

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO II

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 44



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo II: 978-9972-42-858-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

UNA VISIÓN HISTORIOGRÁFICA DEL DERECHO INDIANO PROVINCIAL Y LOCAL*

Víctor Tau Anzoátegui

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho indiano es una construcción historiográfica centenaria que, con sus maestros y cultivadores propios, ha alcanzado un estado de madurez intelectual apreciable en el planteamiento teórico de sus cuestiones, en el método de labor y en la producción monográfica. En su propósito de «comprender» ese orden pretérito y explicarlo, se han propuesto y desenvuelto diversos enfoques y criterios de investigación que han ido variando con el tiempo y bajo los sucesivos contextos históricos e historiográficos, respondiendo así a las exigencias de una visión del pasado obtenida desde un observatorio del presente, en constante movimiento. El balance es satisfactorio en cuanto al progreso del saber y a la profesionalización de la disciplina. Bajo esta sólida base hoy se pueden formular nuevos planteos tendientes a mejorar ese conocimiento.

La idea de un Derecho Indiano provincial y local es, según veremos, bastante antigua. Está patente en nuestros primeros maestros y su huella se reconoce en maestros posteriores, pero es indiscutible que cobra una dimensión mayor en la contemplación que hoy hacemos del Derecho Indiano. Es así que se puede considerar como un campo de estudio escasamente atendido por los iushistoriadores: algunos no perciben o registran su existencia y otros no lo han perfilado con la profundidad que merece y la diversidad de vistas que requiere. Solo muy pocos han avanzado con planteos y consideraciones enriquecedoras. Es cierto que se han inventariado o editado un conjunto estimable de fuentes documentales que permiten observar, en aspectos aun parciales, la magnitud de la masa normativa local, pero no siempre en estos casos se ha puntualizado su ubicación dentro del ordenamiento jurídico general.

Hace algunos años señalé la necesidad de profundizar la noción de Derecho Indiano y desplegarla en el orden temporal y espacial: «Frente a una imagen clásica, unitaria, embretada, de un Derecho Indiano impuesto desde la Península, asoman nuevas imágenes de un Derecho Indiano múltiple, desbordante, nacido en distintos

* Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación: «Nuevos campos de investigación en la historia del derecho indiano: el derecho indiano provincial y local y la pervivencia de la cultura jurídica indiana después de la emancipación iberoamericana (Código: CEHI 1/02)», desarrollado en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, con financiamiento del Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España.

lugares del Nuevo Mundo, en concordancia con las diversas realidades geográficas y humanas que abriga el extenso continente».¹ Sobre una idea más simple se impone pues una noción compleja. No se trata de construir un Derecho local como logro dogmático para aplicar indistintamente en todos los lugares y tiempos, sino de verificar cuidadosamente las modalidades y transformaciones que el mismo experimenta a lo largo de tres centurias.

Cabe preguntarse sobre las razones que determinaron que en el pasado historiográfico haya predominado una imagen unificada del Derecho Indiano empeñada en mostrar al originado en suelo americano como mera consecuencia de la delegación de atribuciones del Rey en sus ministros que actuaban en los reinos y provincias. Sin pretender excluir otras causas, me parece que la principal es que en los siglos XIX y XX, en consonancia con las tendencias político-jurídicas de la época, dominaba la concepción de un Estado Nacional como único creador del orden normativo y de un Derecho que solo se expresaba a través del texto escrito promulgado por esa autoridad. Esta creencia se canaliza en el terreno historiográfico en el postulado de que mientras el Derecho local debía estudiarse en la Edad Media, concluida esta, cabía dar plena relevancia a los cuerpos legislativos nacionales, en detrimento de aquel. En este sentido es elocuente el testimonio ofrecido por el catedrático madrileño don Galo Sánchez cuando enseñaba respecto al pasado español: «El Derecho local va perdiendo durante la Edad Moderna el papel preponderante que desempeñó en la Edad Media [...] Ello nos permite prescindir del estudio de los textos de índole local (ordenanzas municipales v. gr.) salvo alguna excepción digna de ser tenida en cuenta».²

Esta directiva contenida en un influyente manual —de reconocida presencia en la universidad desde su aparición en 1952— parece recoger un punto de vista consensuado entre los iushistoriadores hispanos y de otros ámbitos europeos que de este modo relegaron a la penumbra el estudio del Derecho local, precisamente en los tiempos históricos en que nacía nuestro Derecho Indiano. Se explica así que los cultivadores de esta última disciplina formados en esta época, acusaran una notoria tibieza en punto a la consideración del fenómeno jurídico provincial y local y atendiesen como objetivo principal, y a veces exclusivo, al estudio del Derecho generado en la Península —sin duda, documentalmente más accesible—, no viendo tras él nada sustancial que mereciese su preocupación.

Con todo, sería erróneo suponer que esa historiografía indiana carece de contenido en la cuestión abordada. Al contrario, ha producido un capital científico que es necesario recoger y aprovechar en una perspectiva innovadora, encauzada dentro de la disciplina. Esta tradición científica es tan vasta y plural como lo fueron los territorios

¹ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, p. 85.

² Galo SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, 8ª. edición, Madrid, 1952, p. 146.

que integraron otrora la Monarquía Española. En los siglos XIX y XX se formaron grupos nacionales, que tuvieron desarrollos disímiles, ya por la misma índole de la materia, ya por la dirección que le imprimieron los maestros o escuelas imperantes, rodeado cada uno de peculiares contextos. En este sentido se destacan cinco tradiciones intelectuales encarnadas en estos países: España, Argentina, Chile, Perú y México, según un orden cronológico. A ello cabe agregar los estilos particulares de los hispanismos norteamericano y europeo.³ Aún así cobran relevancia algunos reconocidos maestros que llevaron sus puntos de vista más allá de los límites de sus respectivas tradiciones. Los más fuertes, sin duda, fueron Ricardo Levene y Rafael Altamira en la primera mitad del siglo XX y Alfonso García-Gallo, con posterioridad hasta fines de los años 80.

Mi propósito, en estas páginas, es incursionar en los hilos conductores de la noción de Derecho Indiano, tal como ha sido presentada por sus principales figuras y seguida por la inmensa mayoría de sus cultivadores en punto al fenómeno jurídico local. Se trata de una trayectoria que exige establecer etapas y ámbitos. En un apartado final ubico la más reciente bibliografía, la cual en general abriga una tendencia renovadora en la materia considerada. No consiste solo en plantear aquí un 'estado de la cuestión' como precedente de todo desarrollo monográfico puntual, sino de mostrar la utilidad de una mirada del Derecho Indiano distinta de la habitual que permita progresar en nuestro conocimiento.

2. LEVENE Y ALTAMIRA: IDEAS Y LEGADO INTELECTUAL

Aunque puedan mencionarse algunos aislados antecedentes, es reconocida como figura precursora la de Ricardo Levene por su obra *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*, publicada en 1924, después de haber dado a conocer desde 1916 avances sobre la materia. Si bien el español Rafael Altamira había ya hecho varios adelantos en la misma dirección —a través de su recordada gira americana, de sus cursos doctorales madrileños y de algunas publicaciones— fue el maestro argentino quien plasmó en aquella obra no solo un ensayo general, sino también un programa de investigación del Derecho Indiano.

Es amplia la definición que da Levene al decir: «La legislación de Indias comprende las reales cédulas u órdenes, pragmáticas, provisiones, autos, resoluciones, sentencias y cartas referentes al derecho público o privado, con lo que se ha querido expresar que en su elaboración y promulgación han intervenido órganos e instituciones distintas, desde el Rey al Consejo de Indias, al ministerio de Indias, a los virreyes, audiencias,

³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «Las tradiciones historiográficas en el estudio del Derecho Indiano», *Revista de Historia del Derecho* (en adelante: RHD), núm. 24, Buenos Aires, 1996, pp. 549-556; María del Refugio GONZÁLEZ, *El Derecho indiano y el Derecho provincial novohispano. Marco historiográfico y conceptual*, México, 1995.

cabildos, consulados, intendencias, sin nombrar a la derivada de concordatos y convenios internacionales».⁴

Como si fuese necesario puntualizar más este carácter amplio que otorgaba a dicha legislación, Levene insistía páginas más adelante: «Señalamos la característica fundamental de que la legislación de Indias emanaba de órganos e instituciones distintas. Nos vemos precisados a repetir que incurren en grave error los tratadistas que han considerado toda la legislación de Indias como derivada del Consejo, limitándose a estudiar esta parte que se inserta en las recopilaciones ensayadas o promulgadas, dejando de lado acaso su faz más importante, la legislación que emanaba de órganos o instituciones con potestad legislativa como virreyes, audiencias, cabildos, consulados —para no citar sino los más destacados— que constituyen otras tantas fuentes vivas y caudalosas del Derecho Indiano, como que las ordenanzas que podían dictar se inspiraban en las necesidades prácticas y más evidentes de las poblaciones a cuyo inmediato cargo estaba el gobierno y la justicia». Como si sintiera la necesidad de profundizar aún más la idea e ilustrarla con un ejemplo cercano y esclarecedor, Levene reiteraba: «Pocos elementos de comprensión suministrará la Recopilación de 1680 al estudioso inquieto por conocer la vida de la legislación de Indias en el Buenos Aires colonial, por ejemplo; y muchos y muy preciosos le sugerirá la cautivante lectura de Bandos de gobernadores y virreyes, de ordenanzas del cabildo, de la audiencia, del consulado». La conclusión era: «La legislación de Indias emana, pues, de fuentes diversas y heterogéneas, debiéndose agregar a este antecedente la circunstancia de su frondosa profusión».⁵ Si al elemento legislativo unimos el consuetudinario, que Levene también planteaba,⁶ se puede concluir que la propuesta era clara y amplia a favor de la indagación de un Derecho provincial y local, que prefería no denominar de modo particular pero que incluía dentro de una noción abierta de Derecho Indiano.

Esta postura del profesor argentino se difundió en el ámbito hispánico de ese año 1924 no solo a través del citado libro sino también por vía del *Anuario de Historia del Derecho Español*, cuyo número 1 se publicó entonces en Madrid, bajo el impulso de un grupo de catedráticos, en su mayoría discípulos de don Eduardo de Hinojosa. Precisamente allí, Levene eligió para publicar, como anticipo del libro, el capítulo sobre «Fuentes del Derecho Indiano», en donde se incluyen los párrafos arriba transcritos.⁷ Es el mismo texto, con muy pocas modificaciones de estilo. En el artículo del *Anuario* se insertó una nota en que se da cuenta de las razones que tuvo para escribir la obra;⁸ y en el libro aparece un último párrafo, omitido en el anticipo, donde después de ocu-

⁴ Ricardo LEVENE, *Introducción a la Historia del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1924, p. 42.

⁵ *Ibidem*, pp. 44-46.

⁶ *Ibidem*, pp. 34-40.

⁷ Ricardo LEVENE, «Fuentes del Derecho indiano», *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante: AHDE), t. I, Madrid, 1924, pp. 55-74.

⁸ *Ibidem*, p. 73.

parse de los ensayos legislativos anteriores a 1680, concluye que los estudiosos quedarán persuadidos de que «la Recopilación de 1680 no representa sino un momento en la historia del derecho de Indias y que el examen de toda su legislación se dilata en la extensión de tres siglos, durante los cuales se renueva y enriquece sin cesar».⁹ De este modo mostraba, otra vez, el carácter limitado que tenía ese cuerpo legislativo frente a quienes le daban o insinuaban, por desconocimiento o simplificación, un alcance abarcador de todo el Derecho Indiano.

No deja de ser de interés para el itinerario intelectual que trazamos, el hecho de que en 1949 un estrecho colaborador de Levene en el antiguo Instituto de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Sigfrido A. Radaelli, abordara el tema de manera indirecta a propósito de definir el «derecho patrio argentino nacido en 1810». Sostenía entonces Radaelli que «durante la dominación española existieron dos fuentes legislativas de América: la que provenía de la Península, o sea las Leyes de Indias, y la que, en el Nuevo Mundo, ‘brotaba de las instituciones regionales’, o sea el Derecho Indiano propiamente dicho, llamado también derecho patrio». Y enseguida agregaba: «Esta última legislación es la formada por las ordenanzas y disposiciones dictadas por las autoridades residentes en América con potestad legislativa: adelantados, gobernadores, virreyes, cabildos, audiencias». Para él, «*Derecho Patrio* fue, entre nosotros, el originado en las instituciones locales».¹⁰ Radaelli, en realidad, se apoyaba e invocaba un libro de Levene de 1942, la *Introducción de la Historia del Derecho Patrio*, donde después de sostener que «existen diferencias entrañables entre la Legislación de Indias General y el Derecho Indiano propiamente dicho, que brotaba de las instituciones regionales», afirmaba que «el Derecho Patrio se desprende de este último y desde sus orígenes es vertebral, formativo de la nacionalidad». En otros pasajes, reiteraba la idea: «El Derecho Indiano propiamente dicho es una expresión original del medio social hispanoamericano»; o «Al nacer el Derecho Indiano, proyectó fielmente la imagen de su origen, fue el espejo del lugar».¹¹ Estas manifestaciones tan enfáticas que me permito transcribir no hacen más que apuntalar una idea que por entonces Levene sustentaba firmemente: el carácter principalmente local del Derecho Indiano.

De manera paralela, Rafael Altamira venía impulsando los estudios de Derecho Indiano desde su cátedra del doctorado madrileño sobre Historia de las Instituciones Civiles de América por donde pasaban jóvenes doctorandos de España e Hispanoamérica, emergiendo de allí varios discípulos que se incorporarían al grupo de cultivadores de la disciplina. Aunque sus preocupaciones eran entonces análogas a las de Levene —casi veinte años menor que él— solo aquellas tuvieron expresión escrita lustros después, ya

⁹ LEVENE [4], pp. 51-52.

¹⁰ Sigfrido A. RADAELLI, «Derecho patrio argentino y no ‘Derecho intermedio’», *Revista del Instituto de Historia del Derecho* (en adelante: RIHDRL), núm. 1, Buenos Aires, 1949, p. 60.

¹¹ Ricardo LEVENE, *Introducción a la historia del Derecho patrio*, Aniceto López editor, Buenos Aires, 1942, pp. 28 y 9.

jubilado de la Universidad, y especialmente en la década de 1940, período en el cual se estrechó notoriamente la relación con el maestro argentino a través de una intensa y amistosa correspondencia que entabla desde su última residencia en México,¹² donde pudo dar punto final y enviar a la imprenta un conjunto de libros y estudios sobre Derecho Indiano que tenía en preparación, unos más pulidos, otros aún en estado de preparación. En uno de aquellos, la extensa monografía «Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII» que se fue publicando en varios números del *Boletín* de la Facultad de Derecho de Coimbra a lo largo del año 1945 —y nunca se reeditó— apuntaba precisamente al tema que nos ocupa. Sostiene allí que las facultades de autonomía y las doctrinas tendrían solo un valor teórico sino se hubiese producido «una masa de derecho escrito y consuetudinario de suficiente volumen e importancia jurídica para merecer consideración aparte y al lado de la legislación metropolitana», coronando con esta afirmación el capítulo que dedica precisamente a los «resultados de esa autonomía y descentralización».¹³ Allí mismo esboza un plan de investigaciones y publicaciones que, si bien es sugerente y expresivo de la significación que atribuía a este sector de la legislación indiana, resulta excesivamente ambicioso e impreciso, acaso por la ausencia de una sostenida experiencia en archivos y repositorios americanos.

Siempre dentro de esta línea, en 1951 —año de su muerte— apareció otro extenso escrito de Altamira en el que exponía un plan de estudio sobre «la vida municipal», que, según decía, tenía un lugar propio e importantísimo dentro del Derecho Indiano. El escrito se acerca más a un diálogo informal con el lector, desordenado, improvisado, pero informativo con muchas sugerencias y pocas precisiones. Lo que aquí cabe destacar es que del mismo surge una idea netamente valorativa de la materia que tiene entre manos.¹⁴

En la segunda edición del *Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano*, que apareció en 1948, Altamira comprende dentro del concepto de legislación a «todas las disposiciones normativas usadas en España y en las Indias españolas hasta sus formas más modestas». Como su meta era alcanzar el «Derecho vivido», el conocimiento de la legislación solo constituía un primer paso al que debía seguir el grado de cumplimiento y las desviaciones de la ley escrita. Todo esto, reconoce, «depende de otro género de investigación, ciertamente muy difícil y apenas intentada alguna vez; pero necesaria si queremos llegar a la verdad histórica». Estas aspiraciones le condujeron a

¹² Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «Diálogos sobre Derecho indiano entre Altamira y Levene en los años cuarenta», AHDE, t. LXVII, vol. 1, 1997, pp. 369-389.

¹³ Rafael ALTAMIRA Y CREVEA, «Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII», *Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, pp. 1-71 y 345-389; y vol. XXI, pp. 1-54 y 409-468, Coimbra, 1944-1945.

¹⁴ Rafael ALTAMIRA Y CREVEA, «Plan y documentación de la historia de las municipalidades en las Indias españolas (siglos XVI-XVIII)» en Rafael ALTAMIRA Y CREVEA y otros, *Contribuciones a la historia municipal de América*, IPGH, México, 1951, pp. 1-108.

estimular la indagación en los archivos americanos y a ampliar el campo de observación del iushistoriador, llevándolo al examen de documentación diversa, que excede la de los textos legales y de aplicación.

Levene al comentar el libro remarcaba estas consideraciones. Así, a propósito de la legislación dada en América, recordaba que él ya se había ocupado de este aspecto en 1924 y agregaba en frase apodíctica: «Es el verdadero Derecho Indiano, el que nació en el lugar, reconocido genialmente por España, lo mismo respecto de las instituciones indígenas supervivientes en la legislación de Indias, que el Derecho Indiano propiamente dicho emanado de Virrey, Gobernador, Audiencia, Cabildo, Consulado y otros organismos regionales». Y, en coincidencia con Altamira, destacaba la necesidad de conocer la documentación local y de organizar los archivos americanos.¹⁵

Altamira y Levene compartieron en general una misma concepción histórica del Derecho Indiano, según lo puntalicé en el citado trabajo, aún cuando se pueden percibir matices y expresiones que los diferencian. Este es, sin duda, un punto de coincidencia. Mientras Altamira reconocía que «la masa de derecho escrito y consuetudinario» alcanzaba el volumen suficiente y la importancia jurídica para asignarle un estudio aparte de la legislación de origen peninsular, Levene llegaba aún más lejos al sostener que ese era «el verdadero Derecho Indiano», nacido en el lugar o como también afirmaba era el Derecho Indiano propiamente dicho. Los archivos americanos eran depositarios de un rico bagaje que estaba a disposición de los investigadores dispuestos a llevar a cabo una tarea ardua pero al mismo tiempo apasionante y con promisorios frutos intelectuales. En realidad se trataba de una postura que parecía enfrentar las tendencias iushistoriográficas europeas dominantes entonces, al fijar su atención y destacar el papel del Derecho local o municipal en la Edad Moderna en el Nuevo Mundo. Los «padres fundadores» del moderno Derecho Indiano señalaban el camino para sus discípulos y futuros estudiosos. ¿Qué pasó con esta porción del legado intelectual?

Es evidente que el entusiasmo de los maestros no se transmitió en este peculiar punto de vista a sus seguidores. De los principales discípulos de Altamira, solo el mexicano Silvio Zavala avanzó, según veremos, en esta senda a través de la edición de documentación local, pues los restantes, José M. Ots Capdequi, Juan Manzano y Manzano y Javier Malagón Barceló, aunque todos ellos de sólida producción en temas americanistas, no abordaron específicamente el campo del Derecho Indiano local. En el caso de Ots es aún más sintomático este desvío, pues ni en su conocido *Manual de 1945* ni en su reelaboración de 1968¹⁶ dio lugar al tema y realizó citas generales extraídas de la Recopilación de 1680 con referencia a las atribuciones de las autoridades.

¹⁵ TAU ANZOÁTEGUI [12], pp. 379-380.

¹⁶ JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias, y del Derecho propiamente indiano*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1945; JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1968.

Según diría años después García Gallo, «toda la obra de Ots —las monografías y las exposiciones de conjunto— responde a su personal modo de entender el Derecho Indiano, identificándolo con las leyes dictadas en España para las Indias, prescindiendo de las emanadas de las autoridades españolas residentes en América (virreyes, audiencias, cabildos, etcétera.), de la costumbre, de la práctica administrativa, judicial o notarial».¹⁷ Solo un discípulo menos conocido de Altamira, don Francisco Domínguez Compañy, se ocuparía intensamente, a través de varios trabajos, de las instituciones y legislación «municipalista», según veremos más adelante, pero su actuación se desarrolló al margen de los estudiosos del Derecho Indiano.

A su vez, la línea sostenida por Levene se plasmó en su escuela argentina, formada en torno al Instituto que fundara en 1936 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con proyecciones en otros países hispanoamericanos, pero sin que se reflejase de inmediato en tareas científicas fácilmente identificables en la dirección que nos ocupa.

De tal modo, aunque el legado de ambos maestros no tuviese consecuencias prácticas en el futuro inmediato, en cuanto a la exploración científica de este Derecho local, según puede advertirse, lo cierto es que se convertirá en un punto de referencia de las generaciones siguientes, aún cuando el progreso de métodos, enfoques y calidad de las tareas haya superado largamente el conocimiento existente en esa primera etapa.

Antes de cerrar este parágrafo me parece necesario detenerme brevemente en un historiador del derecho americano, algo aislado y tal vez poco influyente por su obra, pese a los altos méritos que posee. Como discípulo de Ots Capdequi, tiene sentido observar su trayectoria y atender a sus consideraciones sobre nuestro tema. Me refiero al peruano Jorge Basadre (1903-1980) que, como catedrático de Historia del Derecho Peruano de la Universidad de San Marcos, elaboró en 1937, una obra general titulada *Historia del Derecho Peruano*, en la que al referirse al Derecho Indiano, señala la «primacía del Derecho *local* o regional sobre el continental». Sin embargo, no parece utilizar el término en el sentido de *creación* local del Derecho, sino de *dirección* local que tenían las leyes despachadas en la Península. En cambio, sí «la costumbre podía ser netamente americana, es decir *criolla*».¹⁸ No surge pues una percepción nítida de ese ámbito local como fuente creadora del Derecho. Después de publicada esta obra, Basadre continuó sus estudios sobre la materia, que expuso en el libro *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Es aquí donde manifiesta que ha seguido «el ejemplo de maestros como Altamira, Ots, Levene, García Gallo y muchos otros», aunque destaca que «haber trabajado al lado de Ots en España, de 1932 a 1935, es uno de

¹⁷ Alfonso GARCÍA-GALLO, «José M. Ots Capdequi», AHDE, t. VL (1975), p. 5. Es evidente que un juvenil trabajo de Ots sobre el municipio hispanoamericano hacia vislumbrar otra orientación. José M. OTS CAPDEQUI, «Apuntes para la historia del municipio hispanoamericano del período colonial», AHDE, núm. 1, 1924, pp. 93-126.

¹⁸ Jorge BASADRE, *Historia del Derecho peruano*, Editorial Antena, Lima, 1937, pp. 272-273.

los acontecimientos honrosos y decisivos de su vida». ¹⁹ Aparecen en este libro nuevas consideraciones sobre el Derecho Indiano legislado y aunque no pone énfasis especial en lo provincial y local, se refiere a este solo al ocuparse de los nombres de los documentos legislativos, como estatutos, ordenanzas y constituciones establecidas por los consejos, juntas, colegios y otros organismos para su mejor gobierno, agregando que los virreyes, presidentes y otras autoridades regionales y locales también dictaban ordenanzas. Agrega que mientras las normas legales emitidas por el rey o el Consejo se hallan en compilaciones o colecciones documentales, «faltan, en cambio, colecciones especiales de las otras fuentes de tipo legal de origen netamente americano, regional o local». ²⁰ Cuando trata sobre la costumbre jurídica, califica de «criollas o netamente americanas» a las nacidas en el tiempo de la dominación española. ²¹ Pese a la finura y penetración que caracteriza especialmente a este segundo libro, no se alcanza a percibir en Basadre una clara inclinación o advertencia sobre la importancia que tiene este Derecho local y en cambio es enfático en reconocer, en fidelidad a una doctrina estricta, que «la potestad legislativa radicaba en el Rey, quedando sujetas las disposiciones reales dictadas por otros funcionarios a la confirmación real». ²²

El caso de Basadre tiene interés, a mi juicio, por el uso de la voz «criollo», de tanta difusión posterior, pero sobre todo porque refiriéndose al Derecho local no lo entrevé como emergente de las propias Indias. En este sentido se aparta de las páginas de Altamira o Levene, que sin duda habrá leído. Del mismo modo que en el caso de Ots, cabría preguntarse si eran estos efectos de aquella orientación historiográfica dominante que hemos señalado en las lecciones de don Galo Sánchez.

3. GARCÍA-GALLO Y SÁNCHEZ BELLA: EL DERECHO INDIANO «CRIOLLO»

Una nueva etapa se abre con el magisterio de don Alfonso García-Gallo. De su perfil intelectual y de su obra científica en el campo del Derecho Indiano me he ocupado en un extenso trabajo hace una década. ²³ Sus enseñanzas e influjos se extendieron en España e Hispanoamérica durante cuatro décadas entre los comienzos de los 50 y los finales de los 80. Su producción científica, además de las obras de conjunto y los trabajos de orientación metodológica, se desarrolló principalmente sobre el medioevo español y los dos primeros siglos de la colonización en América, es decir, dos campos, aparentemente ideales para observar el trasplante de las instituciones y derechos locales de la Península al Nuevo Mundo. Sin embargo, no era esa la corriente historiográfica

¹⁹ Jorge BASADRE, *Los fundamentos de la Historia del Derecho*, 2ª. ed., Lima, 1967, p. XXIII.

²⁰ *Ibidem*, pp. 25-26.

²¹ *Ibidem*, p. 72.

²² *Ibidem*, pp. 25.

²³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «El tejido histórico del Derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García-Gallo», *RHD*, núm. 21, 1993, pp. 9-72. Destaco el aspecto que aquí se trata en pp. 44-46.

predominante, tal cual lo marcaba aquella directiva de su maestro Galo Sánchez. De ahí que don Alfonso, atraído por una concepción nacional del Derecho, tanto en la investigación como en la enseñanza, se inclinase a considerar un Derecho Indiano integrado y consolidado bajo la Monarquía Española dentro de una idea estatal, propia de los comienzos de la Edad Moderna.²⁴ Aún así, cabe destacar que uno de sus primeros trabajos en la disciplina, en 1946, consistió en dar a conocer un texto local, del Perú. Fue la ocasión en que escribió este párrafo nuclear: «La legislación dictada por el poder central no era la única vigente en el Nuevo Mundo. A su lado, como complemento y desarrollo de ella, nació y floreció una legislación criolla, indiana no solo por su destino, sino también por su nacimiento, promulgada por las autoridades que residían en Indias —virreyes, audiencias, gobernadores— para las provincias o lugares de su distrito. Estas fuentes legales —Provisiones, Ordenanzas, Autos de gobierno— no recogidas por los recopiladores del Consejo o los que trabajaban bajo su inspiración, no obstante su interés, constituían un grupo importante dentro del sistema general de fuentes vigentes en las provincias indianas, que no escapó a la atención de las autoridades y juristas que en ellas vivían y tenían que aplicarlas».²⁵ Poco después, en 1952 al dar cuenta de los estudios especializados, García-Gallo sostenía la necesidad de que «los historiadores del Derecho Indiano amplíen el campo de sus estudios —hasta ahora demasiado ceñido a las leyes dictadas por los reyes— para ocuparse también del Derecho criollo, tanto escrito como consuetudinario».²⁶ Esta misma situación apunta más tarde en su *Metodología* de 1970, al decir que «los investigadores no han dedicado a estas leyes criollas la importancia debida, en cuanto a su edición ni en cuanto a su estudio».²⁷

Es en su escrito básico «Problemas metodológicos...» de 1967 donde García-Gallo formula algunos juicios a los que cabe prestar atención. En primer lugar, hace un importante agregado al incluir entre las autoridades españolas residentes en América a los cabildos y establecer que las disposiciones que ellos dictaban eran para su provincia o ciudad, con lo cual distingue los dos niveles. Ahora bien, cuando designa al conjunto de esas disposiciones como Derecho Indiano criollo, dice que lo hace «por razones que no necesitan explicación».²⁸ En este escrito, sin embargo, desenvuelve algunas ideas que tienden a restar originalidad a ese Derecho local. Así sostiene que

²⁴ Sobre esta dirección de la Historia del Derecho en España, véase Manuel MARTÍNEZ NEIRA, «Los catedráticos de la posguerra. Las oposiciones a cátedra de Historia del Derecho en el primer franquismo» *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 6, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, pp. 191-199.

²⁵ Alfonso GARCÍA-GALLO, «El proyecto de 'Código peruano' de Gaspar de Escalona y Agüero» *AHDE*, t. XVII, 1946, pp. 890-891.

²⁶ Alfonso GARCÍA-GALLO, «Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano», *Revista de la Universidad de Madrid*, 1, Madrid, 1952, p. 62.

²⁷ Alfonso GARCÍA-GALLO, *Metodología de la Historia del Derecho indiano*. Santiago de Chile, 1970, p. 60.

²⁸ Alfonso GARCÍA-GALLO, «Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano». *RIHDRL*, núm. 18, 1967, p. 31.

no cabe «exagerar el carácter de origen americano del Derecho criollo, ni que este represente la reacción de las fuerzas locales contra el poder central». Considera que el mismo no refleja «una mentalidad americana distinta a la española» y afirma que «en la generalidad de las veces las Ordenanzas, Mandamientos y autos de las autoridades del Nuevo Mundo responden a los mismos principios que las leyes dictadas para Indias», ya por acomodarse a las normas del rey, ya por la mentalidad peninsular de los gobernantes. Sin embargo —continúa— hay prácticas indígenas que «se recogen y españolizan» y hay criollos que, como asesores, influyen en las disposiciones. Pero en último término, dichas ordenanzas «criollas por su origen», al ser aprobadas y confirmadas por el rey quedan integradas entre las fuentes de carácter real. Entre las genuinamente americanas, García— Gallo destaca las ordenanzas dictadas por los cabildos y la costumbre local, porque son obra de criollos.²⁹

Si el *Manual de Historia del Derecho Español* de García-Gallo puede considerarse como la obra de conjunto más sobresaliente de la época, con enorme difusión en el mundo hispano y proyección europea, conviene finalmente atender a la noción que da allí sobre Derecho Indiano. Este se integra por las leyes dictadas por los reyes o por las autoridades españolas residentes en América y las costumbres regionales o locales («lo que constituía —aclara— un derecho criollo»); por el Derecho castellano como supletorio; por la legislación eclesiástica de origen secular; y por los derechos consuetudinarios indígenas.³⁰

En suma, don Alfonso bautiza como «criollo» a un sector del Derecho Indiano originado en América y a través suyo la denominación alcanza mucha difusión en el ámbito de la disciplina, aunque un fugaz uso del vocablo ya se encuentra en el citado libro de Basadre. Si bien invita a los indianistas a ocuparse del mismo, lo que por sí es ya muy significativo, no alcanza a profundizar la noción y desenvolver su contenido. Sobre él pesa fuertemente una concepción nacional del Derecho que le lleva a restar originalidad y autonomía a esa creación jurídica local.

Un discípulo de García-Gallo, el profesor Ismael Sánchez Bella, fue el primero en dar estado académico al tema al consagrarle un estudio específico bajo el título «Derecho Indiano criollo», presentado en 1992 al X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano celebrado en Veracruz.³¹ Antes de esa fecha, Sánchez Bella, en reiteradas ocasiones, abogó por la publicación de textos legislativos locales y él mismo editó algunos.³² En la citada contribución —la única de su género aparecida hasta el momento— se reúne una importante bibliografía vinculada a la edición de esos textos que en su inmensa mayoría son piezas individuales cuya publicación

²⁹ *Ibidem*, pp. 33-34.

³⁰ Alfonso GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, 2ª. ed., Madrid, 1964, t. I, p. 104.

³¹ Ismael SÁNCHEZ BELLA, «Derecho indiano criollo», *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Escuela Libre de Derecho. UNAM, México, 1995, t. II, pp. 1481-1511.

³² Véase Ismael SÁNCHEZ BELLA, *Derecho indiano. Estudios*, Eunsa, Pamplona, 1991, I, 223 ss.

responde a otras preocupaciones ajenas al propósito de promover específicamente el conocimiento del Derecho local pero que naturalmente son útiles avances en esa dirección. En el trabajo de Sánchez Bella no hay planteos metodológicos ni conceptuales acerca del tema ni tampoco pautas críticas sobre la tarea de edición de textos que impulsa con particular empeño. En cuanto a la denominación de Derecho criollo afirma que si bien la expresión no se encuentra en las fuentes de la época, a su juicio «puede aceptarse, aclarando, sin embargo, que ese Derecho, aunque elaborado en los territorios de América y Filipinas, lo es por funcionarios de la Monarquía española y siguiendo muchas veces la pauta del Derecho castellano». ³³ De este modo, restringe su contenido a solo los textos legales dados por funcionarios de la Monarquía y dentro de estos encuentra algunos de más relieve, que «son las que proceden del ‘Superior Gobierno’», expresión usada para designar al virrey o a quien hace sus veces. ³⁴ Quedan así aparentemente eliminados dentro de esta definición la actividad normativa de cabildos, alcaldes, obispos, concilios, sínodos y omitida la costumbre local.

No obstante, queda en pie el especial interés que despierta «el derecho criollo» en Sánchez Bella. Cuando en 1982 recomendó en Venezuela la edición de ese tipo de normas, sostuvo la conveniencia de separar «el Derecho creado en España y el nacido en territorios americanos, el que los especialistas solemos denominar ‘Derecho criollo’»; y destacaba que la edición de sus fuentes tenía mayor interés que la de los cedularios. ³⁵

La postura restrictiva de Sánchez Bella debe ubicarse dentro de su visión sobre el orden político indiano. Aunque comparte la sólida tesis de Ricardo Zorraquín Becú sobre la condición política de las Indias, ³⁶ Sánchez Bella cree que debe atenuarse la «fuerte personalidad política», que aquel le asigna y afirma que «las Indias gozan de idéntico Derecho e idénticas instituciones públicas y privadas que Castilla», aunque pudieran darse matices o evoluciones regionales. Sostiene «que de acuerdo con la condición de las Indias respecto de Castilla, los órganos de gobierno territorial —virreyes, gobernadores, adelantados, etcétera— y los de orden local —cabildos, regidores, etcétera— tienen un claro entronque castellano desde el primer momento y que, para afirmar la originalidad indiana de una institución, por el factor distancia, o por las nuevas realidades (por ejemplo, la existencia de una numerosa población indígena) o por un proceso de adaptación», se debe actuar con cautela demostrándolo en cada caso. ³⁷ Naturalmente, esta actitud lleva a desconocer la posibilidad de que las provincias y ciudades pudiesen ejercer potestades normativas y

³³ SÁNCHEZ BELLA [31], p. 1481.

³⁴ *Ibidem*, p. 1485.

³⁵ Ismael SÁNCHEZ BELLA, «Edición de fuentes para el estudio de las instituciones de Venezuela». Reproducido en Ismael SÁNCHEZ BELLA, *Nuevos estudios de Derecho indiano*, Eunsa, Pamplona, 1995, pp. 121-127.

³⁶ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «La condición política de las Indias», RHD, núm. 2, 1974, pp. 285-380.

³⁷ Ismael SÁNCHEZ BELLA, «La organización política de la América española», *Revista Chilena de Historia del Derecho* (en adelante RChHD), núm. 15, 1989. Reproducido en SÁNCHEZ BELLA [35], pp. 149 y 152, respectivamente.

jurisdiccionales, con lo cual el Derecho criollo se convertiría simplemente en una acotada delegación regia, cuyo ejercicio además aparecía controlado constantemente por la misma Corona. En estas condiciones, la posición de Sánchez Bella restringe la propuesta más abierta de García-Gallo.

Elaborado por tres autores españoles —el propio Sánchez Bella, juntamente con Alberto de la Hera y Carlos J. Díaz Rementería— se publicó en 1992 un manual de la disciplina, en el cual el último de ellos, al fijar el concepto de Derecho Indiano, se refiere a «la parcela jurídico-indiana» que conocemos como Derecho Indiano-Criollo, con una vertiente canónica; y otra real, esta última producida por «las autoridades e instituciones de la administración en Indias», sujeta a confirmación de la Corona. Ese Derecho local —agrega— se encuentra reconocido en la Recopilación, y asegurada su trascendencia y actividad normativa.³⁸ La noción es restrictiva, porque aún cuando incorpora el Derecho canónico —lo que no era frecuente en otros autores— exige siempre la confirmación real y omite mencionar a la costumbre, como sí lo hacía García-Gallo. También el carácter tutelar del poder central se afirma por el reconocimiento que se dispensa al Derecho local en la Recopilación.

Por último, dentro de esta tendencia iushistoriográfica, cabe ubicar la más reciente obra docente del profesor José Sánchez-Arcilla Bernal, sobre instituciones indianas. Dentro de «la tipología normativa del Derecho Indiano criollo», los virreyes, gobernadores y corregidores, audiencias y cabildos aparecían investidos de facultades normativas, aunque las ordenanzas de los cabildos necesitaban confirmación por el virrey y la audiencia y ulteriormente por el Consejo de Indias. Aunque advierte que «con el auge del derecho legal la costumbre quedó relegada a un segundo plano como fuente del ordenamiento jurídico», establece la distinción entre la costumbre española o criolla y la indígena, esta última de «mucho mayor trascendencia».³⁹

Desde la perspectiva de los autores españoles de obras de conjunto —dice María del Refugio González— las Indias constituyen un todo, sin tener en cuenta las peculiaridades locales y que aún el reconocimiento de un «derecho criollo» se hace como una visión global,⁴⁰ a lo que se podría agregar que en general no se establece una noción evolutiva, sino estática. Sin embargo, es evidente que la escuela española ha logrado imponer la denominación de «derecho criollo», seguida por muchos cultivadores del Derecho Indiano de ambos mundos. Y también lo es que García-Gallo, partiendo de un enfoque crítico sobre la anterior historiografía indiana, si bien reconoce su contribución en esta materia, plantea en nuevos términos la cuestión y le da nombre. A su vez, Sánchez Bella, en la huella de su maestro, promueve la edición de

³⁸ Ismael SÁNCHEZ BELLA, Alberto DE LA HERA y Carlos J. DÍAZ REMENTERÍA, *Historia del Derecho Indiano*, Mapfre, Madrid, 1992, pp. 83-84.

³⁹ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Instituciones político-administrativas de la América hispánica (1492-1810)*, Madrid, 1999, T. I, pp. 159-160.

⁴⁰ GONZÁLEZ [3], pp. 13-20.

fuentes locales. Son estos dos aportes significativos que deben estimarse a la hora de hacer una evaluación de esa escuela con relación a nuestro tema.

4. ZORRAQUÍN BECÚ Y EL DERECHO LOCAL

A esta altura, es necesario ocuparse de un estudio fundamental que da nuevas vistas a la cuestión que venimos considerando. Se trata del que Ricardo Zorraquín Becú presentó en 1978 en el V Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano bajo el título «El sistema de fuentes en el Derecho Indiano».⁴¹ A mi juicio, este trabajo está intelectualmente conectado con otro suyo anterior de 1974, fundamental también, «La condición política de las Indias»,⁴² pues solo con la previa lectura y comprensión de la tesis expuesta en este último, puede entenderse plenamente el significado de aquel. Se propone Zorraquín dar un orden expositivo al gran conjunto de normas indianas, de origen heterogéneo, con diversidad de órganos productores del mismo, y de influencias diferentes en su contenido. Establece así sus grupos de normas de distinta procedencia y producción: el derecho de origen eclesiástico; las fuentes derivadas del derecho común; el derecho destinado a regular la condición de los indígenas; las fuentes contractuales; las fuentes locales; y el derecho canónico. En estos dos últimos grupos se encuentran las normas que aquí interesa destacar.

La complejidad del ordenamiento es tal que aún tratando de uno de los grupos, «las fuentes locales», el autor aclara que, en la imposibilidad de elaborar una síntesis orgánica por falta de caracteres comunes, se propone describir por separado las principales fuentes de producción, que establece en cuatro rubros: las normas expedidas por las autoridades; la costumbre; los derechos indígenas; y el régimen de las misiones jesuíticas. El primero, es producto de la delegación de poderes realizada por el rey y en principio se aplicaba el principio de la confirmación real. Incluía a virreyes, presidentes, algunos gobernadores, visitadores y también a cabildos, universidades, etcétera, en las materias que le competían. En la elaboración de estas normas —dice— «se siguieron las pautas del sistema castellano, aunque adaptándolo a las realidades de cada provincia. Sus autores fueron generalmente juristas formados intelectualmente en las universidades españolas o bien en las de América, cuya enseñanza era análoga. De modo que, en términos muy generales, cabe afirmar que este derecho era una prolongación, adecuada a las circunstancias locales, del que regía en la península». Los legisladores locales —agrega— «establecieron excepciones y cambios que se justificaban por la diversidad de sus destinatarios», no respetando a veces las normas superiores. La facultad legislativa local, según Zorraquín, no tuvo siempre la misma amplitud. En el siglo XVII aparece más limitada, volviéndose a ampliar en el último tercio del XVIII.

⁴¹ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «El sistema de fuentes en el Derecho indiano», *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, VI, Quito, 1980, pp. 3-51.

⁴² ZORRAQUÍN BECÚ [36].

Después de destacar el dilatado campo de desarrollo de la costumbre y la peculiaridad de los diversos sistemas jurídicos indígenas, pone de relieve la composición mixta del régimen de las misiones jesuíticas, en parte una imitación de las normas del Incanato, en parte aplicación de leyes indianas y, en lo fundamental, «una notable creación de la Compañía de Jesús». Más adelante, al ocuparse del derecho canónico, dedica un rubro especial al «derecho canónico local», cuya legislación está formalizada principalmente en los concilios provinciales y en los sínodos diocesanos.

Esta exposición panorámica de las fuentes del Derecho Indiano es, sin duda, una de las más completas y ajustadas que se conocen. Cuidadosamente evita usar el adjetivo «criollo» y, aunque no manifiesta en ningún momento oposición a su empleo, prefiere utilizar cuando es necesario la voz «local». Así, «legislación local», «normas locales», «ordenanzas locales», etcétera. Solo años después, en 1992, se registra una manifestación suya al respecto: «El nombre no me parece acertado —dice— pues criollo era el hijo de españoles nacido en el Nuevo Mundo y los principales autores de ese derecho fueron oriundos de Castilla. Más correcto y sencillo es llamarlo Derecho Indiano local, no solo porque era sancionado únicamente para una provincia sino también porque sus autores eran siempre autoridades regionales».⁴³

Ahora bien, al explayarse Zorraquín Becú sobre la idea en general del Derecho Indiano en otros escritos, se puede observar que lo concebía como una formulación original y en muchos aspectos novedosa, creada por la Corona castellana y en evidente dependencia de esta. Presenta el Derecho local, elaborado en las provincias, con carácter complementario, y por lo tanto sujeto a aquella dependencia de las autoridades superiores. Queda así acotado su perfil dentro de un orden normativo uniforme.⁴⁴ En fin, su contribución consiste en presentar una elaboración teórica acabada de las fuentes del Derecho Indiano, en donde acentúa el papel del Derecho local con amplio contenido, impulsa el cambio de denominación y esboza cierta dinámica histórica en su conformación.

5. LA EDICIÓN DE FUENTES DE DERECHO LOCAL

El estudio del Derecho provincial y local encuentra un escollo por una parte en la enorme masa documental a examinar, diseminada en repositorios españoles e hispanoamericanos sin adecuados inventarios temáticos, y por otra, en la escasa cantidad de textos normativos publicados en series organizadas. Si bien la abundancia de ma-

⁴³ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «Las aspiraciones del Derecho indiano y los resultados conseguidos». *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, Escuela Libre de Derecho. UNAM, México, 1995, p. 1772. Párrafo semejante en Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, «Hacia una definición del Derecho indiano», *RHD*, núm. 22, 1994, p. 408.

⁴⁴ Además de los trabajos citados en nota anterior, véase el discurso de Zorraquín Becú en el acto inaugural del *VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1983. *Actas y Estudios*, Buenos Aires, 1984, pp. 18-20.

terial ha sido también una dificultad para quienes acuden en busca de las normas provenientes de la Corte, la superación de este obstáculo se hace más factible a raíz de la publicación, ya antigua o moderna, de recopilaciones, compilaciones y catálogos que sirven de orientación en las búsquedas. En todo caso, la unidad de su producción y guarda —sobre todo en los libros registros-cedularios del Consejo de Indias hasta 1717— hace accesible al estudioso la mayor parte de esos textos.

En cambio, las disposiciones que integran el Derecho local son en su inmensa mayoría desconocidas para el investigador, aún las de su propio país o ciudad. En estas condiciones, las pocas ediciones antiguas de textos legales americanos o las escasas publicaciones seriadas modernas no ayudan aún demasiado al iushistoriador, que en el mejor de los casos solo puede atender a un reino, provincia o ciudad, debiendo necesariamente renunciar a miradas comparativas o enfoques globales. Consciente de esta situación, el profesor Sánchez Bella, el más entusiasta impulsor de lo que él acepta denominar «derecho criollo», ha propuesto reiteradamente la edición de fuentes legales de esa categoría y a su instancia el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano resolvió en 1980 preparar un plan de edición de fuentes histórico-jurídicas, que no llegó a concretarse. Es desde entonces una tarea pendiente, que sería necesario llevar a cabo, previa la fundamentación y orientación de tal labor.

En su *Metodología* de 1970, García-Gallo incluye una nómina de fuentes legales, éditas reales, y canónicas del orden local,⁴⁵ aunque un mayor número aparecen citadas en las abundantes notas que acompañan al ya mencionado trabajo de Sánchez-Bella.⁴⁶ Este último autor destaca entre ellas, a dos muestras ejemplares de carácter virreinal: la extensa colección de don Silvio Zavala sobre mandamientos y ordenanzas de virreyes mexicanos acerca del trabajo indígena en los siglos XVI y XVII,⁴⁷ y la compilación de las disposiciones gubernativas de don Francisco de Toledo, como virrey del Perú entre 1569 y 1580, que editó Guillermo Lohmann Villena.⁴⁸ Es pertinente en este punto recordar que Lohmann establece una interesante escala jerárquica de las normas locales «autónomas y privativas» que en modo descendente abarcaban las ordenanzas expedidas por los virreyes y gobernadores —esporádicamente, los visitadores—; por las audiencias; por los cabildos —propriadamente denominadas ordenanzas municipales—; y por «las asociaciones gremiales». Entre estas hace una especial valoración de las ordenanzas municipales.⁴⁹ Una discípula de Sánchez Bella, la doctora Mercedes

⁴⁵ GARCÍA-GALLO [27], pp. 60-66 y 89.

⁴⁶ SÁNCHEZ BELLA [31], pp. 65 ss.

⁴⁷ SILVIO ZAVALA y MARÍA CASTELO, *Fuentes para la historia del trabajo en Nueva España (1575-1805)*, 8 vols., México, 1939-1946.

⁴⁸ FRANCISCO DE TOLEDO. *Disposiciones gubernativas para el Virreinato del Perú. 1569-1580*, 2 vols. Introducción de GUILLERMO LOHMANN VILLENA. Transcripción de M. JUSTINA SARABIA VIEJO. Escuela de Estudios Hispano-Americanos. Sevilla, 1986 y 1989.

⁴⁹ GUILLERMO LOHMANN VILLENA, «Las ordenanzas municipales de Lima (1535-1635)», *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*. Madrid, 1973, pp. 655-657.

Galán Lorda, ha avanzado en esta línea de estudios con interesantes trabajos, como los de orden comparativo entre las ordenanzas del virrey Toledo sobre ciudades,⁵⁰ o los de seguimiento de la figura del virrey Luis de Velasco, como legislador local.⁵¹

Una importante fuente serial son los acuerdos o actas de los cabildos. No solo sirven para estudiar la génesis de las disposiciones de ese origen, sino para conocer diversas manifestaciones de la vida jurídica de la ciudad y su jurisdicción, entre ellas notoriamente las costumbres y prácticas. Sin embargo, a nivel continental, no se tiene un preciso inventario de los libros de acuerdos existentes y de pocos cabildos se dispone de una edición completa de sus actas. En la Argentina, Ricardo Levene fue un impulsor de esas ediciones. García-Gallo ofrece una nómina de las éditas⁵² y Norberto C. Dagrossa, en su *Bibliografía*, la presenta actualizada.⁵³

Las fuentes del Derecho local no se agotan con el aparato legal, el perfil consuetudinario, la doctrina o la práctica judicial, sino que es necesario operar con fuentes no jurídicas, ya que es aquí donde el historiador puede encontrar otros indicios o huellas para penetrar, con sus prácticas e intereses, en los intersticios del tejido normativo. Aunque sin poderlo aplicar en sus propias investigaciones, así lo anunciaron ya, de una manera menos precisa, los antiguos maestros Levene y Altamira. García-Gallo da por supuesta esta cuestión al ofrecer una interesante —y en todo caso selectiva— nómina de fuentes no jurídicas éditas y una indicación orientativa sobre las inéditas.⁵⁴ También Dagrossa incorpora selectivamente este tipo de fuente en su recomendable compilación bibliográfica.

A esta altura de la exposición, se avizora bien el inmenso valor que tiene el conocimiento de los documentos depositados en los archivos, en lo que coincidieron nuestros maestros fundadores. Altamira, en su ya citado escrito de 1951, enunció un plan que, aunque impreciso, se enmarca dentro de una perspectiva jurídica de las fuentes municipales y que, como él mismo dice, sirve al menos como «la guía para que continúen este ensayo los que vengan detrás de mí».⁵⁵ No es ocasión de ocuparse de su contenido. Probablemente bajo esa inspiración, en los primeros congresos de Historia

⁵⁰ Mercedes GALÁN LORDA, «Las ordenanzas municipales de Francisco de Toledo», *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, pp. 255-272.

⁵¹ Mercedes GALÁN LORDA, «Luis de Velasco, legislador (1590-95 y 1607 y 1611)», *Memoria del X Congreso* [31], t. I, pp. 497-527.

⁵² GARCÍA-GALLO [27], pp. 96-99.

⁵³ Norberto C. DAGROSSA, *Bibliografía de Historia del Derecho indiano*, Colección Proyectos Históricos Tavera (I). *Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica*. José ANDRÉS-GALLEGO (coord.). Digibis. Publicaciones digitales. Madrid, 2000. No dejan de ofrecer interés dos antiguos aportes sobre el tema: Agustín MILLARES CARLO, «Notas bibliográficas acerca de archivos municipales, ediciones de libros de acuerdos y colecciones de documentos concejiles»; y Manuel CARRERA STAMPA, «Las actas municipales fuente de la historia de México», ambos en ALTAMIRA Y CREVEA Y OTROS [14], pp. 179-238 y 109-135 respectivamente.

⁵⁴ GARCÍA-GALLO [27], pp. 113-131.

⁵⁵ ALTAMIRA Y CREVEA [14], p. 5.

del Derecho Indiano se mostró una evidente preocupación por esas fuentes materiales depositadas en los archivos hispanoamericanos, pero no hubo un tratamiento expreso relativo al Derecho local. Sin embargo, algunos de esos aportes, por su amplitud y generosidad de miras, patentizan la utilidad que encierra la consulta en esos repositorios documentales, como el del profesor Guillermo F. Margadant sobre archivos mexicanos o el del doctor José Reig Satorres sobre repositorios ecuatorianos.⁵⁶

Es distinto el panorama que se observa en las fuentes de orden canónico provincial y local, sin duda más accesibles al investigador. Hay tres tipos de series documentales básicas: concilios, sínodos y consuetas. Algunos de ellos se imprimieron en la época de su sanción o en tiempos históricos posteriores.⁵⁷ Su publicación ha sido motivada en las necesidades propias de la actividad eclesiástica, y desde luego también por obra de interés canónico e histórico. En las últimas tres décadas se han editado numerosos concilios y sínodos, ya en reediciones facsimilares, ya imprimiéndose los antiguos textos manuscritos.⁵⁸

Además se dispone de un plan de ordenar temáticamente las constituciones sinodales agrupadas por arzobispados que ha comenzado a ejecutarse con la publicación del correspondiente a la Arquidiócesis de la Plata.⁵⁹ Inclusive se cuenta con estudios comparativos de esos sínodos, como el pionero de Daisy Rípodas Ardanaz⁶⁰ y el más reciente de Rosa María Martínez de Codes;⁶¹ también estudios importantes basados en esas fuentes, como el de Carlos Salinas Araneda sobre el estatuto jurídico de los clérigos.⁶² Sobre las consuetas, Carlos Oviedo Cavada escribió el primer estudio histórico que conozco.⁶³ En fin, en la amplia y autorizada bibliografía sobre Derecho canónico indiano publicada por el mismo Salinas se

⁵⁶ Ver *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Actas y Estudios. Madrid, 1973, pp. 1047-1077 y 1079-1094, respectivamente.

⁵⁷ Sobre los textos de concilios, véase GARCÍA-GALLO [27], pp. 65-66. Sobre otras obras y documentos, *Ibidem*, pp. 89-91.

⁵⁸ Además de trabajos y textos aparecidos en *Misionalia Hispánica* (Madrid) y otros dispersos, cabe mencionar las series de *Fuentes para la Historia de la Iglesia en América Latina*, editadas por CIDOC (Cuernavaca), desde fines de los años 60 y la serie de «Sínodos Americanos» dirigida por Antonio García y García y Horacio Santiago-Otero (CSIC-Pontificia Universidad de Salamanca) a partir de 1982.

⁵⁹ Nelson C. DELLAFFERRERA y Mónica P. MARTINI, *Temática de las Constituciones sinodales indianas* (s. XVI-XVIII). Arquidiócesis de la Plata, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2002.

⁶⁰ «El Sínodo del Paraguay y Río de la Plata I. Su valoración a la luz del Sínodo de Tucumán I», *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Actas y Estudios. Madrid, 1973, pp. 231-268.

⁶¹ Rosa María MARTÍNEZ DE CODES, «Los sínodos de Santiago de Chile de 1688 y 1763. Valoración comparada de sus disposiciones», RChHD, núm. 12, 1986, pp. 69-93.

⁶² Carlos SALINAS ARANEDA, «El estatuto jurídico de los clérigos en los sínodos chilenos del período indiano», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (en adelante REHJ), núm. XVI, Valparaíso, 1994, pp. 105-138.

⁶³ «Las consuetas de las catedrales de Chile. 1689 y 1744», RChHD, núm. 12, 1986, pp. 129-154. Recientemente, Ana María MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, «Las consuetas de las catedrales de Santiago del Estero y de Córdoba en los siglos XVII y XVIII», *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Estudios, San Juan, Puerto Rico, 2003, t. II, pp. 41-68.

pueden encontrar referencias a las asambleas conciliares y sinodales, además de otros aspectos de interés para el Derecho local.⁶⁴

6. LA «HISTORIOGRAFÍA MUNICIPALISTA»

Aun cuando no pueda enmarcarse estrictamente dentro del nivel iushistoriográfico que estamos considerando, es necesario destacar el aporte proveniente de la denominada «historiografía municipalista», que cuenta con una nutrida producción de desigual valor y cuyo campo de acción y objetivos se dilatan por cierto hacia otros intereses, que llegan a centrarse en el municipio actual, pero casi siempre nutrido de una fuerte dimensión histórica. Dicha corriente pone énfasis en el desarrollo de las instituciones locales y considera que el municipio es la base y raíz del régimen político. Es la idea que sustenta una antigua bibliografía —no exenta de controversias— y una política de edición de fuentes desarrollada desde fines del siglo XIX, que en las últimas dos décadas ha producido en Hispanoamérica un aumento considerable de la bibliografía sobre el municipio, con una inevitable dispersión y heterogeneidad, que muestra en general un mayor interés por la actual problemática, sin desprenderse de la referencia histórica, muchas veces rutinaria y carente de originalidad. Sin embargo, este movimiento intelectual ha posibilitado una mayor atención por la conservación de la documentación histórica de esa índole y ha apoyado su eventual edición, aspecto que aún está muy atrasado, si tenemos en cuenta lo indispensable que resulta para encarar los nuevos estudios histórico-jurídicos sobre el Derecho local.

Esta línea historiográfica ha colocado su punto principal de atención en el cabildo hispano, su organización, funciones y actividad, pero no ha penetrado en el campo estricto de su producción normativa —génesis, contenido y aplicación— que es, sin duda, lo que más interesa a la historia jurídica. Aun así la utilidad de aquella bibliografía es básica para el iushistoriador, que la debe aprovechar como base de partida para sus indagaciones. Algunos pocos ejemplos, concretos y distintos, de elaboraciones realizadas en los últimos años pueden ilustrar sobre las posibilidades y también sobre las limitaciones de estas contribuciones.

Empezaré por la obra que Guillermo Porras Muñoz publicó hace dos décadas sobre *El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI* con el propósito de «esbozar la vida jurídica de la ciudad de México en su primer siglo», de «cuyas raíces se desprenden todavía hoy muchas de las usanzas jurídicas que persisten».⁶⁵ El autor estudia el gobierno de la ciudad, la constitución del cabildo, su jurisdicción, las autoridades y funciones del cuerpo y los oficios que lo integraban. Sostiene que la ciudad contó

⁶⁴ Carlos SALINAS ARANEDA, «El Derecho canónico indiano en la bibliografía de una década. Apuntes para un balance», REHJ, XVI, 1994, pp. 144-213. Sobre sínodos y concilios, pp. 164-169.

⁶⁵ Guillermo PORRAS MUÑOZ, *El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI*, UNAM, México, 1982, pp. 10-11.

desde su fundación con «un régimen de municipio libre», heredado del viejo modelo castellano medieval, pero adaptado a nuevas formas de vida que le dieron características propias. Esa libertad fue celosamente defendida, no siempre con éxito, por el Cabildo frente a la pretendida intromisión del poder real. El último capítulo sobre «La ciudad y su cabildo» aparece como el «más jurídico» de toda la obra. Aquí se ponen de manifiesto cédulas reales y actas capitulares con distintas invocaciones e interpretaciones; se muestran los privilegios —títulos y armas— de la ciudad, las formas de tratamiento y ceremonial, la relación con el virrey. Se da también cuenta de ordenanzas y prescripciones de abastos y policía. Pero aun así, a mi juicio, no se penetra en la médula normativa del derecho, al menos como podía esperarse. El mismo autor, en un trabajo posterior,⁶⁶ ofrece sugerentes apuntes de la misma época sobre la existencia de una legislación local y acerca de los intentos de su recopilación. En ambas ocasiones los acuerdos capitulares constituyen la fuente, por lejos, más utilizada, lo que por sí muestra su enorme posibilidad de aprovechamiento para el estudio del tema.

Tienen otras características los trabajos de Francisco Domínguez Compañy sobre las instituciones locales y ordenanzas municipales de Hispanoamérica. Su pretensión es la visión de conjunto, no la de determinada ciudad o provincia. Entre sus varias publicaciones, cabe aquí mencionar principalmente un artículo y un libro, ambos con idéntico título: *Ordenanzas municipales hispanoamericanas*.⁶⁷ Aunque los estudios son distintos, la base documental que los sustentan es la misma, constituida por una veintena de ordenanzas municipales que cubren un gran arco temporal de más de dos siglos y medio, de toda la América hispana, aunque la gran mayoría de los textos corresponden al siglo XVI. Ese grupo de ordenanzas es, sin duda, muy reducido para pretender, como en realidad se hace, dar juicios generales y sobre todo cuando se observa que entre ellas, junto a algunas importantes y clásicas de la primera época, se incluyen otras de escasa significación. En suma, las ordenanzas, son difíciles de comparar entre sí, dado su diverso contenido, tiempo y lugar. Su número es además, escaso para servir de sustento a un estudio global, demasiado pretencioso.

Es también objetable la adopción, con alcance genérico, de la expresión «ordenanzas municipales», incluyendo bajo esa denominación a un conjunto normativo amplio y variado. El autor introduce y opera esa expresión, con sentido y rigor dogmático, sin explicar sus posibles variantes; y da al vocablo «municipal» una acepción contemporánea al referirlo al ámbito de la ciudad. Bajo la misma denominación engloba las disposiciones dictadas por las autoridades reales de la jurisdicción y por el cabildo, aunque es a estas últimas a quienes dedica su atención.

⁶⁶ Guillermo PORRAS MUÑOZ, «Acumulaciones y compilación jurídicas del Cabildo de la ciudad de México», en Francisco de ICAZA DUFOUR (coord.), *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*. Estudios histórico-jurídicos, México, 1987, pp. 607-622.

⁶⁷ FRANCISCO DOMÍNGUEZ COMPAÑY, «Ordenanzas municipales hispanoamericanas», *Revista de Historia de América*, núm. 86, México, pp. 9-60; FRANCISCO DOMÍNGUEZ COMPAÑY, *Ordenanzas municipales hispanoamericanas*, Madrid-Caracas, 1982.

De su análisis se destaca la existencia de dos tipos principales de ordenanzas emanadas del cabildo, en razón de su contenido: las que tienen el carácter de constitutivas del régimen político o institucional de la ciudad; y las que se ocupan de regular los distintos aspectos de la vida cotidiana urbana, velando por los vecinos, el bien público y los intereses del común, que enumera y analiza brevemente.⁶⁸ En este sentido, el autor sostiene que los cabildos ejercían ampliamente la facultad de regir y dictar normas, aunque en el siglo XVI imperase la necesidad de obtener la confirmación de dichas ordenanzas de parte del rey o de sus más altos delegados en el Nuevo Mundo.

El aporte de Domínguez Compañy, por las observaciones formuladas, no es de modo alguno recomendable como modelo de estudio. Sin embargo, a falta de otros, ha sido mencionado por algunos autores, sin reservas. Su entusiasmo en poner en práctica la idea de Rafael Altamira, de quien se declara discípulo, es un atenuante a la hora de la evaluación final.

De tierra granadina procede uno de los últimos libros de esta corriente municipalista que es preciso destacar. Su autor, Miguel Molina Martínez, ofrece una amplia visión histórica del municipio en América desde sus orígenes hasta la actualidad,⁶⁹ en base a los resultados de la bibliografía consultada. Después de señalar, siguiendo a don Antonio Muro Orejón, que la organización política de las ciudades indianas tuvo como modelo el ordenamiento urbano peninsular, de origen medieval y particularmente el de Sevilla, se ocupa de marcar el extraordinario desarrollo que alcanzó en el Nuevo Mundo durante el siglo XVI, pues luego decayó como consecuencia de la venta de cargos concejiles y de la creciente intervención de los gobernadores, aunque mantuvo una sólida base para la autoridad y autonomía municipales. Los cabildos —agrega— resurgieron tras la implantación del régimen de intendencias, en pleno desarrollo centralista y absolutista, debido en parte a la presencia de los nuevos españoles, vascos y castellanos del norte, que llegaron y a la fuerza criolla, más activa y militante. Esto otorgó a los cabildos un decidido protagonismo en el inicio de los movimientos emancipadores.⁷⁰ La explicación es, sin duda, interesante, pero peca de demasiado esquemática y general. Como bien lo señala el propio autor, cada cabildo desarrolló, a partir de un modelo, su organización de acuerdo a las características y necesidades de su ámbito particular. El campo de actuación, derivado del conjunto de facultades y poderes, se manifiesta a través de «las ordenanzas municipales, verdadera expresión del quehacer de los concejos en el conjunto de la vida municipal».⁷¹ Aspecto este último, el de las ordenanzas municipales, que tiene un débil tratamiento,

⁶⁸ FRANCISCO DOMÍNGUEZ COMPAÑY, «Ordenanzas municipales hispanoamericanas», *Revista de Historia de América*, núm. 86, México, pp. 29-51.

⁶⁹ MIGUEL MOLINA MARTÍNEZ, *El municipio en América. Aproximación a su desarrollo histórico*, Granada, 1996.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 34-39, 101 ss.

⁷¹ *Ibidem*, p. 68.

pues no define la cuestión, se remite al mencionado libro de Domínguez Compañy y reproduce el esquema de materias que trae este autor.⁷² En suma, el libro de Molina Martínez es fiel exponente de esta línea historiográfica que estamos viendo, que ofrece un aporte básico al iushistoriador, pero languidece cuando trata precisamente lo relativo a la producción normativa de los cabildos.

7. SOBRE LA MÁS RECIENTE BIBLIOGRAFÍA

Desde mediados de la década de 1980, por la convergencia de diversos factores, se vislumbra en la iushistoriografía indiana, un mayor interés por los estudios del Derecho local. Es difícil tanto fijar el comienzo de esta transformación como establecer sus posibilidades y límites. En los procesos intelectuales de esta naturaleza, los mismos actuantes no siempre perciben la nueva situación y hasta se discrepa sobre la existencia misma de ese cambio. Es que ello no significa necesariamente una ruptura con la época anterior. Al contrario, se suelen recoger y desenvolver elementos, aunque con un punto de vista renovado.

Como característica de esta 'nueva situación', la iushistoriografía se ha mostrado, al menos en teoría, más atenta al contexto social que envuelve el fenómeno jurídico y cultiva tanto la dimensión jurídico-formal como la socio-jurídica. Desde la historia política de la colonización llegan nuevos interrogantes, hipótesis y reflexiones acerca de la constitución y trayectoria de la Monarquía Española, que ponen, en primer lugar, en evidencia que esta entidad política no puede adscribirse a los modelos o tipos de Estado diseñados actualmente por la ciencia política, sino que es esencialmente una conformación histórica con características atípicas y variables. Su funcionamiento no encaja dentro de los parámetros de la uniformidad, centralización y más bien se imponen la heterogeneidad, autonomía y particularismo jurídico, basado en las diversidades étnicas, geográficas, políticas, económicas y culturales de las provincias y reinos. Un buen ejemplo se puede encontrar en recientes trabajos de Eduardo Martiré. En uno de ellos,⁷³ luego de mostrar a través de ejemplos precisos el complicado gobierno de las Indias y la fuerza del Derecho local, llega a la conclusión de que este se constituye en «un elemento decisivo para dar a los americanos el sentido de su propia identidad, que aflorará con fuerza incontenible hacia la independencia cuando las circunstancias de España lo hicieron inevitable».

Esto impone una nueva mirada de conjunto al Derecho Indiano. En vez de hacerla desde la cúpula, que distribuye poderes y expide normas, se puede partir desde

⁷² *Ibidem*, pp. 75-78.

⁷³ Eduardo MARTIRÉ, «El Derecho indiano municipal como expresión de autonomía». *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Estudios*, San Juan, Puerto Rico, 2003, t. I, pp. 75-86; Eduardo MARTIRÉ, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001.

los pequeños espacios primarios que constituyen cada comunidad y que desarrolla una cierta autonomía político-jurídica, que goza de jurisdicción natural con poder de dar normas y juzgar conflictos. Es en las ciudades, donde se suscitan y resuelven, los asuntos que a ellas conciernen, sin que intervenga ningún poder extraño mientras se mantengan las reglas y no se afecte la justicia. Así, la idea de un solo poder central, concentrado en el rey, que expide normas y delega facultades se diluye con la existencia de un conjunto de «pequeños poderes», diseminados en los vastos territorios de la Monarquía. La relación entre centro y periferia genera un auto-gobierno local, que se articula con otros niveles intermedios y finalmente con la jurisdicción superior encarnada en el rey, asumiendo, a veces, los negocios modos de tramitación autónomos, que no coinciden con las formas lógicas que supondría un régimen jerárquico y simétrico de instancias para resolver los conflictos.⁷⁴

El localismo, unido al factor distancia y al surgimiento del criollismo dan vigor a un orden comunal con capacidad para resolver el conflicto local de Derecho, aun cuando por vía de recurso puedan también conocer del mismo otras jurisdicciones. Dicho particularismo debe ser entendido como conjunto de poderes e intereses en juego en cada lugar, en diferentes planos de la sociedad, que genera normas y prácticas entre las gentes, las corporaciones y las autoridades, con acceso de comunicación a niveles intermedios o superior de poder. En estas condiciones, la Monarquía como entidad política encuentra su armonía en el equilibrio, la flexibilidad y el respeto del localismo, principios de sustentación de una verdadera constitución no escrita.

Dentro de esta concepción político-jurídica del poder, el Derecho Indiano, lejos de constituir un orden legal emanado de un único poder central, se ofrece como una creación local, caracterizada por su casuismo, variedad y alta presencia, junto a leyes dadas en el lugar, de la costumbre y de prácticas socio-jurídicas. Esto hace revisar ciertos criterios excluyentes utilizados en el pasado por los historiadores en el estudio o invocación de las leyes indianas, principalmente de la Recopilación de 1680. El estudio del Derecho local permite acercarnos al «Derecho vivo», en estrecho contacto con la vida cotidiana, con la práctica jurídica, sin olvidar el importante significado de los grandes cuerpos legales, verdaderos depósitos, junto con las obras jurisprudenciales, de

⁷⁴ Sobre estas cuestiones, aquí apenas insinuadas, son de recomendable lectura tres trabajos, disímiles por su enfoque y procedencia:

— Antonio Manuel HESPANHA, «El espacio político» y «Centro y periferia», en Antonio Manuel HESPANHA, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 85-121 y 123-176, respectivamente.

— Tamar HERZOG, *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid (1650-1750)*, Fundación Histórica Tavera, Colección Proyectos Históricos Tavera (I). *Nuevas aportaciones a la historia jurídica de Iberoamérica*. José Andrés-Gallego (coord.). Digibis. Publicaciones Digitales. Madrid, 2000.

— Diana L. CEBALLOS GÓMEZ, «Gobernar las Indias. Por una historia social de la normalización», *Ius commune*, XXV, Frankfurt am Main, 1998, pp. 181-218.

la cultura letrada, cuya influencia sobre el mundo de la práctica es, a su vez, notorio. Tal como lo destaca un reciente estudio de Carlos Garriga, fueron los mismos letrados criollos quienes, en los discursos del siglo XVII en favor de sus pretensiones a ocupar plazas en la administración indiana, invocaban, entre otras razones, que eran ellos los que mejor conocían ese particular orden local.⁷⁵

Ya sea por estas razones, o por algunas otras, lo cierto es que se percibe en el ambiente iushistoriográfico indiano una mayor predisposición hacia conceder lugar más notorio a este Derecho local y provincial. Si algunas de las obras citadas en los párrafos precedentes bien podrían, por su fecha de aparición, tenerse aquí en consideración, opto por otros ejemplos extraídos de obras generales de la última década.

La exposición que hace el profesor chileno Antonio Dougnac Rodríguez en su *Manual de Historia del Derecho Indiano*,⁷⁶ al abordar los elementos y características de este Derecho, es bien nítida en enaltecer la presencia de la ley, costumbre, jurisprudencia de los tribunales y literatura jurídica originada en la misma América. Adopta para denominarla la voz «criolla», aún cuando al parecer prefiere luego eludir su utilización. Parte de la idea de que el Derecho Indiano es el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias, que comprende el Derecho Indiano propiamente tal o municipal, que eran las normas creadas especialmente para las Indias en Castilla o en América; el derecho castellano, con carácter supletorio; y el derecho indígena, propio de los aborígenes. Dougnac destaca que la legislación producida en América era muy abundante, dado que todas las autoridades radicadas en el Nuevo Mundo tenían facultades legislativas. Y agrega: «Hubo reales provisiones y autos acordados emanados de las Reales Audiencias; no menos importantes fueron las *ordenanzas* de virreyes y gobernadores; estos mismos solían dictar *bandos*, algunos de los cuales eran reiterados por sus sucesores perpetuándose hasta en los corregimientos, sus autoridades máximas, llamados corregidores o alcaldes mayores (según la región de que se trate), dictaban bandos de sabroso color local. La vida urbana estaba dirigida particularmente por las ordenanzas de los cabildos que determinaban el trazado de calles y acequias, la limpieza de unas y otras, la utilización de las tierras de uso común (ejidos y dehesas), los precios máximos que se podían cobrar por alimentos, productos y servicios, etcétera». De igual manera, continúa este autor enalteciendo el significado de las otras fuentes de derecho como creación americana. Además de estas normas civiles locales apunta también la existencia de un derecho canónico indiano.⁷⁷

Otro fruto de la manualística de buen nivel cabe considerar aquí. La *Historia del Derecho Indiano* de Javier Barrientos Grandón aparecida en 2000, merece un lugar en

⁷⁵ Carlos GARRIGA, «El derecho de prelación: en torno a la construcción jurídica de la identidad criolla». *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Estudios, San Juan, Puerto Rico, 2003, t. II, pp. 1092 y 1114.

⁷⁶ Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, UNAM, México, 1994.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 12-18.

esta nueva bibliografía.⁷⁸ Es la primera obra de conjunto que otorga al Derecho local un espacio significativo en la exposición general, siendo, sin duda, interesante que ello se haga exclusivamente a partir de las fuentes y de modo especial a través de los antiguos juristas. Si atendemos a la estructura de la obra, observamos que de los diez capítulos en que se divide, cinco están consagrados al «derecho municipal» y de estos cuatro a lo que puede entenderse por Derecho provincial y local, a saber: el «derecho municipal de jurisdicciones inferiores»; «el derecho municipal emanado de la República»; la costumbre; y el «derecho canónico municipal».

Sostiene Javier Barrientos que «en el derecho municipal de las Indias se observa la presencia de diferentes niveles normativos que dependían de las jurisdicciones de las cuales emanaban, a saber: a) un derecho dictado creado especialmente para enfrentar las realidades del Nuevo Mundo; y b) una pluralidad de derechos particulares (*leges particulares*) representados por las diversas disposiciones locales creadas en las provincias y ciudades indianas, y por las costumbres, dentro de las cuales se hallaban las de los indígenas que, en cierto modo, constituían una suerte de *privilegium* desde la perspectiva de su reconocimiento expreso por la Corona bajo ciertas condiciones». A este conjunto normativo, dice el autor, «los juristas acostumbraban llamar *Derecho Municipal*». Su posición era la de un derecho especial de las Indias frente al derecho general de Castilla.⁷⁹

Luego de esta caracterización de conjunto, Barrientos Grandón desenvuelve las cuestiones en cada uno de los capítulos, siguiendo solo exclusivamente a las fuentes legales y jurisprudenciales. Desde esta perspectiva asoma su gran utilidad para trabajar con dicha obra, como lo haré, al ocuparme de los distintos aspectos del tema que me propongo abordar, en sucesivas y futuras entregas de esta investigación. Ahora bien, con respecto a una visión crítica de esta contribución, es de celebrar que una moderna exposición de conjunto haya colocado, con énfasis, en destacado lugar a este derecho municipal (o provincial y local), lo que, como vimos, no había ocurrido en anteriores obras de esas características. Sin embargo, hay que observar que la ausencia absoluta de bibliografía citada o utilizada, criterio que el mismo autor ha decidido adoptar en estos capítulos, resiente el valor de su contribución, tan estimable en otros aspectos.

Las obras generales de Dougnac y de Barrientos coinciden, cada una según su modo y estilo, en poner en valor a este Derecho Indiano local y ambas marcan un cierto cuidado en cuanto al uso del vocablo «criollo», sin utilizarlo Barrientos, haciéndolo Dougnac menos intensivamente que otros autores. Estas dos obras proceden de la sólida escuela iushistoriográfica chilena, una de las más reconocidas en nuestra especialidad.

⁷⁸ JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius commune-Ius proprium en las Indias Occidentales. II Cigno Galileo Galilei*, Roma, 2000.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 235-236.

Es algo distinta la visión de los iushistoriadores mexicanos, según lo apunta María del Refugio González en un estudio metodológico y de orientación. Su título es de por sí expresivo. Bajo la denominación de Derecho Indiano se alude al que es general de todas las Indias y con el nombre de «derecho provincial novohispano» se comprende al local. El tratamiento es ilustrativo sobre el desenvolvimiento de una tradición iushistoriográfica nacional, que usa términos y enfoques propios. Cuando en la parte final del libro traza un esquema del orden jurídico de la Nueva España, establece seis categorías normativas, de las cuales tres son propias de ese Derecho local, a saber: a) «las disposiciones dictadas por las autoridades locales —tanto de la llamada república de indios como de la de españoles— en uso de las facultades delegadas por el rey. Este tipo de disposiciones regulaba prácticamente toda la vida social y económica de la Nueva España». Incluía en esta descripción a los cabildos, también a los concilios provinciales y disposiciones de arzobispos, obispos y cabildos eclesiásticos para el gobierno de la Iglesia local. Asimismo comprendía el derecho de los juristas en su manifestación local; el judicial local; el emanado de los tribunales reales, privativos y especiales del Virreinato; y el «derecho popular local, del que —agrega— no sabemos casi nada»; b) las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista, no contrarias a la religión católica y a la Monarquía; y c) la costumbre, la cual «pese a no tener formalmente gran importancia como fuente del Derecho, en la práctica judicial la tuvo y muy grande».⁸⁰

He dejado para el final una breve referencia a mis trabajos indianistas. Repasándolos encuentro que la cuestión me ha preocupado desde distintos ángulos o temas, que si bien pueden tener su espacio propio, considero que es necesario colocar en un determinado orden a fin de plantear metodológicamente la labor de investigación bajo el nuevo enfoque que propongo, pues sin perder su destino específico, algunas construcciones necesitan ser adaptadas cuando se pretende alcanzar un punto de vista más amplio en relación a determinado objetivo.

⁸⁰ GONZÁLEZ [3], pp. 65-66. En 2000-2001 se publica una tríada de breves ensayos del profesor Guillermo F. Margadant que puede servir de guía inicial para el estudio del Derecho indiano y novohispano. Escrita en 1994 —con atrasos mayores a esa fecha en la mención de la bibliografía no mexicana— establece que el Derecho indiano en sentido estricto se compone del expedido desde España para las Indias y del formulado por órganos estatales o semipúblicos radicados en las Indias. Estas normas constituían el «derecho indiano criollo» —para cuya vigencia oficial necesitaba la ratificación o aprobación de autoridades superiores—, que era una rama «tan amplia como variada en la categoría e importancia de sus fuentes». Así en una enumeración solo ejemplificativa desgana diversos tipos de normas dictadas por autoridades políticas civiles y eclesiásticas y también por corporaciones profesionales, agregando la costumbre, pero solo la de los aborígenes. De todo ello, y aún sin la precisión y fuerza de María de Refugio González, se destaca la presencia —esta vez, tibia— de este sector del Derecho indiano. Guillermo F. MARGADANT, *Introducción al Derecho indiano y novohispano*, 3 fascículos. El Colegio de México, México, 2000-2001, 1ª. parte, pp. 10, 19-20 y 2ª Parte, pp. 20-21.

En distintas ocasiones me ocupé de temas que fueron abriéndome la huella en este camino: el casuismo,⁸¹ la variedad,⁸² la costumbre,⁸³ el peculiar recurso de obedecer y no cumplir la ley,⁸⁴ el alcance y práctica de la Recopilación.⁸⁵ Esto me permitió avanzar en alguna construcción más general, como la idea del Derecho municipal del Perú⁸⁶ o el ordenamiento jurídico de la ciudad.⁸⁷ Algunos de estos trabajos se remontan a la década de 1970, pero los que estimo más cercanos a esta aproximación pertenecen a los años 90. En 1982, en una obrita de difusión dediqué un capítulo a «Las leyes y costumbres criollas»,⁸⁸ y en 1997 al ocuparme sobre método y orientación de la disciplina incluí otro capítulo, esta vez bajo la denominación de «Derecho Indiano provincial y local».⁸⁹ Por otra parte en el estudio de los bandos de buen gobierno intenté mostrar la inserción de estas piezas jurídicas en el marco del orden local⁹⁰ y en el examen de un caso institucional ocurrido a principios del siglo XVIII pretendí evidenciar el juego de los distintos niveles de poder en la solución del conflicto jurídico local,⁹¹ lo que me parece asunto vital, pues el Derecho local no es un ente aislado, sino imbricado en el ordenamiento general.

En este estado de la cuestión cabe finalmente señalar que la materia aquí considerada ha merecido ser, en los últimos años, colocada en un nivel preferente en los estudios históricos del Derecho Indiano, a través de los últimos dos Congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, donde los organizadores le dieron tratamiento especial al tema. A su vez, desde 2003 hemos iniciado en nuestro

⁸¹ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

⁸² VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «La variedad indiana, una clave de la concepción jurídica de Juan de Solórzano», Real Academia de la Historia, *II Congreso de Academias Iberoamericanas de Historia*, Madrid, 1992, pp. 475-488.

⁸³ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001.

⁸⁴ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «La ley 'se obedece pero no se cumple'. En torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano», en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La ley en América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 67-143.

⁸⁵ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680» y VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «La Recopilación de 1680: dificultades para su aplicación», en TAU ANZOÁTEGUI [83], pp. 173-233 y 235-248.

⁸⁶ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «El Derecho municipal del Perú. Apuntes sobre su configuración», en TAU ANZOÁTEGUI [83], pp. 311-345.

⁸⁷ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, «Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia» Academia Nacional de la Historia, Planeta, t. II, Buenos Aires, 1999, pp. 298-306.

⁸⁸ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 35-42.

⁸⁹ TAU ANZOÁTEGUI [1], pp. 85-95.

⁹⁰ Sobre todo, en el más reciente Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica). Edición y Estudio de VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, Buenos Aires, 2004.

⁹¹ «Poderes y normas a través de un ejercicio de casuística indiana (Buenos Aires, 1714-1717)». *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*. San Juan. Puerto Rico, 2003, I, 87-117.

Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho el desarrollo de un proyecto de investigación sobre el tema, que cuenta con el financiamiento del Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España. Este nuevo marco institucional de desarrollo de los estudios, si bien no puede lograr resultados espectaculares por sí solo, ayuda, sin duda, a profundizar ese enfoque de la vida jurídica provincial y local, que considero fundamental, para «buscar los principios que articulan una pluriforme colonización y ubicar el papel del derecho dentro del orden social», que con estas ajustadas palabras postulaba hace algunos años Fernando Muro Romero como uno de los objetivos a futuro de la iushistoriografía indiana.⁹²

Una rápida comparación entre el estado anterior y el actual de la cuestión analizada marca una profunda diferencia: el Derecho provincial y local indiano es hoy un tema que interesa a muchos historiadores del Derecho y de otras áreas, y ha empezado a tener un lugar cada vez más importante en el estudio del Derecho Indiano. No se trata solo de aproximarse a una nueva noción, sino de crear un nuevo enfoque: que permita mirar todo el Derecho Indiano desde otra perspectiva. Han surgido interrogantes sobre lo que se entiende por Derecho local, cuáles son sus elementos, cuál su relación y articulación con los niveles más generales. También, cabe preguntar acerca de cuáles fueron los factores y ritmos de su presencia a través de tres centurias, cómo fue su desarrollo en los diversos reinos y provincias, cómo se produjo su entronque con los denominados derechos nacionales hispanoamericanos del siglo XIX, etcétera. Estos interrogantes abiertos solo podrán ser despejados con indagaciones empíricas y reflexiones teóricas aplicadas a esos campos de trabajo. No se trata solo de profundizar una noción y desarrollar un sector de ese ordenamiento hasta ahora poco atendido por los iushistoriadores. Cabe ir más allá, descubriendo nuevas reglas e instrumentos que mejoren nuestra mirada sobre el Derecho Indiano.

⁹² Fernando MURO ROMERO, «Consideraciones sobre el porvenir historiográfico del Derecho indiano». *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Madrid, 1996, t. III, vol. I, p. 137.