ORIGENES DEL DERECHO EN LA AMERICA ESPAÑOLA

Lic. Roberto López Díaz*

Sumario: I. Delimitación del tema II. Nacimiento del derecho Indiano III. Orígenes del Derecho Indiano IV. Fuentes del derecho Indiano V. Forma de codificación del derecho Indiano VI Objetivo del derecho Indiano VII. Los académicos en el derecho Indiano VIII. División de la jurisdicción y funcionarios judiciales en el derecho Indiano IX. Profesiones legales en el derecho Indiano X. Derecho civil Indiano XI. Derecho penal Indiano XII. Conclusiones.

ABSTRAC:

Muestra un panorama histórico sobre la manera en que se fue conformando el derecho en América, sus características y diferencias específicas con el derecho español peninsular, la manera en que se codificaba, se enseñaba y se aplicaba, así como sus fundamentos históricos y filosóficos.

I. Delimitación del tema

Abordar el derecho Indiano sin hacer una delimitación respecto a la intención de la investigación, sus propósitos, su nivel de profundidad, sin considerar las posibilidades de acceso a fuentes directas, así como del tiempo de que se dispone para realizarla, sería emprender una hazaña que esta fuera de toda intención. El derecho Indiano se ha abordado desde diferentes enfoques, dependiendo del interés de estudio de cada investigador; así, temas comunes son abordados con ópticas diferentes [1]; algunos investigadores incluso han propuesto presentar la información recabada con cierta sistematización, dependiendo de los fines, objetivos y contenidos de la investigación: I. Historiografía, II. Formación y fuentes del derecho, III. Las instituciones jurídicas, IV. Instituciones canónicas, V. Personas y familia, VI. Propiedad, VII. Obligaciones y contratos, VIII. Instituciones económicas y mercantiles, IX. Derecho procesal. [2]

Como se aprecia, al igual que todo lo que existe en el mundo real o en el imaginario, existen apreciaciones distintas sobre una misma variante, en el caso específico del derecho Indiano; y si

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, profesor de asignatura en la Universidad Latina de América, de la ciudad de Morelia, Mich., y director de la Licenciatura en Derecho de la misma Universidad

[1] BERNAL, Beatriz, *El derecho Indiano tres aportaciones historiográficas*. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XVII, 2005, UNAM. Pág. 309*

[2] Ibid. *Pág. 310*

bien es cierto existen propuestas para que éste se investigue con una cierta ortodoxia, conveniente desde luego para fines científicos y de divulgación.

Acotado el propósito académico de este trabajo, toca ahora delimitar cuales son los aspectos del derecho Indiano que me propongo analizar, y adelanto de una buena vez, que las fuentes consultadas son de tipo secundario, por lo que la profundidad de los temas que se abordan, depende en gran medida de lo que estas permiten hacerlo; en primer término me propongo identificar cual es el origen del derecho Indiano, cuales son sus fuentes, la forma de su codificación, cual era el objetivo de este derecho, cómo se enseñaba, cómo se dividía la jurisdicción, cuales sus categorías legales, las profesiones jurídicas, el procedimiento civil y el procedimiento penal, así como el derecho público Indiano.

II. Nacimiento del derecho Indiano

Por consenso general los historiadores e investigadores del derecho, sitúan el nacimiento del derecho Indiano en las Capitulaciones firmadas por la reina Isabel I de Castilla y el navegante Cristóbal Colón en 1492, conocidas como ***Capitulaciones de Santa Fe***; puede parecernos en un primer momento que esto no es posible, en razón de que aún no se había descubierto América, o que no había la seguridad del descubrimiento de una nueva ruta hacia el oriente, pero lo cierto es que en la Segunda Capitulación, -en total fueron tres- se concede a Cristóbal Colón los oficios de Visorrey y Gobernador General *en las islas y tierra que descubriera*; por lo que se considera que dichas Capitulaciones contienen normas dirigidas a las tierras que encontrara y que debe observar Cristóbal Colón al momento en que arribe a las tierras que se propone encontrar. [3]

Con motivo de dicho descubrimiento, y por el descubrimiento mismo, se generó una preocupación sumamente importante para la época, desde un punto de vista jurídico y moral: cómo justificar la conquista y el posterior asentamiento de españoles en América; al efecto, surgió una pléyade de juristas y teólogos, que se dieron a la tarea de encontrar los fundamentos, tanto jurídicos como morales, que permitieran justificar la conquista y la presencia española.

Así, como títulos jurídicos del dominio español en América se mencionan[4] las ***Bulas Intercoetera*** del 3 y 4 de mayo de 1493, (Bulas Alejandrinas) otorgadas por el Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos, Isabel I de Castilla y Fernando de Aragón; en la primera de ellas se lee:

> *"….Por la autoridad del omnipotente Dios a Nos, en San Pedro concedida y del vicariato de Jesú-cristo que ejercemos en las tierras con todos los señorios de ella, Haciendas, Fuertes, Lugares, Villas, Derechos, Jurisdicciones y todos sus pertenencias por el tenor de las presentes,* ***las damos, concedemos y asignamos*** *a Vos y a los Reyes de Castilla y de León, vuestros herederos y sucesores, y hacemos, constituimos y debutamos a Vos, y los hijos vuestros herederos y sucesores, señores de ellas con libre lleno y absoluto poder, autoridad u jurisdicción."*[5]

---

[3] MACEDO JAIMES, Graciela, Elementos de Historia del Derecho mexicano, Universidad Autónoma del Estado de México, 1988. Pág. 53 / SANCHEZ BELLA, Ismael, Las bulas de 1493 en el derecho Indiano; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen V, 1993, UNAM. Pág. 371

[4] Ibid. *Pág. 43*

[5] . *Id*

A su vez, los sustentos de tipo moral que se suministraron para justificar la conquista americana, se inspiran también en la citada Bula Alejandrina; las controversias al respecto se centraron concretamente en dirimir la clase de dominio que quiso conceder el Papá a los Reyes Católicos: es decir, si hubo una donación patrimonial, tal como se sustenta en el Requerimiento, documento al habré de referirme más adelante, o si lo que se concedió fue sólo el cuidado espiritual de los indios.

Al respecto, destacan por la firmeza de sus posturas, los debates verbales y por escrito sostenidos a favor de los indios por Fray Alonso de Montesinos y Fray Bartolomé de las Casas: "…el fogoso carácter de Las Casas removía a tirios y troyanos, llegando incluso a semiconvencer a la administración del Estado y aún hacer titubear al mismo emperador…", [6] sin embargo, la parcialidad con la que defendió los derechos de los indios y anonadó los de los españoles, lo que restó eficacia práctica a sus argumentos, incluso al ir más allá,[7] dado que su punto de vista no era sólo defender incondicionalmente a los naturales americanos, sino que el de enfrentar el sistema medieval, elaborado bajo las bases del derecho común, y que como sistema era incapaz de continuar regulando la vida en el Nuevo Mundo, y sustituirlo por un iusnaturalismo humano y cristiano, que permitiera superar las deficiencias que en la práctica presentaba el viejo sistema para justificar la conquista y el apoderamiento de las tierras descubiertas. [8]

A su vez, Ginés de Sepúlveda, humanista y nacionalista español, quien en su obra ***"De justis belli causis apud indios***" extendiéndose más allá en la interpretación que tradicionalmente se había dado a la Bula Alejandrina, sostuvo la idea aristotélica de que una raza inferior no podía invocar derechos contra una superior, pero sí ésta contra aquélla, para justificar tanto la conquista de los indios como el asentamiento de españoles en tierras del continente americano.

El ***Requerimiento***, es un documento redactado en 1511, por el jurista Juan López de Palacios Rubios, Consejero del Rey Fernando El Católico; dicho documento debía leerse a los indios, y en él se requería a los naturales de América (indios) para que prestaran obediencia política a los Reyes Católicos, dado que, se leía, el Papa había hecho donación a España de esas tierras. [9]

Se estima que El Requerimiento concilia las posturas de juristas y teólogos en relación con la conquista militar y espiritual de los nativos americanos; el documento, que debía leerse a los indígenas en su propia lengua decía lo siguiente:

> "Por ende, como mejor puedo, a vos ***ruego y requiero*** entendais bien esto que os he dicho, y tomeis para entenderlos y deliberar sobre ello el tiempo que fuere justo, ***y reconozcais a la Iglesia y por señora y superiora del universo mundo*** y al Sumo Pontífice llamado Papa, en su nombre, ***y al Rey y la Reyna nuestros señores***, en su lugar como superiores señores y reyes de esas islas y tierra firme, ***por virtud de la***

---

[6] SATORRES REIG, José, América en la corona castellano-leonesa y derecho público europeo; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen V, 1993, UNAM. Pág. 258
[7] Ibid. *Pág. 265*
[8] Ibid. *Pág. 276*
[9] Ibid. *Pág. 291*

dicha donación, y consintáis y deis que estos padres religiosos voz declaren y prediquen lo susodicho".[10]

La resolución oficial, legal y definitiva a esta polémica se dio en el año de 1573, con la expedición el 13 de julio del mismo año, de las ***"Ordenanzas para los nuevos descubrimientos y poblaciones"***; se trata de una recopilación elaborada por Juan de Ovando, promulgada mediante real provisión de Felipe II, que mantiene como título inicial y básico para justificar la presencia española en América, la concesión otorgada por el papa Alejandro VI y su adquisición por el hecho mismo de haberlas descubierto. [11]

En estas ordenanzas se reconoce al título pontificio como el primer fundamento de la soberanía que los reyes de España ejercían sobre las Indias, y si bien se agregó que también existían otros ***justos y legítimos títulos***, no se mencionaron expresamente, ya que ésta expresión se agregó marginalmente y con posterioridad a dicho documento; sin embargo sí aparecen dispersos en otras leyes de la misma recopilación, los susodichos *"otros justos y legítimos títulos"* y se fundan en lo siguiente:

"a) *el descubrimiento* de los territorios sobre los cuales se impuso aquel dominio, como condición indispensable para acceder a su gobierno; b) *el favor y protección de Dios*, que había fiado a los españoles la magna empresa colonizadora, y c) la obligación derivada expresamente de las bulas alejandrinas de *convertir a los indígenas* y la consiguiente necesidad de proseguir esa labor evangélica en bien de los mismos naturales. [12]

La importancia histórica de las Bulas Alejandrinas, así como del Requerimiento, trasciende porque constituyen los documentos sobre los cuales se va a dar la justificación de la presencia de España en América: la legitimidad de su dominio, su incorporación a la Corona de Castilla y León, y la licitud de la guerra hecha a los naturales. [13]

III. Orígenes del derecho Indiano

Se entiende por derecho Indiano el elaborado en España para regular a las Indias Occidentales, o sea América, y específicamente alrededor de dos reinos: el de Nueva España y el del reino del Perú. [14]

Como ya se dijo, las Capitulaciones de Santa Fe constituyen el primer antecedente de aplicación del derecho en América, por lo que al descubrirse las Indias en 1492, debía aplicarse en ellas el derecho de Castilla expedido por los Reyes Católicos; y a partir 1521, por la conquista del imperio Azteca para la Corona española hecha por Hernán Cortés, el derecho castellano debía aplicarse en la ahora Nueva España; reales provisiones y reales cedulas y leyes generales como las de Burgos

---

[10] *SANCHEZ BELLA,* Ismael *op.cit. Pág.* 374

[11] SATORRES REIG, José, *op.cit. Pág. 283-284*
[12] Ibid. *Pág. 295*
[13] Ibid. *Pág. 259*
[14] LÓPEZ MONROY, *José de Jesús, Retórica y derecho Indiano, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XVII, 2005, UNAM. Pág. 214*

de 1511-1513, [15] fueron disposiciones expedidas específicamente para el mundo americano; El Consejo de Indias tiene también un origen castellano, ya que incluso en un principio era una Sala del Consejo de Castilla[16]; en 1530 el emperador Carlos V decidió que se aplicara en las Indias la legislación de Castilla, tal como lo establecían las Leyes de Toro (1505), disposición ésta que fue ratificada por Felipe II y por Felipe IV en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias (libro 2, título 1, ley 2), lo cual estaba justificado, por considerarse que se trataba de una conquista, derivada de la guerra a los indígenas americanos[17]; no obstante todo lo anterior, el derecho Indiano no está inspirado en el derecho castellano, entendido éste como el derecho de las comunidades; al efecto es necesario traer a cuenta el marco histórico-político de la época.

Carlos I, primer monarca español de la casa de Austria, hijo de Felipe el Hermoso y de Juana la Loca, vivía en Flandes, y a su mayoría de edad (1517) se traslada a España y es reconocido por las Cortes como rey de Castilla por la incapacidad mental de su madre.

En 1520 marcha a Alemania para asumir la Corona de Alemania, con lo cual estalla lo que se conoce como ***la Guerra de las Comunidades***, conflicto de orden sociopolítico surgido en el reino de Castilla, y cuyos orígenes son los desajustes que se siguen a la muerte de los Reyes Católicos, y que tiene que ver con el resquebrajamiento de la estructura política formada por ellos durante su reinado; dicho resquebrajamiento va a mostrar sus hendiduras en A) la nobleza, que se muestra abiertamente contraria a la consolidación de una monarquía autoritaria que supone una evidente limitación a su influencia; B) en el nombramiento en Castilla de consejeros flamencos en puestos de responsabilidad; C) en el aumento del rendimiento de las alcabalas, así como D) por cuantiosas exigencias fiscales.

A iniciativa de la que dentro de poco habrá de ser conocida como ciudad imperial de Toledo, varias ciudades castellanas se agrupan en torno a un programa que prevé la anulación de las disposiciones fiscales y la afirmación de sus derechos nacionales frente al monarca y sus consejeros, constituyéndose en agosto de 1520 la Junta de Ávila, que desconoce la autoridad del Consejo Real. Este movimiento coincide con un importante movimiento antiseñorial en el campo, cuyas causas comunes son el aumento de la presión fiscal y los abusos de los señores.

La nobleza inicialmente se mostró favorable a estos movimientos, que suponen un debilitamiento de la autoridad real, pero comienza a separarse cuando los vasallos se niegan a pagarles sus rentas. La junta de Ávila, al revés de la nobleza, no se atreve en un inicio a apoyar la sublevación del campesinado, pero ambos estamentos se irán aproximando al abrazar intereses afines: limitación del poder real, reducción de la fiscalidad, y la propugnación de una política económica contraria a los grandes señores.

La Junta radicaliza su posición antiseñorial, generando que ambas facciones se enfrenten; de este enfrentamiento salen derrotadas las comunidades, sobre las cuales cae una importante represión económica, el pago de indemnizaciones y el restablecimiento de la autoridad de los señores sobre

---

[15] *DE LA TORRE VILLAR, Ernesto, Advertencias acerca del sistema virreynal novohispano, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen III, 1991, UNAM. Pág.265-266*

[16] MACEDO JAIMES, Graciela, *op.cit. Pág.82*

[17] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *Los abogados americanos de la monarquía española, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XV, 2003, UNAM. Pág.3*

los vasallos y villas sublevadas, situación que continuará durante el largo periodo de supervivencia del estado monárquico-señorial.[18]

El derecho castellano de la época, como se advierte, se caracteriza entonces por una trayectoria cambiante entre derecho local y derecho nacional y real, se habla de "las leyes del rey", contra "las leyes del reino", el absolutismo contra el pactismo, para al final triunfar el derecho de la monarquía española. [19]

Es claro que este marco histórico político influyó en el ánimo del monarca español Carlos I, quien en 1521, empuñaba ya dos centros: el de España y el de Alemania, lo que le permitirá más adelante reestablecer el Sacro Imperio Romano Germánico; por lo que tenía importantes razones políticas de consolidación de su poder imperial, para soslayar los fueros reales, puebla, municipales y ampliados que como privilegios gozaban las comunidades de Castilla, y que acotaban su autoridad en la península; y por supuesto, no iba a permitir se asentaran Fueros de dicha naturaleza en la Nueva España; ya que además, ni falta le hacia reconocerlos en América, u otorgarlos a las poblaciones que se iban fundando, (Hernán Cortés al fundar la "Villa Rica de la Veracruz" lo hizo apoyado en la tradición castellana, desobedeciendo la prohibición de Velásquez de no poblar esa tierra, desobediencia que luego justifica ante el Rey como una acción legal necesaria para su hazaña de conquista),[20] dado que dichas tierras le pertenecían en virtud de la bula de donación; pertenencia que además declara varias veces durante su reinado en distintas reales cédulas, asegurando a los pobladores de las Indias que no serán enajenadas esas tierras.[21]

Parte de los debates que se dieron en torno al descubrimiento América, como se digo anteriormente, fueron en relación con la política a seguir en España hacia los indígenas. Había quienes veían idolatría y barbarie en las costumbres indias y otros, más pragmáticos, percibieron las bondades de muchas de ellas, sobre todo en cuanto a organización social, sugiriendo que lo mejor era utilizarlas y aprovecharlas con fines de poder y de control. Esta discusión llevó al emperador Carlos V, a ordenar en agosto de 1555, que se respetaran las buenas costumbres y estatutos de los indígenas que no fuesen contrarios a la religión católica y a las disposiciones reales (Recopilación de Leyes de Indias 2,1,4). [22]

Así, como se aprecia, el origen del derecho Indiano se encuentra tanto en las disposiciones reales expedidas ex profeso para su aplicación en las tierras americanas, como en las costumbres indígenas que no fueran contrarias a la religión católica ni a las disposiciones reales.

IV. Fuentes del derecho Indiano

Se ha identificado que las fuentes del derecho Indiano, se encuentran fundamentalmente en las denominadas ***"Leyes de Estilo: que por otra manera se llaman declaración de las Leyes del***

[18] CAMPOS, ALBERTO, *Santa Teresa de Jesús, Edit. Pertmat. Esp. Págs. 13-16*
[19] MOLINA MARTÍN DEL CAMPO, Emma *Derecho castellano y narrativa colonial, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen X, 1998, UNAM. Pág. 618*
[20] Ibid. Pág. 620
[21] SÁNCHEZ BELLA, *Ismael. op.cit. Pág. 376*
[22] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág*. 4

Fuero", mismas que contienen las reglas principales de todos los procedimientos de la época (civil y penal); a ellas se recurre para, a su vez, poder acudir a las fuentes establecidas en el Ordenamiento de Alcalá, y posteriormente a las establecidas en las Leyes de Toro de 1502. [23]

Las Leyes de Estilo contienen la Ley CCXXXVIII, que señala que como fuentes del derecho se encuentran: la costumbre usada, si ésta es razonable; la postura que hayan establecido las partes entre si; el perdón del rey cuando perdona la justicia (fasañas); la ley de nuevo que contraría el derecho emitida con voluntad de ser ley, y el derecho natural. [24]

Este texto se ha interpretado, en el sentido de que, de acuerdo con su parte final, el derecho natural prevalece sobre el derecho escrito; la razón de esta superioridad, es decir, la circunstancia de que el derecho natural esté por encima del derecho positivo, y de que éste sólo tenga un carácter complementario, estriba en la idea de la época de que los hombres sólo deben escribir leyes, en cuanto a lo que no hallaren en el derecho natural. Esta concepción del derecho deriva de los escritos de Tomas de Aquino, quien distingue tres clases de leyes: la ley eterna, la ley natural y la ley humana.

"La ley eterna es aquella que dirige todos los actos y mociones del hombre…Por tanto, no nos es conocida, pero va presentándose en la medida en que se desarrollan los acontecimientos humanos;..La ley eterna está en la mente de Dios, y dirige los actos de todos los hombres.".[25]

La ley natural, por su parte, se define como la participación de la mente en la ley eterna, a través de la cual se descubre el desarrollo de lo justo. Así entonces, los ordenamientos que se expidan (la ley humana) y que conformarán lo que se conoce como Leyes de Indias, habrán de estar inducidos a encontrar la razón justa entre los naturales, llamados indios, y los conquistadores, poseedores de una cultura diferente.[26]

Convencidos de este principio Tomista, las Leyes de Indias contienen una serie de disposiciones que revelan que las autoridades, especialmente las judiciales, debían tener siempre presentes las normas del derecho natural.[27]

Por otra parte, como se mencionó en un apartado anterior, el debate en torno a la política a seguir en España en relación con los indígenas llevó al emperador a ordenar en agosto de 1555 que se respetaran las buenas costumbres y estatutos de los indígenas que no fuesen contarios a la religión católica y a las disposiciones reales *(recopilación de Leyes de Indias, 2,1,4).* [28]

Efectivamente, en relación con la costumbre como fuente del derecho, en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, en el título primero del libro segundo, ley IV, (2,1,4) se indica, después de ordenar en la ley II que se respeten las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las

---

[23] LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Notas para el estudio de las fuentes reales del derecho Indiano; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen 00-01, 1999-2000, UNAM. Pág. 87*
[24] *Id Pág. 85*
[25] *Id Pág. 84-85*
[26] *Id Pág. 85*
[27] *Id Pág.* 86
[28] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág.5*

leyes de las Indias: “que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que se hicieren de nuevo”.[29]

Así tenemos que la segunda fuente real del derecho Indiano lo constituyen las costumbres de los indios; aquí debe entenderse que dichas costumbres deben las buenas y justas. Según las conclusiones del trabajo de Juan Manzano, las leyes y costumbres indígenas ocuparon el mismo lugar que se les otorgaban a los fueros en el derecho castellano, y esa es la razón por la cual, en el orden de prelación que veremos más adelante, la costumbre indígena ocupó un segundo lugar, inmediatamente después del derecho especialmente creado para las indias.[30]

El orden jurídico creado en acatamiento al derecho natural, y en seguida a las buenas costumbres de los naturales, significó que los ministros del Consejo de Indias al hacer las leyes, debían tener noticia e información de dichas costumbres, a fin de evitar “mudas” y revocaciones; y por tanto, se ordena a los ministros del Consejo que al hacer las leyes se tuviera en cuenta las costumbres de que se tuviera conocimiento.

Así las Ordenanzas sobre el descubrimiento, población y pacificación de las Indias de 1573, impone a los miembros del Consejo de Indias, la necesidad de estar bien informados sobre: a) de lo que anteriormente se hubiese resuelto y acordado; b) de una descripción geográfica y moral de los lugares en los cuales se iba a regular o disponer jurídicamente; c) De las Cartas de Indias, porque de ellas resultan los mejores informes de la aplicabilidad del derecho.[31]

La costumbre indígena tenía un carácter jurídico efectivo, es decir, tenía aplicación real en los conflictos suscitados entre indios o entre indios y españoles, y se probaba mediante la presentación de testigos de ambas partes, que por lo regular eran los ancianos del pueblo; en algunos casos, y con una frecuencia mayor a la que nos podamos imaginar, los indios presentaban como pruebas adicionales los códices, que por la dificultad de su lectura requerían de un interprete, que diera cuenta de la costumbre que consignaban.[32]

El derecho Indiano tiene como fuente, además de las costumbres y el derecho natural, las decisiones judiciales (fasañas), en el sentido de que las autoridades judiciales debían tomar en cuenta lo que con anterioridad se hubiera resuelto.[33] La obtención de la información jurídica de lo resuelto anteriormente, se realizaba de manera deliberativa y con criterios forenses, sobre la base de un análisis de los valores trascendentales de la época: la ley, la verdad y justicia.

En lo que se refiere a “la postura que hayan puesto las partes entre si”, como fuente de derecho real, se dice que en dicha definición no únicamente cabe entender el acto bilateral o contractual, tal cual lo conocemos hoy en día, sino incluso, el acto unilateral también denominado acto de manifestación unilateral de oferta.[34]

---

[29] LÓPEZ MONROY, José de Jesus *op.cit. Pág. 84* / MENENGUS BORNEMANN, Margarita, *La costumbre indígena en el derecho Indiano 1529-1550; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen IV, 1992, UNAM. Pág. 151.*
[30] LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *op.cit. Pág. 87*
[31] Id
[32] MENENGUS BORNEMANN, Margarita, *op.cit. Pág.153*
[33] LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *op.cit. Pág. 88*
[34] *Id*

V. Forma de codificación del derecho Indiano

Es sabido que aún y cuando en los siglos XVI, XVII y XVIII, el único productor del derecho era el Rey, el cual tenía la potestad legislativa originaria, podía delegarla, solo de manera provisional, a los Virreyes, Audiencias, Gobernadores y Cabildos, en tanto confirmaba, modificaba o revocaba las normas que hubiesen sido emitidas por estos.

Los monarcas españoles, empeñados en uso del derecho en el gobierno de las Indias, emitieron abundante legislación; así, puede advertirse que durante este amplio periodo se generaron un sin número de disposiciones que regulaban las más variadas materias, por lo cual se hizo necesario poner un cierto orden que permitiera su consulta.[35]

Hasta antes del año de 1680, en que la Corona promulgó la Recopilación de las Leyes de Indias, había en uso unas 400,000 normas, de las cuales se escogieron unas 15,000 para su condensación y combinación, y finalmente en la citada Recopilación quedaron aproximadamente unas 6,400. [36]

Las Reales Cédulas constituían el mecanismo de comunicación entre el rey y las autoridades establecidas en las Indias; éstas Reales Cédulas podían contener pragmáticas, leyes, ordenanzas, declaraciones, preceptos, nombramientos, privilegios, mercedes, o gracias; que a su vez podían constituir mandatos, ordenes, o instrucciones; las pragmáticas se distinguen de las leyes, en que la única fuente de creación es el rey, en tanto que en las leyes participaban las Cortes.[37]

Hubo varios esfuerzos de recopilación de estas cedulas, instrucciones, ordenanzas y leyes de Cortes, previos a la Real Cédula de Carlos II, de fecha 18 de mayo de 1680, en que mandó guardar, cumplir y aceptar la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

Así tenemos la recopilación de Juan de Ovando, el Cedulario de Puga de 1525-1563, las Leyes y Ordenanzas reales de las Indias del Mar Océano de Alonso de Zorita de 1570, la Recopilación de Encinas de 1596, el Libro de cédulas y provisiones del Rey 1541-1621, los Nuevos Libros de Diego de Zorrilla de 1605, los Sumarios de Rodrigo de Aguilar, la Recopilación de Cédulas de 1589-1632, el Proyecto de Solórzano 1618-1621, el de León Pinelo de 1636, los trabajos conjuntos de 1634, el Proyecto de Ximenez Payagua de 1663, los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor de 1628-1667.[38]

La recopilación de Leyes de Indias, dista mucho de parecerse a lo que actualmente conocemos como un Código; dado que por una parte, regula las más variadas materias, y por otra, no se siguió ningún principio adecuado de división.[39]

---

[35] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág. 2*
[36] FLORIS MARGADANT S., Guillermo *La consuetudo contra legem en el derecho Indiano, a la luz del ius commune*, *Pág. 174*
[37] MACEDO JAIMES, Graciela, *op.cit. Pág. 68,69*
[38] *Id Pág. 72*
[39] *Id*

La técnica legislativa medieval es, desde luego, muy distinta a la usual a partir del siglo XIX. La división entre legislación, administración y jurisdicción no era clara. El lenguaje era también menos preciso. Las cédulas, instrucciones, ordenanzas y leyes contienen expresiones de las más variadas acerca de los resultados que se esperan con la regulación que se expide, se hacen exhortaciones, se brindan consejos y recomendaciones a funcionarios y hasta pequeños relatos. Existe una mentalidad casuista y la legislación de la época corresponde también a esa mentalidad; lo mismo ocurre en las recopilaciones de la época, entre las que se encuentra las Leyes de Indias. [40]

Este cuerpo legal consta de nueve Libros, divididos en Títulos, y éstos en Leyes; su distribución en materias es la siguiente:

1. El libro primero trata en 24 títulos, de la religión, jerarquía eclesiástica, hospitales y sepulturas, universidades colegios y seminarios, e impresión y comercio de libros.
2. El libro segundo en 34 títulos se ocupa de las leyes, Reales Cédulas, Provisiones y Ordenanzas, Consejo Real, Audiencias y Cancillerías de Indias, y Oidores, Alcaldes del crimen, Juzgados de Bienes de Difuntos, etc.
3. El libro tercero, en 16 títulos contiene lo relativo al dominio y jurisdicción de las Indias, provisión de oficios Virreyes, Piratería y ramos de guerra y correos.
4. El libro cuarto, dividido en 26 títulos, trata de los descubrimientos por mar y tierra, pacificación y población de lo descubierto, régimen municipal, repartimiento de tierras, contribuciones, obras públicas, caminos, posadas, pósitos y alhóndigas, aguas, montes, minas y pesquerías de perlas.
5. El libro quinto, se ocupa en 15 títulos, de la división territorial, personal de la administración de justicia, médicos cirujanos y boticarios, tramitación de los pleitos, competencias y residencias.
6. El libro sexto, dedicado exclusivamente a los indios, trata en 19 títulos, de la condición de la condición de los indios, su reducción, tributos, protectores y caciques, encomiendas y repartimientos, y servicios que se les pueden exigir.
7. El libro séptimo contiene ocho títulos, y en él se trata de los Pesquisidores y Jueces de Comisión, juegos y jugadores, casados, separados de su mujer, vagabundos, gitanos, negros mulatos e hijos de indios, cárceles y carceleros, y delitos y penas.
8. El libro octavo, comprende en 30 títulos, todo lo relativo a hacienda, rentas publicas y contabilidad.
9. El libro noveno, se ocupa en 46 títulos, de la Casa de Contratación de Sevilla, flotas y armadas de la carrera de Indias, comercio colonial y Consulados.[41]

En relación con la aplicación u observancia de esta Recopilación de la Leyes de Indias, el párrafo siguiente nos brinda un panorama al respecto:

> *"El llamado derecho Indiano que leemos en la multitud de manuales en la materia toma como referencia principal el contenido de esa recopilación. Sin*

[40] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág. 5*
[41] CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México, Edit. Oxford, México, Pág. 249-250*

embargo, es conveniente observar que los juristas de la época no lo tomaron como un código que derogara la legislación indiana anterior o que el mismo Consejo de Indias o las audiencias lo tomaron como un derecho fijo, que no podía modificarse. Hubo relativamente muy pocas ediciones en el siglo XVIII, lo que revela que probablemente no se le usó mucho en la práctica. Las ediciones se hicieron en la segunda mitad del siglo cuando muchas de sus disposiciones estaban obsoletas y probablemente tenían más un valor simbólico que práctico. Cuando la obra fue enviada a América a final del siglo XVII tuvo una recepción más bien hostil (Tau Anzoátegui, 1992b, 235) No se estudiaba en las universidades y rara vez se encuentra citada en los escritos forenses. Es mucho más frecuente la cita de las Siete Partidas, que aparece en el último lugar en la lista de prelación de fuentes del derecho castellano. Por otra parte, el panorama de la legislación aplicable en Indias era mucho más complejo que el derecho recopilado: había legislación castellana no recopilada (las Ordenanzas de Bilbao por ejemplo) y legislación provincial indiana (los acuerdos de las audiencias)." [42]

Por otra parte, la orden de respetar la legislación real que especialmente se promulgara para los nuevos territorios y las leyes de Castilla, dio lugar a que los juristas de la época hayan elaborado un orden de prelaciones de las fuentes del derecho durante este periodo; recordemos, que también la costumbre indígena y la costumbre en general tenían su papel. En consecuencia, no puede esperarse que hubiera una prelación estricta entre los distintos tipos de ordenamientos ni entre cuerpos legislativos.[43]

Al efecto, los propios ordenamientos legislativos daban una orden de prelación para su aplicación. Así, el primero en hacerlo fue el Ordenamiento de Alcalá -1348,- que ordena, en su famosa "Ley de Prelación", que ocupa todo el título XXVIII, la aplicación de éste Ordenamiento en primer término; en su defecto remite al Fuero Real y a los fueros municipales, siempre que éstos estuviesen en uso, y por último remite a las Siete Partidas.[44]

Las compilaciones posteriores al Ordenamiento de Alcalá, que se mencionaron en párrafos precedentes, repiten el orden de prelación que éste establece, poniéndose ellas a la cabeza; la legislación indiana, esto es la Recopilación de Leyes de las Indias sigue esta tradición, y se pone al tope de la jerarquía, remitiendo luego a las Leyes de Toro de 1505.[45]

La tarea de jerarquizar las disposiciones es complicada, dado que, por una parte debían ser respetuosos de los textos, y conforme al espíritu de la época, existía la convicción de que la costumbre era igualmente importante, y que las grandes interpretaciones de los textos romanos tenían también un papel relevante.[46]

---

[42] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág. 5*
[43] *Id Pág. 4*
[44] *Id*
[45] *Id*
[46] *Id*

Bajo éstos criterios, cuando los monarcas españoles ordenaban aplicar sus leyes, especialmente sus compilaciones legislativas, daban también el orden de prelación entre ellas, sin ordenar la derogación de las ya existentes, lo cual hoy día pudiera parecer sorprendente, porque los legisladores actuales no consideran necesario ordenar que se apliquen sus leyes, ni establecen órdenes de prelación, sino que simplemente derogan la legislación anterior.[47] Lo anterior tiene su explicación, dado que en la época medieval existía una concepción distinta de la ley a como la concebimos hoy día.

VI. Objetivo del Derecho Indiano

La concepción de la ley en la Alta Edad Media, corresponde a una concepción iusnaturalista, inspirada en el tridimencionalismo jurídico[48] de Tomás de Aquino; los tomistas, como se ha mencionado, consideran que existen tres tipos de leyes; así, la ley divina está en la mente de Dios, quien dirige los actos y mociones de todos los hombres, en el caso particular la voluntad del rey, y por tanto, éste declara la ley y se convierte en su custodio, pero no debe innovar ni la puede derogar, pues no le es dado hacerlo, por tratarse de una ley que no le es propia, sino que es de inspiración divina. Es una concepción cercana a lo que hoy consideramos es el papel del juez, o la función jurisdiccional, en la que al juez no le es dado crear el derecho, sino solo declararlo.[49]

La producción del derecho de la época, reflejado en ordenanzas, pragmáticas, Cédulas Reales de los Consejos y Autos Acordados de las audiencias, se elaboraba con el propósito de lograr la justicia, entendida en la época como la perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde.

Las instrucciones reales del monarca eran autoritativas, pero cabía invocarse su no aplicación cuando se consideraba que de hacerlo se cometería una injusticia; así surgió la formula de derecho natural de "obedézcase pero no se cumpla"…[50] fórmula, cuyo contenido podemos explicar diciendo que, al estar el derecho vinculado a la justicia, y ésta a cánones divinos, debía obedecerse, pero por la observancia del aforismo de "dar a cada uno lo que le corresponde", que era el criterio orientador para la aplicación de la ley, provocaba que al cumplirse o realizarse lo que la establecía, se genera una injusticia; ante una situación tal, debía oponerse de inmediato la Suplicación, (también llamada recurso de suplica) para que los efectos ejecutivos de la norma se suspendieran, se revocara por el legislador, y expidiera un segundo mandato que habría de ser obedecido y cumplido sin mas recurso;[51] es seguro que este segundo mandato, en el caso de las Indias, ya contenía disposiciones mas acordes con las costumbres que imperaban en la Nueva España, a fin de que pudiesen además de acatarse, cumplirse.

---

[47] *Id*
[48] RODRIGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, Metodología Jurídica, Edit. Oxford, México, Pág. 151
[49] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág. 4*
[50] MONROY, *José de Jesús, Retórica y derecho Indiano, op.cit. Pág. 213, 214*
[51] CRUZ BARNEY, Oscar, *op.cit. Pág. 228, 229*

A su vez la orden real de que la ley se aplique, es considerada como la expresión del deseo de control, así como del poder de configurar las reglas sociales.

De igual manera, los reyes están conscientes de que al emitir una ley están construyendo sobre un saber milenario; por esto mismo remiten a los autores más prestigiosos y a los sabios antiguos, como lo hace expresamente el Ordenamiento de Alcalá, para que con apoyo orientador de éstos la aplicación del derecho fuera justa. Esto explica también, que en las universidades de los siglos XVI y XVII se estudie el derecho romano, y se preste atención a la obra de juristas como Bártolo y Baldo; por esto decimos que las grandes interpretaciones de los textos romanos tenían también un papel relevante en la aplicación de estas disposiciones; la consulta de la legislación era extraordinariamente complicada y difícil, por lo que el saber de los abogados de la época no era legalista.[52]

VII. Los académicos en el derecho Indiano

Los estudios en general durante la Edad Media, abarcaban el trivium y el quadrivium; el primer término se refiere al estudio de la gramática, la retórica y la dialéctica, en tanto que el segundo vocablo se refiere a la aritmética, la música, la geometría y la astronomía. Es comprensible pensar que quienes estudiaban derecho recibían fundamentalmente su formación en el trivium. La gramática era importante pues formaba en la pericia en el hablar escrito; la retórica destacaba por el brillo que otorgaba a la palabra, y la abundancia, que se consideraba necesaria principalmente en las cuestiones civiles, en tanto que la dialéctica, como la lógica, siempre ha sido necesaria para separar lo verdadero de lo falso. [53]

Se conoce relativamente bien el método de la enseñanza del derecho. Como hoy en día la base era la lectura del texto o fragmento del libro objeto de estudio. Se realizaba una lectura detenida y se hacía el dictado del texto, y se daban explicaciones de las dificultades de comprensión que surgieran. Posteriormente se organizaban disputas, en las cuales un estudiante después de explicar la controversia, sostenía unas conclusiones; primero, mantenía una opinión sobre un punto controvertido, otros estudiantes participaban en el ejercicio argumentando en favor o en contra de la conclusión sostenida. El ponente debía defender su conclusión. Al final el profesor debía determinar la postura más acertada. El tiempo para argüir estaba cuidadosamente regulado y la capacidad de recitar de memoria largos textos en latín era apreciado como conocimiento del derecho.[54]

Dada a la escasa aplicación de la Recopilación de las Leyes de Indias en la época, existe poca literatura jurídica al respecto; destaca sin embargo la labor realizada por juristas como Juan

---

[52] MONROY, José de Jesús, Retórica y derecho Indiano, op.cit. Pág. 211
[53] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág. 10*
[54] Ibid.

Francisco de Montemayor, Fray Gaspar de Villarroel, el cardenal Sáenz de Aguirre y el Marqués de Risco. [55]

Sus obras tratan temas relacionados con el Regio Patronato, derecho de presas de guerra, la condición de criollos e indígenas, derecho procesal, comercio entre la Península y las Indias, y sobre derecho canónico.[56]

Parece, de acuerdo a los comentarios que se hacen a los obras escritas por estos juristas, que aún y cuando en sus obras se abordan temas como los antes mencionados, lo hacen no con una intención doctrinal, sino como documentos explicativos y justificativos de ciertas instituciones vigentes en la época.

VIII. División de la jurisdicción y funcionarios judiciales en el derecho Indiano

Generalmente se identifica a la Real Audiencia como el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía en las Indias; sin embargo, tal percepción es incompleta, ya que por un lado las audiencias tuvieron en las Indias un triple carácter: fueron Órganos jurisdiccionales, de gobierno y consultivo, y por otro lado, dado que el concepto de jurisdicción de la época no corresponde a la misma idea que de ella tenemos hoy en día, no había entre las distintas instituciones novohispanas que ejercían facultades de justicia (gobernadores de provincia corregidores, alcaldes mayores, justicia mayores alcaldes ordinarios, alcaldes de indios), relación alguna de subordinación jerárquica o funcional a la Real Audiencia de México.[57]

El aspecto que interesa para el tema en desarrollo, es la función de la Real Audiencia como órgano jurisdiccional y de los demás tribunales que existieron en la época; en este sentido, las Audiencias tendían a lograr la integridad de la jurisdicción real frente a extralimitaciones de jueces y tribunales eclesiásticos.

Al respecto, debe decirse que en la época coexistieron dos tipos de jurisdicción; se habla de una justicia ordinaria y de una justicia extraordinaria.

La justicia ordinaria propiamente dicha, era impartida por las autoridades locales en asuntos civiles y penales; cuando en una ciudad, villa o pueblo no había Alcaldes Mayores, la primera instancia la ejercían los Alcaldes ordinarios; había también un Alcalde Mayor Indígena, que tenía jurisdicción en el municipio indígena en asuntos civiles y penales, y administraba justicia en nombre del rey; su autoridad era superior a la de los Alcaldes ordinarios e inferior a la del corregidor español. [58]

Las Audiencias Reales se integraban por un número determinado de oidores; en sus inicios era un órgano colegiado que funcionaba en pleno, y posteriormente se creo la Sala del Crimen que

---

[55] CRUZ BARNEY, Oscar, *op.cit. Pág. 264.*
[56] CRUZ BARNEY, Oscar, *op.cit. Pág. 265*
[57] MACEDO JAIMES, Graciela, *op.cit. Pág. 91-93*
[58] 55. CRUZ BARNEY, Oscar, *op.cit. Pág. 368 y 371*

conocía, como si fuese tribunal de primera instancia, de las causas penales que surgieren en un ámbito territorial de cinco leguas; fuera de ese perímetro conocía de los negocios criminales como órgano de segunda instancia de las justicias ordinarias en materia penal, es decir, la que ejercían gobernadores de provincia corregidores, alcaldes mayores y justicia mayores.[59]

Dentro de los funcionarios integrantes de la organización interna de la Real Audiencia encontramos que había un presidente (el virrey), oidores, alcaldes del crimen, y fiscales; y como subalternos había también el alguacil mayor, el teniente de gran chanciller, relatores, escribanos de cámara, abogados, tasadores repartidores, receptores de penas de cámara, estrados y justicia, receptores ordinarios y extraordinarios, procuradores, interpretes y porteros. [60]

Mención aparte merece el Tribunal de la Acordada, que se integraba no por funcionarios oficiales, sino por particulares; este tribunal tenía como misión perseguir a los malhechores que eran sorprendidos en delito fragante; se le denominaba de esa manera porque debe su creación al Auto Acordado de la Real Audiencia del 22 de mayo de 1722, y que por su carácter ambulatorio dependía exclusivamente del Virrey. [61]

La justicia extraordinaria, era aquella que se ejercía sobre los fueros personales o de grupo; al efecto existía una gran variedad de lo que ahora denominamos tribunales con competencia especializada: el Consulado, el Protomedicato, la Inquisición, la Mesta, la Acordada, el Fuero Universitario, el Tribunal de Minería, el Fuero Eclesiástico, los Fueros Militares y de Marina y el Juzgado General de Indios.[62]

Estos tribunales tenían sus propias formalidades y reglas de procedimiento, y las leyes y pragmáticas que aplicaban eran aquellas que habían sido expedidas especialmente para ellas; algunos de estos órganos estamentarios, prohibían la asistencia y aún la asesoría de los abogados, a grado tal que incluso llegaron a rechazar documentos que pereciera habían sido redactados por éstos. Cada uno de estos tribunales tenía una organización interna distinta. [63]

IX. Profesiones legales en el derecho Indiano.

Ya señalamos cual era la formación académica que se recibía en la época para poder formarse como licenciados en derecho; no todos los que estudiaban derecho ejercían la abogacía; había quienes se dedicaban a la clericia o era miembros de familias aristocráticas cuya formación en el campo del derecho les era importante solo para ascender en el orden jerárquico de la Iglesia, otros para reafirmar su condición social o desempeñarse en altos cargos gubernamentales.

En el territorio novohispano había la presencia de escribanos, que es el equivalente a un notario actual; frecuentemente tenía una preparación jurídica formal, eran examinados en sus conocimientos legales y en su habilidad para la escritura. Había una literatura para escribanos que

---

[59] MACEDO JAIMES, Graciela, *op.cit. Pág. 93*
[60] CRUZ BARNEY, Oscar, *op.cit. Pág. 319*
[61] *Id. Pág. 404*
[62] *Id. Pág. 372*
[63] PEREZ PERDOMO, Rogelio, *op.cit. Pág.* 8

contenía considerable información jurídica, aparte de esquemas (formatos) de los documentos más usuales; gracias a la gran cantidad de documentación jurídica producida por los escribanos es que actualmente se ha facilitado el estudio no solo del derecho sino de la forma de vida de la época.[64]

Los abogados recibían una educación jurídica formal, y su conocimiento acerca del derecho estaba certificado tanto por las universidades como por las audiencias; los requerimientos académicos que debían cumplir, era tan importantes como otro tipo de exigencias que se pedían: el ser "limpios de sangre" era importantísimo, ya que los colegios de abogados también exigían este requisito para poder ejercer la abogacía, por lo que estaban excluidas las "malas razas": moros, judíos, negros o pardos, los hijos naturales y los de personas que hubieran desempeñado un oficio vil o mecánico, así como los inmigrantes pobres llegados recientemente de España en busca de fortuna.[65]

Como el procedimiento judicial era escrito y las partes podían representarse por sí mismas, las clases pobres que no podían pagar un abogado, recurrían a los solicitadores, tinterillo o pica pleitos, que eran verdaderos sustitutos de los abogados; no tenían una educación jurídica formal, pero tenían un conocimiento practico del derecho. Eran de origen modesto, con lo cual sus cobros eran también modestos.

X. Derecho civil Indiano

No puede hablarse propiamente de un derecho civil Indiano, ya que la Recopilación de las Leyes de Indias establece que la legislación de Castilla debía aplicable de manera supletoria en estas tierras; es por esto que las Leyes de Toro y las Siete Partidas, que recogen las normas de derecho civil o mercantil existentes en la época cobran vigor en la Nueva España; por lo mismo instituciones tales como, el Derecho de las personas, el de familia, el de propiedad, el de sucesión mortis causa, y el de las obligaciones, regulan la vida en la Nueva España; sin embargo, de entre estas instituciones de origen romano-castellano, tiene una regulación especial en las Indias el derecho de la propiedad inmueble, que considera al Rey como el propietario originario de ella, y quien transmite el dominio útil a los particulares como una merced real, misma que puede revertir en caso de que no sea destinada la tierra a los fines para los que fue asignada.[66]

XI. Derecho penal Indiano

El derecho penal de la época motivo de este trabajo de investigación, se caracteriza porque en él se da por concluido el principio de "venganza" que prevaleció en la Alta Edad Media; así las Siete Partidas, contienen elementos que van a favorecer la reconciliación entre enemigos: el beso de la paz, y el abrazo; no obstante ello en dicho cuerpo legal se reconocen penas que cronológicamente nos parecen en la época actual sumamente duras y muy severas.

---

[64] *Id. Pág. 21*
[65] *Id. Pág. 10*
[66] MACEDO JAIMES, Graciela, *op.cit. Pág. 157*

Las Siete Partidas constituyen el cuerpo legal, (que por disposición de la Recopilación de las Leyes de Indias, que establecen que la legislación de Castilla debía aplicable de manera supletoria en estas tierras), contiene el derecho penal de la época; en ella se define al delito como "el mal fecho que se face a placer de la una parte e a daño e a deshonra de la otra." Se mencionan circunstancias eximentes, atenuantes, y agravantes de los delitos. La riqueza tenía un valor ambivalente para las penas: poca riqueza era considerada una atenuante y mucha riqueza una agravante.

La pena se definía como "enmienda de pecho o escarmiento que es dado según la ley, algunos por los yerros que hieron. La otra es porque todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo e apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo a las penas". [67]

XII. Conclusiones

1. El derecho indiano puede abordarse desde diferentes ángulos, dependiendo del interés de cada investigador.

2. No se trata de un derecho sistematizado, entendiendo por sistematización, "cuando los elementos particulares del conjunto se encuentran relacionados de tal forma que los más simples pueden ser deducidos de los más complejos y que los contenidos de todos ellos son lógicamente consistentes entre sí.";[68] dado que se trata de un derecho complejo por su carácter casuístico; porque prevalece sobre las situaciones la voluntad del rey; porque su interpretación se basa en principios generales, que debe hacerse a la luz de situaciones específicas.

3. Sin embargo, si es posible hablar de un sistema jurídico Indiano, en el sentido de que se comparte un origen histórico, una forma de pensamiento jurídico, instituciones jurídicas con características particulares, la naturaleza de sus fuentes y de interpretación, y determinados elementos ideológicos.[69]

4. El derecho indiano nace con las Capitulaciones de Santa Fe, de 1492, firmadas por la Reina Isabel de Castilla y Cristóbal Colón, las cuales contienen normas dirigidas a las tierras que se descubriera al momento de arribar a éstas.

5. El derecho indiano guarda características peculiares y distintivas del derecho castellano, producto de una preocupación importante surgida en la época: la justificación de la conquista y el asentamiento de españoles en América.

6. Se consideran documentos fundantes de la conquista y de la presencia española, las Bulas Intercoetera de 1493, extendidas a los Reyes Católicos por el Papa Alejandro VI; así como el Requerimiento y otros "justos y legítimos títulos", según legal y definitiva emitida el 13 de julio de 1573, por el rey Felipe II, en las Ordenanzas para los nuevos descubrimientos y poblaciones.

---

[67] *Id 124, 125*

[68] ROJAS AMANDI, Víctor, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano, Edit. Porrea, México, Pág. 1*

[69] GONZALEZ, María del Refugio, *El derecho Indiano y el derecho provincial novohispano. Marco historiográfico y Conceptual, Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica, Núm. 17, 1995, UNAM.*

7. El derecho indiano tiene orígenes distintos también desde un ponto de vista histórico-político, ya que las “guerras de las comunidades, surgida en Castilla en 1520, influyó en la voluntad política del rey para no permitir, ni otorgar, ni reconocer Fueros como los que hieran valer para acotar su autoridad las comunidades del Reino de Castilla, sino que se emitieron disposiciones ex profeso en agosto de 1555 por el Emperador Carlos V, para que algunas costumbres y organización social de los indígenas se respetaran para aprovecharlas con fines de poder y control.

8. Las fuentes del derecho indiano, son la costumbre usada, si ésta es razonable y no fuere contraria a la religión católica y a las disposiciones reales; la postura que hayan establecido las partes entre sí, las fasañas (sentencias) emitidas por las autoridades en su función jurisdiccional; la ley; y el derecho natural.

9. De entre las anteriores reviste importancia relevante el derecho natural, ya que si bien se enumera en último sitio, en realidad constituye la pieza angular de todo el pensamiento jurídico y legal de la época.

10. La costumbre a su vez, tuvo también un papel muy importante en el derecho indiano, ya que ésta verdaderamente se observó tanto en la expedición de leyes y ordenanzas, como en la emisión de las sentencias.

11. La recopilación de leyes fue un ejercicio constante a lo largo de este periodo, dado que había una gran cantidad de leyes y disposiciones emitidas como consecuencia de lo casuístico del derecho.

12. La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, de 18 de mayo de 1680, expedida por el Rey Carlos III, es la obra cumbre y oficial que recoge en 9 Libros un total de aproximadamente 6, 400 disposiciones.

13. El objetivo del derecho indiano es la justicia, entendida esta como el “dar a cada uno lo que le corresponde”: de ahí que se explica la gran variedad de normas expedidas para cada caso; el principio de “obedézcase pero no se cumpla”, esta imbuido también de esta concepción de justicia.

14. La enseñanza del derecho en las Indias, no generó en realidad grandes jurisconsultos novohispanos, o por lo menos sus nombres no han trascendido hasta nuestros días, salvo los de Juan Francisco de Montemayor y Fray Gaspar de Villareal, quienes en sus obras abordan el tema jurídico como consecuencia de los encargos desempeñados.

15. La competencia jurisdiccional era por más también compleja; había una llamada jurisdicción ordinario y otra llamada jurisdicción extraordinaria; no había una sistematización en cuanto a que se pudiera inferir una relación de subordinación jerárquica o funcional entre quienes impartían la justicia, que pueda compararse a lo que actualmente es un poder judicial.

16. Las profesiones jurídicas formalmente reconocidas era las que ejercían los escribanos y los abogados; éstos podían o asesoras a las partes o bien desempeñarse como tales en cargos dentro

de las Reales Audiencias, en los gobiernos de las provincias, en las corregidurías, o en las Alcaldías Mayores y en las Ordinarias.

17. El derecho civil que se aplicó en las Indias lo fue el de Castilla, (romano-castellano) ya que salvo en materia de propiedad inmueble, no se emitieron disposiciones particularmente expresas para las Indias.

18. El derecho penal se caracterizaba por haber evolucionado de la etapa de la "venganza" a la de la reconciliación entre enemigos; las penas continúan siendo duras y muy severas, pues priva el principio de la ejemplaridad de la sanción.

Bibliografía y Hemerografía

1. RETÓRICA Y DERECHO COMÚN, *López Monroy José de Jesús, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. XVII, 2005, UNAM.*
2. LOS ABOGADOS AMERICANOS DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA, *Pérez Perdomo, Rogelio, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. XV, 2003, UNAM.*
3. NOTAS PARA EL ESTUDIO DE LAS FUENTES REALES DEL DERECHO INDIANO, *López Monroy José de Jesús, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. 00-01 I, 1999-2000, UNAM.*
4. EL DERECHO CASTELLANO DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO INDIANO, *Bernal Beatriz, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. X, 1998, UNAM.*
5. CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA JURISDICCIONAL EN EL PERIODO COLONIAL, *Diego Fernández, Rafael, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. X, 1998, UNAM.*
6. LAS BULAS ALEJANDRINAS DE 1493, EN EL DERECHO INDIANO *Sánchez Bello, Ismael, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. V, 1993, UNAM.*
7. ADVERTENCIAS ACERCA DEL SISTEMA VIRREYNAL NOVOHISPANO, *De la Torre Villar, Ernesto, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol. III, 1991, UNAM.*
8. LA CONSUETUDO CONTRA LEGEN EN EL DERECHO INDIANO, A LA LUZ DEL IUS COMUNE, *Floris Margadant, Guillermo S, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Vol.II, 1990, UNAM.*

9. EL DERECHO INDIANO Y EL DERECHO PROVINCIAL NOVOHISPANO. MARCO HISTORIOGRÁFICO Y CONCEPTUAL, *González, María del Refugio, Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica, Núm. 17, 1995, UNAM.*
10. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO ANLGOAMERICANO, Rojas Amandi, Víctor, *Edit. Porrúa, México.*
11. METODOLOGÍA JURÍDICA, *Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, Edit. Oxford, México.*
12. ELEMENTOS DE HISTORIA DEL DERECHO MEXICANO, *Macedo Jaimes, Graciela, Universidad Autónoma del Estado de México, 1988.*
13. HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO, Cruz Barney, Oscar, *Edit. Oxford, México,*
14. LA COSTUMBRE INDIGENA EN EL DERECHO INDIANO 1529-1550, *Menegus Borneamm, Margarita, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen IV, 1992.*
15. EL DERECHO INDIANO TRES APORTACIONES HISTORIOGRAFICAS, *Bernal, Beatriz, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen XVII, 2005, UNAM.*
16. AMÉRICA EN LA CORONA CASTELLANO-LEONESA Y DERECHO PÚBLICO EUROPEO, Satorres Reig, José*; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, Volumen V, 1993, UNAM.*