

## HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

### FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

BARTOLO DE SASSOFERRATO, Comentario “De insula” (1250): “¿por qué leyes se regirán aquellas gentes que viven en los lugares que se ocupan, por las nuevas leyes del rey o pueblo que ha realizado la ocupación o por sus antiguas leyes? Guillermo de Cúneo afirma que deben regirse según las leyes que existen en el reino del ocupante, porque se consideran como incorporados al reino, lo mismo que ocurre con aquello que se agrega a un lugar por aluvión, que pasa a ser propiedad del dueño del predio al cual se agrega. Por el contrario, parece que no deben imponerse las leyes del reino, a no ser que conste expresamente que el rey lo recibió con ánimo de unirlo a sí y formar un solo reino, porque tal adquisición debe entenderse que se hace sin perjuicio del derecho de otros, por lo que se concluye que se regirán según sus derechos y no según el derecho del reino, pues aquel territorio se entiende que se une con sus derechos; hasta aquí son palabras de Guillermo. Según mi opinión, si ciertamente no consta cuál es la intención del ocupante, se han de respetar los derechos antiguos de aquel lugar en cuanto sean honestos [...] Tal ocupante puede quitar los bienes de los que allí habitan y darlos a otros, si la ocupación fue hecha por delito cometido por ellos, de lo contrario, no. Todo esto se aplica a los ocupantes que son inferiores al Príncipe, pues el Príncipe, al no estar sometido a las leyes, lo puede todo”.

1. [Leyes de Toro \(1505\) pág. 3](#): Ley 1ª: “Primeramente, por cuanto al señor rey don Alfonso en la villa de Alcalá de Henares, era de mil y trescientos y ochenta y seis años, hizo una ley acerca del orden que se debía tener en la determinación y decisión de los pleitos y causas,... y ahora somos informados que la dicha ley no se guarda ni ejecuta enteramente como debía; ordenamos y mandamos a todas las nuestras justicias de estos nuestros reinos que en la dicha ordenación, decisión y determinación de los pleitos y causas, guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo según que ella se contiene y ... se guarde el orden siguiente:

Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas por nos hechas y por los reyes de donde nos venimos y los reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenación y decisión y determinación se sigan y guarden como en ellas se contiene, sin embargo que contra las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas.

Y en lo que por ellas no se pudiere determinar, mandamos que se guarden las leyes de los fueros, así del Fuero de las Leyes [Real], como las de los fueros municipales que cada

## **HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

### **FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO**

ciudad o villa o lugar tuviere, en lo que son o fueren usadas y guardadas en los dichos lugares y no fueren contrarias a las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas, así en lo que por ellas está determinado como en lo que determináremos adelante...

Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas, y fueros, no se pudiere determinar, mandamos que en tal caso se recurra a las leyes de las siete Partidas hechas por el señor rey don Alfonso nuestro progenitor: por las cuales en defecto de los dichos ordenamientos, pragmáticas y fueros mandamos que se determinen los pleitos y causas así civiles como criminales de cualquier calidad o cantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y no otras algunas.

Y mandamos que cuando alguna duda ocurriese en la interpretación y declaración de las dichas leyes de ordenamiento y pragmáticas y fueros o de las Partidas, que en tal caso recurran a nos y a los reyes que de nos vinieren, para la interpretación y declaración de ellas...”

[Pragmática de promulgación de la Nueva Recopilación \(1567\)](#): “Sabed que por las muchas y diversas leyes, pragmáticas, ordenamientos, capítulos de Cortes y cartas acordadas, que por nos y los reyes nuestros antecesores en estos Reinos se han hecho, y por la mudanza y variedad, que acerca de ellas ha habido, corrigiendo, enmendando, añadiendo, alterando lo que, según la diferencia de los tiempos, y ocurrencia de los casos, ha parecido corregir, mudar y alterar; y porque asimismo algunas de las dichas leyes, o por haberse mal sacado de sus originales, o por el vicio y error de las impresiones, están faltas y diminutas, y la letra de ellas corrupta y mal enmendada; y otrosí, en el entendimiento de algunas otras de las dichas leyes han nacido dudas y dificultades, por ser las palabras dudosas; y por parecer que contradecían a algunas otras, y que asimismo algunas de las dichas leyes... según el tiempo en que fueron hechas y publicadas parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden, ni deben ser ejecutadas, y que además de esto las dichas leyes no impresas, ni incorporadas en las otras leyes, ni tienen la autoridad, ni el orden que convendría, de que ha resultado y resulta confusión y perplejidad en los jueces... , dudas y dificultades, y diferentes y contrarias opiniones; y porque las leyes son establecidas para que por ellas se haga y administre justicia, y para que se mande y ordene lo bueno y justo, y se prohíba y vede lo malo e ilícito, y sean regla y medida a todos, a los buenos para que las guarden y sigan, y a los malos para que se refrenen y moderen; y conviene que, además

## **HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

### **FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO**

de ser justas y honestas, sean claras y públicas y manifiestas, de manera que los súbditos entiendan lo que son obligados a hacer, y de lo que se deben guardar, y sea a todos cierta y claramente guardado su derecho, y se excusen las dudas y diferencias, pleitos y debates, y se viva en la paz y quietud pública, que en los Reinos bien gobernados se debe tener; y que para este mismo efecto en las dichas leyes se supla lo que estuviere falto y diminuto, y se quite lo superfluo, y se declare lo dudoso, y se enmiende lo que estuviere corrupto y errado;... y habiéndose todo visto, y con nos consultado, hemos acordado que las dichas leyes, y nueva Recopilación... se imprima y estampe... y mandamos que se guarden, cumplan y ejecuten...”

[Recopilación de Leyes de Indias, Libro II, Título I, Ley 2](#). El Emperador Don Carlos y la Emperatriz Gobernadora en las Ordenanzas de Audiencias de 1530. Don Felipe Segundo en la Ordenanza de 1582. Y Don Felipe IV en esta Recopilación (1680) (El Rey Felipe IV ya no vivía cuando se promulgó: esta data debe provenir de los proyectos anteriores de León Pinelo o de Juan de Solórzano Pereira):

“Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de [estos reinos] esta Recopilación, o por cédulas, provisiones, u ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla, conforme a la de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de sustanciar”.

[Recopilación de Leyes de Indias: Libro II, Título 1, Ley 39](#): Don Felipe III en Madrid, 15 de diciembre de 1614; Don Felipe IV en Barcelona, 23 de abril de 1626 y en Valencia, 20 de noviembre de 1645. “...no cumplan las cédulas, provisiones y otros cualesquier despachos dados por nuestros reales Consejos, si no fueren pasados por el de las Indias, y despachada por él nuestra Real Cédula de cumplimiento...”

[Recopilación de Leyes de Indias: Libro II, Título 1, Ley 40](#): Don Felipe IV en Monzón, 8 de marzo de 1626 “Mandamos a..., que no permitan se ejecute ninguna pragmática de las que se promulgaren en estos reinos, si por especial Cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandare guardar en aquellas Provincias.”

## HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

### FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO

VASCO DE QUIROGA, Obispo de Michoacán ([Memorial 4-7-1535](#))<sup>1</sup>: “sea por tales modos, medios y arte y por tales leyes y ordenanzas, que se adapten a la calidad y manera y condición de la tierra y de los naturales de ella, de manera que ellos las puedan saber, entender y usar, y guardar y ser capaces de ellas; y de esta manera son las de mi parecer, sin los entrincamientos y oscuridad y multitud de las nuestras, que no las sabrán, ni entenderán, ni serán capaces de ellas de aquí a la fin del mundo, ni se las adaptarán cuantos son nacidos; porque no en vano, sino con mucha causa y razón, éste de acá se llama Nuevo Mundo (y es lo Nuevo Mundo no porque se halló de nuevo, sino [...] como fue aquel de la edad primera y de oro, que ya por nuestra malicia y gran codicia [...] ha venido a ser de hierro y peor), y por tanto no se pueden bien conformar nuestras cosas con las suyas ni adaptárseles nuestra manera de leyes ni de gobernación [...] si de nuevo no se les ordena que conforme con las de este Mundo Nuevo y de sus naturales, y esto hace que en éstos sea fácil lo que en nosotros sería imposible, porque en la verdad lo es en todo, y así en todo para el remedio de él y habían de proveer y ordenar las cosas de nueva manera, conforme a la calidad y condición de él y a la manera y condición, y complexiones, e inclinaciones y usos y costumbres buenas de sus naturales”.

JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, [Política indiana \(1648\) Tomo 2 Libro V, Capítulo XVI, § 4, pág. 402 \[Bayerstaat bibliothek pág. 411\]](#): “porque todo, o lo más, es nuevo en ellas [las Indias] o digno de innovarse cada día, sin que ningún Derecho fuera del Natural, pueda tener firmeza y consistencia, ni las leyes de Roma o España se adapten a lo que pide la variedad de sus naturales, demás de otras mudanzas y variedades que cada día ocasionan los inopinados sucesos y repentinos accidentes que sobrevienen”.

---

<sup>1</sup> CO.DO.IN. Indias, Volumen 10, páginas 333-524 [Universidad de Stanford págs. 341-533]

## **HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

### **FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO**

GASPAR DE VILLARROEL, [Gobierno eclesiástico-pacífico \(1656\) Tomo II, Question 12, Artículo 4, págs. 78-79 \[UCM-16361 págs. 97-98\]](#): § 75 “Las leyes de Castilla se deben guardar en las Indias, menos aquellas que contradicen a cédulas especiales, que son nuestras municipales leyes [...] § 76: Estos doctores hablan generalmente de las provincias accesoriamente unidas, o incorporadas a otras; pero otros muchos hablan con especialidad de las Indias [...] § 77: Y no sólo se ha de entender que estas provincias de las Indias se deben regir, y gobernar por las leyes de Castilla, y de León, sino también por las costumbres de allí [...] § 78: Lo dicho tiene fundamento por la inferioridad de las Indias; pero cuando las provincias, o reinos se llegan a unir con igualdad, no tiene lugar lo referido, porque cada reino conserva sus leyes, y se gobierna por ellas [...] § 79. Aunque las leyes de Castilla, y de León son importantísimas para México, y el Perú, y para las demás occidentales provincias, que se han agregado a la Corona, tan diferentes las costumbres, tan desiguales las ocupaciones; porque hay en los indios diferentes calidades que en todas las demás naciones, por los nuevos descubrimientos, y conquistas, y porque los naturales están muy sujetos a vejaciones, no fuera posible gobernarse sin nuevas leyes: porque es entablada sentencia de doctores, que se ha de conformar la ley con el tiempo, con las condiciones del súbdito, con las circunstancias, y las ocasiones, y con los humores de la región”.

[Recopilación de Leyes de Indias, Libro II, Título I, Ley 4](#). El Emperador Don Carlos y la Princesa Doña Juana en Valladolid a 6 de Agosto de 1555. Véase Libro 5 (1680):

“Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor y al nuestro, ya la conservación y policía Christiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos”.

## **HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

### **FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO**

Real Cédula de Felipe II: del 21/9/1580 “Presidente y oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de la Plata de la provincia de los Charcas: Nos somos informados que los indios naturales de esa provincia no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ello dadas, sino por las de estos reinos, siendo diversa la república y gobierno, de donde se sigue que les enseñan a pleitear, llevándoles sus haciendas y siendo causa de muchos perjurios en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad de justicia, y se les pervierte su gobierno, quitándolos de la sujeción de sus caciques y curacas y señores naturales; y porque como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguir se tanto daño a los dichos indios, Nos somos deservido, y nuestra voluntad es, que para que mejor se acierte, se os declare y advierta más en particular la orden que en ello habéis de tener, y para hacerlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en tiempo de su gentilidad en todo el término del distrito de esa dicha Audiencia, os mandamos, que luego que recibáis ésta nuestra cédula, hagáis información de ello, muy en particular la cual enviareis al nuestro Consejo de las Indias, para que en el visto, se provea lo que convenga”.

[Recopilación de Leyes de Indias, Libro II, Título I, Ley 1](#): Don Felipe IV en esta Recopilación (1680) (El Rey Felipe IV ya no vivía cuando se promulgó: esta data debe provenir de los proyectos anteriores de León Pinelo o de Juan de Solórzano Pereira).

“Ordenamos y mandamos que no se haga novedad en las ordenanzas y leyes municipales de cada ciudad y las ordenanzas para el bien y utilidad de los indios, hechas o confirmadas por nuestros virreyes, o audiencias reales para el buen gobierno, que sean contrarias a las de este libro, las cuales han de quedar en el vigor y observancia que tuvieron siendo confirmadas por las audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba o revoca”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Documento 01002001.pdf: del Archivo Digital de la Legislación del Portal del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/default.asp>, versión digital del Volumen 1, Libro 2, título 1 que contiene 13 páginas de la edición impresa.

## **HISTORIA DEL DERECHO INDIANO**

### **FORMACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO**

ORDENANZA 75 PARA LA AUDIENCIA DE BUENOS AIRES, 2/11/1661: “Mando: que el dicho mi presidente y oidores tengan mucho cuidado de no dar lugar, que en los pleitos entre indios, o con ellos se hagan procesos ordinarios, ni hayan lugar, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y los dichos mis oidores tengan cuidado que esto mismo se guarde por los jueces inferiores”. (Extraída de las Leyes Nuevas de 1542, cap. 20, y repetida en las Ordenanzas para las audiencias de Quito, Charcas, Panamá, etc.)

Pragmática de Carlos III: del 18.1.1762 “Que de ahora en adelante todo breve, bula o rescrito o carta pontificia, dirigida a cualquier tribunal, junta o magistrado, o a los arzobispos y obispos en general, a alguno o a algunos en particular, trate la materia que tratase, sin excepción, como toque a establecer ley, regla u observancia general, y aunque sea una pura común amonestación, no se haya de publicar y obedecer, sin que conste haberla visto y examinado mi real persona, y que el nuncio apostólico, si viniese por su mano la haya pasado a las mías por la vía reservada del Estado, como corresponde”.

BENITO DE LA MATA LINARES, Consejero de Indias (1808): El Código Indiano en su mayor parte es reglamentario, expuesto por lo mismo a muchos yerros y variaciones, pues en su formación no se distinguió lo que era ley, y lo que era reglamento o providencia particular, habiendo resultado tenerse por ley lo que no lo era y haberse puesto como regla la providencia dimanada en caso particular o circunstancias singulares análogas al territorio, que como tan vario en aquellas dilatadísimas provincias produce notables diversidades en la parte física y moral de aquel natural, y aun en la legislativa que no proviene del derecho divino, natural, y civil de justicia, preponderando en aquellos dominios la parte gubernativa en todos sus ramos.