

Importancia y efectividad del Derecho Peruano

EL hecho de constatar la efectividad de las diversas influencias que se suceden en la historia jurídica peruana no debe conducir a una desvalorización del interés y de la importancia que ella tiene.

La organización del Estado incaico y las instituciones prehispánicas en general constituyen uno de los experimentos más fascinantes y singulares que los hombres hayan hecho jamás. La empresa de conectar estos territorios con la civilización occidental correspondió a uno de los pueblos europeos de cultura jurídica más evolucionada en su época. La formación de nuestra nacionalidad no se produjo, pues, del choque entre núcleos errantes o dispersos de aborígenes bárbaros con exploradores o aventureros adventicios, emanados de una sociedad incipiente. Surgió, antes bien, de dos civilizaciones de estilo divergente; pero dotadas, cada una a su manera, de madurez y de autenticidad. Luego España, que acababa de probar su capacidad jurídica asimiladora y creadora, dotó a América de un Derecho especial.

El Derecho de los Incas, el Derecho español, el Derecho indiano resultan, por sí solos, centros de interés y conjuntos de importancia efectiva dentro del panorama mundial en sus épocas respectivas. Estas consideraciones tienen que acentuarse si se quiere estudiar, al mismo tiempo, su acción conjunta, sus interinfluencias, desplazamientos totales o parciales, convivencias y resultados, es decir todo lo que constituye la realidad de la historia del Derecho peruano propiamente dicho.

Antecedentes del Derecho colonial.

Mediante la Conquista llegó al Perú en el siglo XVI el sistema jurídico imperante en España y a través de él llegaron una serie de instituciones europeas de origen anterior a la formación de la nacionalidad española o coincidentes con ella.

Hubo en la península ibérica primero una época que algunos llaman "indígena" representada principalmente por celtas, iberos y mestizos de ambos o sea celtíberos, a la que siguió el establecimiento en algunos lugares de fenicios, griegos, focenses y cartagineses. Cualquiera que sea la importancia de los remanentes dejados por dichos pueblos, (y sobre esto discuten los tratadistas) dichos remanentes existieron. En el año 218 A. C., empezó la colonización romana y, con ella, una época decisiva en la historia de la península ibérica.

El Derecho romano influyó primero en España en dos formas: en la forma del llamado Derecho provincial español o sea el surgido en la propia península y en la forma del Derecho clásico. No hay que confundir esta primera influencia romanista con la que más tarde ejercita en España el Derecho romano en su forma justiniana y de las escuelas medievales, no ya en virtud de una dominación política sino de un fenómeno puramente cultural y jurídico (la "recepción").

Con la dominación visigoda que surge en el siglo V aparece una nueva influencia, la del Derecho germánico. Los germanos no destruyen radicalmente lo romano, lo respetan en su esencia; y con elementos hispanos, romanos, germanos y canónicos van formándose un sistema jurídico llamado visigótico. Céntrase primero a un estatuto personal, los visigodos van más tarde a un estatuto territorial cuyo exponente máximo es el "Fuero Juzgo". Entre los años 711 y 713 se produce la invasión árabe. Contra lo afirmado por algunos eruditos como Ureña, pese a la larga resistencia de los árabes en España, el Derecho árabe no influyó tanto como el romano, el germánico y el canónico en la historia del Derecho español, tal vez por sus características religiosas. También fué menor la influencia del Derecho judío, aunque ella existió en alguna forma.

De los siglos VIII a IX, en el proceso de la Reconquista, se va formando una serie de sistemas jurídicos territoriales cristianos. En ellos la influencia germánica es fuerte, notándose también a menudo un contenido propio, es decir hispano. En el siglo XIII comienza un nuevo período con las llamadas *recepciones de los derechos romano y canónico*. El Derecho romano de Justiniano recibido en parte a través de los escritores llamados glosadores, postglosadores y comentaristas, se mezcla con otros elementos hispánicos y se crea un sistema jurídico *hispano-romano-justineano*.

La monarquía castellana, cada vez más poderosa, procura, influida por la tradición romana y canónica, la unificación del Derecho: concede primero el mismo "fuero" al mayor número posible de municipios, dá lugar a la redacción de las Partidas (1256-1265) que son una enciclopedia de los conocimientos jurídicos de la época y, más tarde, favorece la publicación de sucesivas Recopilaciones (Ordenanzas de Montalvo en 1484, Leyes de Toro en 1505, Nueva Recopilación en 1567, Novísima Recopilación en 1805). A la vez, cuando es necesario, abate por la fuerza la importancia política adquirida durante los días inciertos de la Reconquista, por la nobleza y los municipios.

Cuando este proceso se ha producido y cuando el Derecho territorial está siendo reemplazado por el Derecho nacional creado bajo la égida de Castilla, se realiza el descubrimiento de América.

Castilla transplanta a América sus instituciones jurídicas y con ellas, los elementos históricos que las habían nutrido. Pero como otrora Roma en la Península ibérica, crea además un Derecho especial para sus colonias, el llamado Derecho de Indias o Derecho Indiano o Derecho español en América.

El Poder legislativo indiano.

Dentro del proceso centralista y absolutista que había madurado en España en la época del descubrimiento de América, el Rey era quien tenía la plenitud del poder legislativo. No era posible (dentro del tipo de Estado que se consolidó después de los frustrados esfuerzos feudales y municipalistas de la Conquista) la reunión de Cortes en América aunque esa idea brotara aislada o larvada en tal o cual cédula o en uno que otro tratadista, esto último sobre todo a principios del siglo XIX.

El Rey, de hecho, delegó en el Consejo de Indias el poder legislativo relacionado con América o lo compartió con él. Este organismo permitió la continuidad de la legislación por la larga duración y práctica de sus miembros, muchos de ellos juristas versados y antiguos oidores en América, que vinieron a marcar un contraste frente a la ignorancia o versatilidad de los sucesivos monarcas o de sus favoritos.

Las leyes dictadas para regir en Indias debían, pues, de conformidad con la ley 39 del título I, del libro II de la Recopilación, obtener el correspondiente pase del Consejo. Dichas leyes debía procurarse que se acomodasen al estilo de los vigentes

en Castilla y León "*en cuanto hubiere lugar y se sufriere por la diversidad y diferencia de las tierras y naciones*".

Desde 1754 fueron organizadas en forma definitiva en España los ministerios o secretarías de despacho universal, uno de los cuales era el de Indias; y entonces el pase del Consejo no se realizó necesariamente, pues el ministro respectivo, de orden real, podía comunicar en forma directa la disposición del caso a la autoridad que correspondía.

Debido a la distancia y a la complejidad de los asuntos, el Rey llegó a transmitir su potestad legislativa a los Virreyes americanos, aunque de modo indirecto, "como iniciativa, como medida provisional, como ordenanza complementaria". Los Virreyes, a su vez, compartieron con las Audiencias una división de funciones y tuvieron en ellas un contrapeso de autoridad. Lo dispuesto por Virreyes y Audiencias regía con la condición de la ulterior confirmación real, si bien podían tener a veces aplicación inmediata.

Por otra parte, los Cabildos, aunque mermados en sus funciones después del entronizamiento de los Virreinos y mucho más mediatizados con la ordenanza de Intendentes, pudieron promulgar las ordenanzas relativas a sus atribuciones específicas. Además, dentro de la organización corporativa de la época, aparecieron los fueros especiales para colectividades con fines materiales o espirituales; y los tribunales del Consulado, las Universidades y otras instituciones pudieron dar sus ordenanzas propias. Ellas no debían tener aplicación inmediata y necesitaban ser ratificadas por el Virrey o la Audiencia y confirmadas luego por el Rey.

En su sentido más amplio, la legislación indiana comprende pues no sólo las Reales Cédulas, pragmáticas etc., sino también las ordenanzas de las autoridades centrales dadas en nombre del Rey, las ordenanzas de las corporaciones previa aprobación, etc.

Contenido de la legislación de Indias

La legislación de Indias no surgió con carácter abstracto, general o geométrico, sino a medida que era preciso solucionar necesidades inmediatas. Además, fué una legislación permeable o abierta al cambio. La Recopilación y las leyes posteriores no tuvieron, pues, un sentido uniforme. Si se les compara con las Partidas, por ejemplo, parecen incompletas y desiguales. En

la legislación indiana, el Derecho Canónico y el Derecho Administrativo fueron muy profusos, especialmente el de la Hacienda Pública; en cambio, el Penal no descubrió formas nuevas de delito pero estableció una serie de atenuantes (la raza, por ejemplo) y agravantes. Un capítulo de los más fundamentales en las Leyes de Indias es el que se refiere a lo que cabe llamar, con una frase moderna, el Derecho Social. Por último, contuvieron ellas muchas disposiciones mixtas de carácter procesal-mercantil y marítimo relacionadas con la explotación de las riquezas y el envío de ellas a España.

Algo que dificulta el adecuado estudio de la legislación de Indias es la mezcla, harto frecuente en ella, de lo sustantivo y de lo reglamentario. No ha escapado esta observación aún a los apologistas de dichas leyes. Dice así don Niceto Alcalá Zamora en sus *"Reflexiones sobre las Leyes de Indias"*: "Con igual solemnidad, la misma fuerza, idéntico nombre, junto a las leyes trascendentales que son autolimitación del derecho de guerra o de conquista, que amparan la libertad y conservación racial de los indios, que establecen jurisdicciones de colosal demarcación, habrá detalles tales como el de aquella otra ley de Carlos II disponiendo que la Casa de Contratación de Sevilla haya "reloj" bien conservado y el portero de la Sala de Gobierno tenga cuidado de él y se le pague lo que estuviera acordado, y en otro sitio aparecerá la ley CVIII, título XV, de libro IX, ordenando en 1627 que no se gaste la pólvora en salvas; no sé si recogiendo la frase, ya entonces proverbial, o dando origen a lo que fuera. (1)

Notas del Derecho Público y del Derecho Privado indianos

En lo que respecta al Derecho Público indiano, señala don José María Ots como nota fundamental, su extraordinaria flexibilidad. De un lado surge la tendencia a ir a una excesiva reglamentación por parte de la Corona; pero de otro lado aparece la potestad de no aplicar la ley, siempre que surgieran los inconvenientes más abajo indicados. Potestad inherente a las autoridades coloniales que, a su vez, por los excesos a que podía conducir su aislamiento dadas las grandes distancias y la escasez de comunicaciones, resultaba sumamente contrapesada y re-

(1).—*Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, en "Revista de las Españas", Madrid, Setiembre-Octubre de 1934.

frenada (al menos, en teoría). El enlace y control recíproco entre Virreyes y Audiencias, sobre los cuales podía incidir además la intervención de Visitadores y Jueces de Residencia, no siempre funcionó satisfactoriamente; pero en teoría era esa su justificación.

En cuanto al Derecho Privado, la legislación de Indias fué escasa. Trasplantadas las instituciones básicas de la sociedad-familia, propiedad, etc. - los problemas con ellas relacionados, fueron resueltos de acuerdo con las normas ya elaboradas por el Derecho castellano, bajo las influencias primordiales de carácter romano, germánico, canónico y castellano propiamente dicho.

Llámase *casuismo* a las disposiciones legales que rigen casos prácticos o concretos. Puede decirse que fué la legislación indiana, sobre todo en lo que respecta al Derecho Privado, una legislación casuista. Sólo en aquello distinto o peculiar apareció la norma especial. En lo demás imperó el Derecho Castellano, salvo la importación de otros regímenes jurídicos españoles no castellanos por la vía consuetudinaria y la supervivencia del derecho consuetudinario indígena, fenómenos acerca de los cuales se hablará más adelante.

Consecuencia de todo ello es que el derecho privado propiamente indiano (dice Ots en el estudio citado) (2) tal como se refleja en las fuentes legales a lo largo de todo el período colonial, ofrezca escaso interés jurídico y se manifieste en preceptos, en ocasiones muy copiosos, pero referidos siempre a problemas muy concretos, guardando silencio sobre múltiples aspectos, los más, de la vida jurídica de las colonias hispanoamericanas. Un examen de conjunto, permite señalar como únicos núcleos legales que ofrecen interés histórico y jurídico dentro de la esfera del Derecho privado, aquellos que hacen referencia a las circunstancias modificativas de la capacidad jurídica; singularmente en cuanto determinan la condición jurídica de los indios; los que en el orden familiar tratan de conseguir que los casados que viven en Indias ausentes de sus mujeres, vuelvan a España a reanudar su interrumpida vida marital; los que modifican la doctrina civil y canónica de los impedimentos matrimoniales para evitar posibles abusos de poder de las autoridades de las colonias o para salvar el obstáculo que representaban para las infor-

(2).—“La expansión del Derecho español en las Indias”, en “Tierra Firme”, Madrid, año II, No. 1, 1936.

maciones previas de libertad y para la obtención del consentimiento paterno la dificultad de comunicaciones entre unos y otros territorios; los que regulan los matrimonios de los indios tanto en el orden canónico como en el orden civil con un criterio elevado y altamente comprensivo; los que definen el derecho sucesorio en las encomiendas y los que contienen minuciosas medidas para conseguir que los bienes de difuntos en Indias con sus familiares radicados en España o en otros territorios coloniales del Imperio español lleguen a poder de sus legítimos herederos; los que articulan el nuevo derecho de propiedad de las colonias; los que en la órbita del derecho de obligaciones regulan la contratación mercantil, y los que estructuran el contrato de arrendamiento de servicios, singularmente en cuanto se relacionan con el trabajo personal de los indios.

Después de estos preceptos generales señalados por Ots, cabe agregar las formas o matices especiales adoptados por determinados contratos o bienes jurídicos según diferentes regiones, sea por circunstancias locales, sea por la interferencia del régimen castellano en costumbres indígenas. En esa forma, paulatina y consuetudinaria, fué creándose un Derecho privado propiamente criollo no bien estudiado todavía y que halla su expresión en diferentes documentos de aplicación. Tal es el caso, en el Perú, del llamado contrato de yanaconaje o yanaconazgo; y en Lima, el del llamado "derecho de Llave".

Divorcio entre el hecho y el Derecho

Una circunstancia fundamental que precisa anotar, es el abismo entre la ley escrita y la realidad, el divorcio entre el derecho y el hecho. En principio, todas las cédulas del Rey debían ser observadas. El formulismo indicaba que ellas debían leerse, por el funcionario respectivo, descubierto poniéndolas éste luego en la cabeza en señal de acatamiento; pero el funcionario podía estimar que no convenía su aplicación, viniendo entonces, la fórmula tan conocida de: "Se acata, pero no se cumple". La legislación permitía su no aplicación, si había de causar escándalo o daño irreparable. Además los juristas estimaban que, en determinados casos, podían no cumplirse las leyes que contrariaban el derecho natural. Así, pues, los justificativos para no cumplir las leyes fueron: el daño o escándalo irreparable y la contradicción con el derecho natural.

Sabido es que muchos funcionarios no las cumplían en beneficio de sus intereses y aquí tenemos la diferencia entre los que tratan de fomentar la *leyenda negra*, fijándose en el hecho, en la realidad muchas veces exagerada; y los de la *leyenda dorada*, que se limitan a fijarse en las cualidades teóricas de las leyes de Indias. Esta última actitud ha sido tomada por juristas españoles contemporáneos, alguno de los cuales al ocuparse del Derecho Social en América, narra que los indios iban a la mita cantando y con un salario ampliamente remuneratorio; frente a tal afirmación están las noticias de Ulloa y Jorge Juan que indican cómo en el norte del Perú habían visto a indios arrastrados a la cola de un caballo, rumbo a las mitas. Surge un problema sutil: quién era culpable de ello, la Corona al dar leyes fuera de la realidad o la corrupción del medio colonial, pero esto es fuente de un estudio complejo y sólo cabe decir que el divorcio entre el hecho y el derecho es la base de un fenómeno de nuestra vida republicana: el desprecio de la ley.

La prelación en el Derecho colonial

Según lo dispuesto en la Recopilación de 1680, la legislación vigente en América estaba constituida en primer término por la Recopilación misma; en segundo lugar, por las leyes despachadas para Indias en cuanto no estuvieren revocadas y siempre hubiesen obtenido el correspondiente pase por ante el Consejo indiano; en tercero y último lugar, por lo mandado en las leyes de Toro, es decir por el Derecho castellano dentro del orden de prelación allí fijado.

Este principio tuvo algunas excepciones de hecho. Así, en lo que respecta a la minería, la Recopilación quedó con un carácter subsidiario frente a las ordenanzas especiales en esa materia. La aplicación de la ley de Malinas y sus interpretaciones sobre despojos de encomiendas y repartimientos de indios con sus pensiones y situaciones de rentas; la materia penal; las pañerías o fábrica de paños; las cuestiones mercantiles, quedaron también dentro de estatutos distintos (Ley 126, título XV, libro II; título VIII, libro VII; ley 30.; título XXXVI, libro IV; ley 75, título XLVI, libro IX; ley 10., título XIX, libro de la Recopilación).

Era precepto de Derecho que la ley posterior en lugar y situación y orden, libro o Recopilación en que estuviere, corrigie-

se la anterior en ella; si la anterior en orden no era de mayor equidad que la posterior. Hevia Bolaños decía: "Y la primera parte de la ley por la postrera se corrige, y el fuero general se deroga por el municipal especial". Por otra parte, "la ley o derecho introducido en un caso, se extiende a otro militando la misma razón". (3)

Asimismo, "la ley posterior en fecha y tiempo corrige la anterior en él, aunque sea posterior en situación y lugar". Después de la Recopilación de 1680 alcanzaron, así, lugar preferente las leyes modificatorias de ella. En lo que se refiere a la administración pública, la ordenanza de Intendentes corrigió los títulos respectivos de la Recopilación. Lo propio ocurrió con el resto de la legislación promulgada en el curso del siglo XVIII y principios del siglo XIX, por ejemplo, la relativa al comercio, la minería, el ejército, etc.

Esa importancia de la ley posterior es lo que valoriza el catálogo de cédulas editado por Matraya a principios del siglo XIX, a pesar del carácter particular, es decir no oficial, de dicho libro.

El Derecho local o regional

Como se ha dicho, la legislación indiana fué esencialmente casuista, es decir aplicada a casos concretos; las leyes dispersas se refirieron generalmente a localidades o regiones determinadas, más que a la totalidad de las Indias.

Hubo, de ese modo, primacía del Derecho local o regional sobre el continental. Así lo expresó el virrey conde de Salvatierra en su "Relación" al decir que si bien el gobierno de las Indias está dispuesto por las leyes de Castilla, es no menos cierto que las leyes municipales o locales despachadas para estas tierras tenían preferente aplicación sobre cualesquiera otra. (4)

Tal preferencia fué aceptada por la Recopilación de 1680, con la salvedad de que la norma de derecho particular fuese objeto de confirmatoria por parte del Rey (ley 1, título XIX, libro IV).

Mientras más tiempo fue transcurriendo, más desarrollo alcanzaron las colonias y más compleja se hizo la división admi-

(3).—Hevia Bolaños, "Curia Philipica", edición de 1776, págs. 45 y 46, párrafos 16 y 17.

(4).—J. T. Polo, "Memoria de los Virreyes del Perú, marqués de Mancera y Conde de Salvatierra", Lima 1906, pág. 20.

nistrativa, aumentó la tendencia al particularismo. Ella explica en gran parte el fracaso de las tentativas para la Ley del Nuevo Código.

A falta de una regla jurídica local dentro de un distrito determinado podía aplicarse la que imperase en una región limítrofe antes de ocurrir al derecho común general. Así lo dicen Solórzano Pereyra, Juan de Hevia Bolaños y (en lo que respecta al derecho minero) Francisco Xavier de Gamboa. (5)

Derecho Consuetudinario

El Derecho particular vigente en Indias podía estar constituido por leyes escritas y también por normas consuetudinarias. Según la ley 21, del título II, libro II de la Recopilación de Indias, la costumbre necesitaba ser integrada por varios actos, tres como mínimo — ser ellos continuados sin interrupción alguna y no estar prohibida por la ley.

Sin embargo, era posible que la costumbre se enfrentara a la ley. "De Derecho civil, real y canónico tiene fuerza de ley la costumbre legítimamente usada y prescrita por diez años para con presentes y veinte para con ausentes, determinada, a lo menos, por dos actos en el discurso de este tiempo (dice Hevia Bolaños); y procede aunque sea contra el mismo derecho y para corregirle, salvo que siendo contra el canónico, ha de ser de cuarenta años, como consta de una ley de Partidas y su glosa gregoriana. Mas esta costumbre para tener fuerza de ley ha de ser afirmativa de usarse una cosa, porque siendo negativa de no usarse, no la tiene, aunque sea de mil años, si no es comprendiendo en sí algunos actos afirmativos por lo menos tácitos, según Silvestro. Y habiendo dos costumbres, vale la más moderada; y no la habiendo en el lugar, se ha de guardar la de la tierra más cercana, conforme una ley de Partidas. Y nótese que cuando en lo que es necesario de derecho se usa alguna cosa para mayor superabundancia, cautela y consejo, no vale para introducir costumbre que tenga fuerza de ley, como se dice en el Derecho (6).

(5) —Solórzano, "Política Indiana, pág. 404 en la edición de 1776; Hevia Bolaños, "Curia Philipica" cit. pág. 44; Gamboa, "Comentarios a las Ordenanzas de Minas", pág. 5 en la edición de 1761.

(6). —Hevia Bolaños, ob. cit. pág. 46.

Derecho consuetudinario criollo y castellano

La costumbre podía ser netamente americana, es decir criolla. Ese carácter tuvieron, por ejemplo, el contrato de yanaconaje en el Perú y el derecho de llave en Lima.

También la costumbre podía ser española y trasplantada a América: de origen castellano o proveniente de algunas regiones no castellanas de la Península Ibérica.

Sería muy importante estudiar el papel así desempeñado en América en los primeros tiempos de la Colonización por el derecho netamente municipal castellano o sea el de los cuadernos de leyes concedidas por los Reyes a las poblaciones. Los Cabildos abiertos funcionaron en una serie de ciudades americanas, a veces durante la colonia y, de modo importante, en los días de la Emancipación. Las leyes de Indias no legislaron sobre ellos y apenas decían que los Procuradores no debían de ser elegidos por Cabildos abiertos. Se trata, pues, de uno de los trasplantes del derecho foral castellano en América, si bien no reunieron todos los requisitos señalados para la costumbre.

El Derecho español no Castellano en América

España no sólo es Castilla, sino Aragón (Cataluña, Valencia, Baleares) y otros países; y surge el problema de si el derecho español no castellano fué aplicado a América alguna vez. Llegó a haber localidades en América, pobladas considerablemente por españoles no castellanos. Esto sucedió por ejemplo con los vascongados en Laicacota (Puno), Potosí y Chile. En Laicacota y Potosí los vascongados entraron en sagrientas luchas con los andaluces. Podría preguntarse si el derecho vascongado u otro derecho territorial español no castellano se aplicó tal vez como derecho consuetudinario. Hay además un documento legislativo vascongado de importancia que rigió en América: las Ordenanzas de Bálbao (1637). Pero la vigencia de estas Ordenanzas de tipo comercial no dependió de su origen vascongado sino de su carácter práctico que hizo se extendiese en España y, por disposición expresa, en América.

Derecho Indígena

Además tiénese el problema del derecho consuetudinario indígena como fuente supletoria. Cabe señalar tres formas de su permanencia en la Colonia: 1o.— la influencia indígena en la legislación que tiene más importancia de lo que se cree en la mita en el tributo, etc. Los apologistas del virrey Toledo, aluden justamente a que este virrey se inspiró en el derecho indígena. 2o.— la facultad para que funcionasen los usos indígenas no opuestos a la legislación o a la religión católica. 3o.— La vigencia de las costumbres indígenas en contra de la ley, en lo que se refiere a la propiedad, derecho familiar, etc.

Cambio de actitud del legislador ante la costumbre

Interesante es constatar que esta simpatía del legislador español hacia la costumbre resulta contradicha por el Derecho republicano. El Código Civil de 1852 declaró que las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso (VI, tit. prel.); y que es prohibido a los jueces juzgar por ejemplos, debiéndose atender, cuando las leyes sean defectuosas o insuficientes, nó a la costumbre, sino al espíritu de las leyes, a la analogía y a los principios generales del derecho (IX, tit. prel.). Sólo cuando la costumbre suple la falta de convenio entre las partes, nó cuando trate de suplir la falta de ley, la reconoció y autorizó el C. C. en algunos casos.

Otro aspecto interesante tiene este cambio de actitud. La figura del indio no aparece en ninguna de las páginas del C. C. de 1852. En este sentido, la influencia del Derecho colonial no fue visible; porque, de acuerdo con los antecedentes históricos de la península ibérica, donde habían convivido romanos con celtíberos, hispano-romanos con godos, árabes con cristianos, ese Derecho creó teóricamente para los indios un estatuto especial que abarcaba sus deberes y derechos e inclusive establecía una legislación tutelar con cierta forma de autogobierno en los cacicazgos y reducciones.

Import

Aplicación del Derecho Castellano en América

A falta del Derecho Indiano en sus formas continental, regional o local, se aplicaba el castellano. Hevia Bolaños decía,

glosando a Bartolo y Baldo, que dictada una ley en un país determinado, cuando otro pasa a depender del primero, las leyes del dominante imperan en el dominado o incorporado en virtud del principio de la yuxtaposición. (7)

Una cédula reiterada para las Indias e inserta en la Recopilación de 1680 decía que debía aplicarse todo el Derecho castellano en vigencia hasta la dación de aquella; y en lo sucesivo solamente mediante una cédula especial que ordenara su aplicación en América. Es decir, debía producirse su registro en el Consejo de Indias, en el caso de que la aplicación de la ley castellana en América fuese de modo directo y no supletorio.

Carácter especial
y supletorio del
Derecho Castellano
no.

Cabe distinguir, pues, en la aplicación del Derecho castellano en América, los casos en que éste rigió por mandato especial, en primer lugar; y los casos en que se aplicó a falta de otras leyes sobre la materia, en forma supletoria.

En ese primer caso hállanse, por ejemplo, las ordenanzas de Bilbao, las ordenanzas militares, las ordenanzas generales de la armada, la ordenanza naval, las ordenanzas de matrícula de mar; y, en cierto modo, en una primera época, las ordenanzas castellanas de minería.

Se presenta aquí un problema importante. En 1805 se publicó en Castilla la "Novísima Recopilación" y surge la pregunta de si pudo aplicarse en América. Algunos dicen que nó, ya que no hubo una cédula real que así lo ordenara; otros, con más acierto posiblemente, afirman que puesto que venía a reformar a todas las leyes de Castilla la Novísima Recopilación debía aplicarse a América, pues no sería lógico que leyes derogadas en la Metrópoli hubieran seguido funcionando en las colonias.

El orden de aplicación de la legislación castellana en América estaba determinada (según una Cédula especial, recogida en la ley II del título I del libro II de la Recopilación) por las leyes de Toro. A ese respecto, dichas leyes no habían hecho sino repetir lo consignado en el ordenamiento de Alcalá, así como más tarde la Nueva y Novísima Recopilación de Castilla no harían sino transcribir el mismo precepto.

Dicho orden era, al concluir la Colonia, el siguiente: las nuevas pragmáticas y leyes que se hicieren, después de la Novísima Recopilación; y a falta de ellas las leyes de dicha Recopilación o de las Recopilaciones anteriores; en su defecto, las del fuero y estilo así real y general del Reino como muni-

(7).—Hevia Bolaños, ob. cit. 324.

cial particular de cada parte o pueblo, en lo que estuvieren recibidas en uso, probando el que las alegaba y no siendo contrarias a las demás leyes del Reino; y a falta de ellas, las Siete Partidas.

Teóricamente existía un orden de prelación de lo más nuevo sobre lo más antiguo. Sostienen algunos historiadores americanos, sin embargo, que, en el hecho, los jueces optaron por aplicar preferentemente las Partidas. A su vez, otros investigadores objetan que las Partidas fueron aplicadas preferencialmente sólo en lo que respecta al libro de ellas dedicado al Derecho Procesal. Esta última opinión parece la más exacta.

De todos modos, es evidente que al terminar la época colonial, la situación se presentaba caótica. Los distintos documentos de Derecho estaban en parte, derogados, y, en parte vigentes. De alguno de ellos, como el Ordenamiento de Montalvo, se dudaba desde su formación misma que le correspondiera vigor legal. Lo no preceptuado en un documento debía ser resuelto por el anterior; pero ocurría a veces que ese derecho supletorio resultaba antagónico. Códigos enteros tenían autoridad condicional o hipotética que exigía justificaciones especiales en cada caso. (Fuero Juzgo, Fuero Viejo, Fueros Municipales). Muchas necesidades modernas no habían sido contempladas aún por ninguna ley. Estos defectos de la legislación colonial fueron elocuentemente expuestos por Manuel Lorenzo de Vidaurre en la reunión de la Corte Suprema de 1834 en que se acordó la formación de Códigos para el Perú. "Se puede decir (léase en esa exposición) con seguridad que hasta aquí no hubo ni letrado, ni juez que tuviese una instrucción perfecta de la legislación, constituido el foro en una palestra en la que cada profesor sostiene a su clientela con textos que caza en esa selva enmarañada de disposiciones obscuras, contrarias y confusas". (8).

En lo que respecta al Derecho Penal ha observado el profesor Galo Sánchez el error de quienes han trazado la historia de este Derecho a base de los textos de carácter legal, olvidando que muchos no fueron aplicados o lo fueron de modo parcial. Es en las redacciones del Derecho consuetudinario y, sobre todo, en los documentos de aplicación del Derecho donde está dicha historia (9).

(8).—Vidaurre, "Proyecto de Código Civil del Perú", Lima, 1834, pág. III.

(9).—Galo Sánchez, notas históricas sobre el Derecho Penal español, incluidas en el libro de Coello Calón "Derecho Penal", 3ª edición, tomo I, Barcelona, 1935.

En el fuero eclesiástico debía guardarse el Derecho canónico y a falta de él, el Real; en el fuero secular, el Real y a falta de él, el canónico; y en ningún caso el llamado derecho civil, es decir el derecho romano (10).

El Derecho Romano

Legalmente, el Derecho Romano carecía de fuerza. Ya Gregorio López había dicho que las leyes del Derecho civil y común Imperial de los Romanos se reciben en el Reino en cuanto a razón natural, y no en cuanto a leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los Reinos donde los Reyes y Príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal, como en los Reinos de España".

No por eso ha de suponerse, sin embargo, que el Derecho Romano yaciera olvidado. Durante toda la Edad Moderna, en cuyo pórtico está el descubrimiento de América, corre una invasión romanista en la doctrina y en la práctica que llega a impregnar a la jurisprudencia inmediatamente anterior a la codificación, es decir, hasta principios del siglo XIX. En las Universidades se enseñó exclusivamente el Derecho Romano y el Derecho Canónico durante los siglos XVI, XVII y buena parte del XVIII; y, cuando bien avanzado éste, se empezó a enseñar el Derecho patrio, aquellos no resultaron desplazados. Por otra parte, los manuales de Derecho patrio fueron escritos bajo el plan romanista y monumentos jurídicos nacionales como las Partidas tenían una fuerte influencia clásica.

A propósito del Derecho Romano, precisa distinguir entre el valor de los textos legales y el de la obra de los jurisconsultos, muchos de ellos romanistas de una época histórica posterior. Pero como, por su parte, el Derecho Castellano y el Derecho Indiano tuvieron sus tratadistas propios, el estudio del valor teórico y práctico de los jurisconsultos debe ser objeto de un capítulo especial.

Jorge Basadre

(10).—J. Cabral Texo, "La prelación de los cuerpos legales en la historia del Derecho argentino", en el "Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas", Buenos Aires, 1933.