viéremos que cumple sobre ello, por que la Justicia e el Derecho sea guardado. Enpero, bien queremos e sofrimos que los libros de los Derechos que los sabios antiguos fezieron, que se lean en los Estudios generales de nuestro sennorio, porque a en ellos mucha sabidoria, e queremos dar logar que los nuestros naturales sean sabidores e sean por ende mas onrrados»¹².

V. La importancia del Ordenamiento de Alcalá de 1348, y la de su Orden de Prelación de Fuentes en el sistema del derecho castellano, que a partir de él fija en la Ley primera de su Título XXVIII, es grande y además un verdadero punto clave, para el desarrollo posterior, que tuvo el sistema del derecho de Castilla, ya que ese mismo Orden de Prelación de Fuentes luego fue recogido por el Ordenamiento de Alonso Díaz de Montalvo de 1484 en su Ley 1, 4, 4, ya en el reinado de los Reyes Católicos. A continuación de igual modo también en la Ley 1 de las Leyes de Toro de 1505, promulgadas por la reina Juana I, llamada la Loca; seguidamente en la Ley II, 1, 3 de la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567, promulgada por el rey Felipe II de la Casa de Austria. Y de aquí pasó en su Ley 2, 1, 1, y 2, 1, 2 a la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias de 1680, promulgada por el rey Carlos II, el Hechizado, el último de la dinastía de la Casa de Austria, textualmente del modo siguiente: «2, 1, 1. *Que se guarden las leyes de esta Recopilación en la forma y casos que se refieren. D. Felipe III en esta Recopilación (1). Habiendo considerado cuánto importa que las leyes dadas para el buen gobierno de nuestras Indias, Islas y Tierra Firme del mar Océano, Norte y Sur, que en diferentes Cédulas, Provisiones, Instrucciones y Cartas se han despachado, se juntasen y reduxesen á este cuerpo y forma de Derecho, y que sean guardadas, cumplidas y executadas: (2) Ordenamos y mandamos, que todas las leyes en él contenidas se guar-*

¹² García-Gallo, A., «Antología de Fuentes del Antiguo Derecho». «Manual de Historia del Derecho Español», II. (ed. Academ. Historia, Cortes de León I 541-53.-Cód. Esp. I 463-64; VI 270 y VII 262-63), Madrid, 1975, págs. 217 y 218.

den, cumplan y executen como leyes nuestras, según y en la forma dada en la Ley que va puesta al principio de esta Recopilación, y que sólo estas tengan fuerza de Ley y Pragmática Sanción, en lo que decidieren y determinaren. (3) Y si conviniere que se hagan algunas demás de las contenidas en este libro, los vireyes, presidentes, Audiencias, gobernadores y alcaldes mayores nos den aviso y informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones que para esto se les ofrecieren, para que reconocidos, se tome la resolución que más convenga y se añadan por quaderno aparte. (4) ás convenga y se añadan por quaderno aparte. (4) Y mandamos que no se haga novedad en las Ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad, y las que estuvieren hechas por qualesquier Comunidades y Universidades, y las Ordenanzas para el bien y utilidad de los indios, hechas o confirmadas por nuestros vireyes o Audiencias Reales para el buen gobierno, que no sean contrarias a las de este libro, las quales han de quedar en el vigor y observancia que tuvieren, siendo confirmadas por las Audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba o revoca. (5) Y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación y Partidas de estos reinos de Castilla, conforme a la ley siguiente.

2, 1, 2: Que se guarde las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de las Indias. El Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora, en las Ordenanzas de Audiencias de 1530. Don Felipe II, en la Ordenanza 312. Y Don Felipe IV, en esta Recopilación. – Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar»¹³.

Por último, el Orden de Prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá de 1348 también pasó y fue recogido por la Novísima Recopilación de las Leyes de España de 1805, promulgada por el rey Carlos IV de la Dinastía de Borbón, ya en una época tan tardía y tan a destiempo, cuando precisamente casi todas las naciones más avanzadas de entonces habían entrado en el proceso irreversible del Constitucionalismo y la Codificación, que les hizo entrar en el sistema de derecho de nuestra contemporaneidad. No obstante, ello las Españas de allá y de acá al fin consiguieron alcanzar el tren de la constitucionalidad con la Constitución de las Cortes de Cadiz de 19 de marzo de 1812, llamada la Pepa, en la que, en lo que respecta a nuestra común Historia del Derecho, en el art. 1, del Capítulo I, de su Título I, textualmente se nos dice: «*La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*»¹⁴. Ciertamente esto fue un tren perdido para los de entonces. Y, sin embargo, creo que éste es precisamente en hoy día nuestro punto de encuentro.

¹³ García-Gallo, A., «Antología de Fuentes del Antiguo Derecho». «Manual de Historia del Derecho Español, II», *op. cit.*, págs. 233 y 234.

¹⁴ Esteban, Jorge de, *Edición de las Constituciones Españolas y extranjeras*, 2.^a edición: junio de 1979, Ediciones Taurus, S.A., Madrid, 1979, pág. 81.