

En torno al Derecho indiano vulgar

José SANCHEZ-ARCILLA BERNAL

Catedrático en Historia del Derecho. Universidad Complutense

En 1990, con motivo de la celebración del VI Congreso de Historia del Derecho mexicano, en su ponencia sobre la administración de justicia, mi buen amigo Charles Cutter se sorprendía por la escasa existencia, en el siglo XVIII, de letrados en los territorios del norte de la Nueva España dependientes de la Audiencia de Guadalajara¹. Cutter señalaba que la administración de justicia corría a cargo de personas no letradas cuyo bagaje de conocimientos jurídicos dejaba mucho que desear. Es más, de sus estudios dedicados a los territorios de Nuevo México podía concluir que no sólo el número de jueces letrados y abogados era escaso, sino también que apenas se utilizaban libros jurídicos, limitándose éstos a alguna práctica procesal. En el coloquio suscitado por la ponencia de Cutter señalé que nos encontrábamos ante un auténtico fenómeno de vulgarización del Derecho en el que hasta ahora nadie había recaído y que casi con toda seguridad se habría producido en otras partes de América. En dicho coloquio se encontraba también presente Fernando Vázquez Pando quien con motivo del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho indiano, celebrado en Morelia, había presentando una sugestiva ponencia titulada "*Derecho Español en América, Derecho castellano vulgar y Derecho Indiano (Una posible interpretación histórica)*"². Los planteamientos de Vázquez Pando —de los que nos ocuparemos a continuación— acerca de lo que debía entenderse por Derecho "vulgar" diferían considerablemente de los míos, si bien, en una larga conversación posterior, el mencionado autor rectificó su postura inicial. Se trata de un fenómeno importantísimo y del que apenas se ha ocupado la historiografía. En mi Manual en colaboración con Emma Montanos, dedicamos un pequeño epígrafe a esta reali-

¹ Las actas del Congreso de Ajijic se encuentran en prensa.

² En las *Actas del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano* publicadas en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXVI, enero-junio (1976), nums. 101-102, pgs. 785-794.

dad jurídica³ a la que he encauzado en la actualidad parte de mis investigaciones.

Pero ¿qué debemos entender por Derecho indiano vulgar? Hace ya más de un siglo que Brunner descubrió el fenómeno del Derecho romano vulgar, y desde entonces romanistas e historiadores del Derecho se han preocupado de precisar el contenido de dicho fenómeno. No es este el momento de hacer la historia del tal concepto⁴, pero sí de recordar los planteamientos que en su día hiciera A. García-Gallo al respecto⁵.

La cultura de un pueblo —y el Derecho es un fenómeno de la cultura— está integrada por la suma de los conocimientos e ideas de dicho pueblo. Esto implica que cuanto más amplio sea este acervo cultural, más difícil sea acceder a su totalidad; en consecuencia se pueden establecer distintos niveles de conocimiento y aplicación de esa cultura. Con el Derecho sucede algo semejante. En efecto, nos encontramos, primeramente con lo que García-Gallo denomina el “Derecho oficial” que está constituido por las fuentes jurídicas a las que la autoridad les reconoce valor normativo. El conjunto de fuentes que integran este “Derecho oficial” marcarán la pauta para poder precisar los distintos niveles de conocimientos acerca de ese Derecho. Cabría señalar, en primer lugar, un “nivel culto” que, según García-Gallo, se refleja en las obras de los juristas y los estudiosos. Al respecto, no obstante, quisiera hacer una precisión. También dentro de la literatura jurídica es posible distinguir niveles de conocimientos y no pueden ser objeto de la misma consideración, por ejemplo, la obra de un jurista teórico, preocupado por las grandes construcciones, que la práctica forense escrita por un escribano de un juzgado. Hay un segundo nivel de “aplicación efectiva” que se pondría de manifiesto en los actos de los gobernantes, jueces, notarios o escribanos encargados de la redacción de los documentos de aplicación del Derecho. Por último, García-Gallo nos alude al “nivel popular”, en el que caben también varios subniveles según los grados de cultura, de las personas no peritas en Derecho que, aun tratando de ajustar su comportamiento a él, lo hacen incorrectamente por desconocimiento del mismo o porque sus ideas e intereses difieren de él. En este sentido, para García-Gallo el “nivel popular” equivale a nivel no técnico, o dicho en otras palabras, a nivel “vulgar”, aunque el citado autor se resista a la utilización de dicho adjetivo.

Sin embargo, lo “vulgar” o “no técnico” —así aparece también definido en el Diccionario de la Real Academia de Lengua—, como el propio

³ E. Montanos Ferrín y J. Sánchez-Arcilla, “*Historia del Derecho y de las Instituciones*”, 3 tomos, Madrid 1991, en especial, t. II, pgs. 253-254.

⁴ Una síntesis de la misma puede verse en mi Manual, antes citado, t. I, pgs. 337-341.

⁵ Para los planteamientos de García-Gallo sobre el Derecho Romano vulgar véase *Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España* en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), XLVIII (1977), pgs. 425-497, recogido también en sus *Estudios de Historia del Derecho privado*, Sevilla 1982, pgs. 273-329, por el que citamos, en particular pgs. 278-281.

García-Gallo reconoce, está a veces en función del deficiente conocimiento que se tenga acerca del Derecho o porque las ideas o intereses del sujeto difieren de las de aquél. Ello implica que tanto un prestigioso jurista como un juez, por cualquiera de las causas anteriormente señaladas, pueden incurrir en “vulgarismos” o soluciones “no técnicas”. Es más, el propio legislador, ya sea por descuido, ya sea porque se quiere hacer eco realidades sociales desconocidas por él, puede introducir “vulgarismos” en el Derecho oficial. En este último supuesto, el “vulgarismo” o solución “no técnica” no dejaría de serlo por el simple hecho de convertirse en Derecho oficial; estaríamos ante la presencia de un “Derecho oficial vulgar”.

Hechas estas consideraciones generales, me gustaría hacer algunas precisiones acerca del trabajo anteriormente citado de Fernando Vázquez Pando. Este partía de la construcción de los romanistas para precisar lo que se debe entender por Derecho vulgar. El fenómeno de la vulgarización se caracterizaría, en primer lugar, por lo que el citado autor denomina “vulgarización interna” y que consiste fundamentalmente en la simplificación de las formalidades, así como en el desdibujamiento de las diferencias existentes entre figuras relacionadas o afines llevándolas a una identificación con aquellas más sencillas o menos técnicas. En segundo lugar existe también una “vulgarización externa” consistente en el uso indirecto de las fuentes, abandono de los textos de los grandes juristas y aparición de resúmenes, sinopsis y notas de las obras de la jurisprudencia clásica.

Vázquez Pando a continuación trae a colación una serie de ejemplos que, en su opinión, permiten considerar que el Derecho privado en la época de la dominación española acusaba síntomas de un Derecho vulgar, y dado que este fenómeno afectaba al Derecho castellano que era aplicable en el ámbito privado, permite caracterizarlo como “Derecho castellano vulgar”⁶. Para Vázquez Pando serían ejemplos de la “vulgarización interna”, en primer lugar, la difuminación de las diferencias entre propiedad y posesión⁷. Es cierto que la confusión entre la propiedad y la posesión constituye uno de los fenómenos más característicos del Derecho romano vulgar, pero pienso que el ejemplo puesto por Vázquez Pando es poco afortunado. En efecto, el citado autor cita la primera “*Relectio de Indiis*” de Francisco de Vitoria en la que, en opinión de Vázquez Pando, cuando el célebre dominico alude a la legitimidad de la propiedad de los indios le da a la pacífica posesión un efecto legitimador que va a ocasionar su transformación en propiedad⁸. Como Vázquez Pando no cita el lugar exacto de la frase de Vitoria, me he leído y releído varias veces la famosa reelección⁹, y en especial el capítulo primero en donde Vitoria trata de si

⁶ *Derecho español en América*, p. 787.

⁷ *Derecho español en América*, p. 787.

⁸ *Derecho español en América*, p. 787.

⁹ Hay varias ediciones en latín y en castellano, he utilizado la publicada en el “*Corpus Hispanorum de Pace*”, por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1989.

los indios eran o no verdaderos dueños antes de la llegada de los españoles. Lejos de lo que opina mi amigo Fernando Vázquez Pando no creo que en ningún momento Vitoria desdibuje las diferencias entre propiedad “*dominium*” y la posesión.

Vitoria se plantea el interrogante de si los indios, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos dueños en el ámbito privado y en el público; es decir, si eran verdaderos dueños de sus bienes y propiedades particulares y si había entre ellos quienes fueran verdaderos príncipes y señores de los demás. Vitoria argumenta que es posible pensar que los indios no eran verdaderos dueños por cuanto los esclavos no podían tener dominio sobre las cosas. De hecho, citando a Aristóteles, alude a los esclavos “por naturaleza”, o dicho de otro modo: los que no tienen capacidad suficiente ni aun para gobernarse a sí mismos. Los indios podrían entrar dentro de este grupo ya que “poco parecen distar de los brutos animales y son de todo ineptos para el gobierno”. Pero precisamente Vitoria, en contra de este argumento esgrime que “publica y privadamente ellos —los indios— estaban en pacífica posesión de sus bienes. Luego, si no consta lo contrario se les ha de tener absolutamente por dueños, y no se les puede despojar de su posesión en tales circunstancias”. No creo que Vitoria dé, como entiende Vázquez Pando, al término posesión pacífica “un efecto legitimador que va a ocasionar su transformación en propiedad”. El mismo Vitoria dice a continuación de esa frase que no quiere recordar “las numerosas enseñanzas de los doctores sobre la definición y división del dominio” y que el mismo ha tratado ampliamente del tema en la materia sobre restitución. Vitoria, en mi opinión, en la frase en cuestión habla de la pacífica posesión como una presunción de que los indios tenían sus bienes en verdadero dominio.

El segundo caso de vulgarización interna para Vázquez Pando vendría dado por la “simplificación de formalidades”¹⁰. La misma tendencia a identificar propiedad y posesión anteriormente señalada le permitía al indígena acreditar su propiedad sin necesidad de demostrar otro título legítimo, con lo que estaríamos ante una simplificación de la prueba y, en consecuencia, ante un fenómeno de vulgarización por simplificación de formalidades. Este fenómeno, en opinión del mencionado autor, sería una derivación del principio de “*favor de indiis*” que no sólo aparece en el Derecho público indiano sino también en el ámbito del Derecho privado. Pienso que los supuestos aducidos por Vázquez Pando tampoco son acertados puesto que nos encontramos ante situaciones previstas y reguladas por el legislador, en cuyo caso estamos ante el Derecho oficial que prevé unas situaciones especiales o privilegiadas; no se trata, pues, de soluciones “vulgares” sino de un Derecho privilegiado por razón de la persona, en este caso, los indios.

¹⁰ *Derecho español en América*, pgs. 787-788.

Por lo que respecta a la “vulgarización externa”, Vázquez Pando señala otra serie de ejemplos. El primero de ellos, la “inobservancia del orden de prelación de fuentes”¹¹. En este sentido Vázquez Pando pone de relieve que en el Nuevo Mundo las “*Partidas*” adquirieron un prestigio aun mayor que en la Península, llegando a ser invocadas en los tribunales con mayor frecuencia, lo que implica la inobservancia del orden de prelación de fuentes dispuesto en las Cortes de Alcalá de Henares y ratificado en las Leyes de Toro de 1505. Para Vázquez Pando la razón de que el orden de prelación de fuentes no se cumpliera en América radica en que el Derecho castellano de la época era “sumamente complejo por el estado de dispersión normativa en que se encuentra”, por lo que “resulta explicable que se acudiese a las *Partidas*, pues éstas no sólo eran la fuente mejor sistematizada sino que, lo que es muy importante, eran la que cubría un mayor número de materias”. En consecuencia, “la preponderancia de las *Partidas* acusa ya un primer intento de simplificación de las fuentes”.

No creo que la preponderancia de las “*Partidas*” obedezca a un intento de simplificación de las fuentes. El orden de prelación de fuentes establecido en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348 perseguía, en primer lugar, establecer la primacía del Derecho general del reino —los Ordenamientos de Cortes— sobre el Derecho municipal, porque sólo en defecto de aquél debía acudirse a los fueros municipales siempre y cuando “dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquellas que nos fallaremos que se deben mejorar, e emendar, e en las que son contra Dios, e contra la razón, e contra leys, que en este nuestro libro se contienen”. El rey Alfonso XI no sólo estaba estableciendo una seria limitación a la aplicación de los fueros municipales, sino que también se estaba reservando el derecho a “mejorar e emendar”, idea que ratifica más adelante en el mismo Ordenamiento cuando dice “et porque al Rey pertenesce, e ha poder de facer fueros e leys, e de las interpretar, e declarar, e emendar do viere que cumple...”. Como es bien sabido, el Ordenamiento de Alcalá de 1348 establecía que en caso de no poder resolverse cualquier litigio por las fuentes anteriores —Ordenamientos de Cortes y fueros municipales— debía acudirse a las “*Partidas*” que de este modo adquirirían carácter oficial “como quier que fasta aqui no se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas nin rescibidas por leys”. El reconocimiento de las “*Partidas*” como Derecho aplicable en los tribunales implicaba una recepción oficial del “*Ius commune*” a través del célebre Código alfonsino. Pero el propio Ordenamiento de Alcalá establecía finalmente que “bien queremos e sofrimos que los libros de los Derechos que los sabios antiguos fezieron, que se lean en los Estudios generales de nuestro sennorio, porque a en ellos mucha sabidoria, e queremos dar logar que los nuestros naturales sean sabidores e sean por ende mas onrrados”.

¹¹ *Derecho español en América*, p. 789.

De manera que aunque la doctrina de los juristas del "*Ius commune*" no era aplicable directamente en los tribunales, el rey reconoce su autoridad. Esta actitud del monarca fue posiblemente la que determinó que los juristas, formados en el "*Ius commune*", muy pronto invocaran, en contra de lo dispuesto en el orden de prelación de fuentes, los textos y las opiniones de los tratadistas del "*Ius commune*". De hecho, pocos años después, el rey Juan I en las Cortes de Briviesca de 1387 admitió que en los pleitos pudieran alegarse los textos del "*Ius commune*". Situación que se convirtió en abusiva a la vista de la Pragmática de Juan II de 1427, conocida como "ley de citas", limitando las opiniones de los juristas que podían sea alegadas en el foro. Ya Carlos Petit¹² demostró cómo los juristas del siglo XV consideraban que el Ordenamiento de Alcalá de 1348 había sido corregido por el Ordenamiento de Briviesca de 1387 y por la Pragmática de 1427. Todavía en 1499 los Reyes Católicos darían una segunda "ley de citas" lo que ratificaba la utilización de la doctrina de los juristas del "*Ius commune*" en Castilla.

Obviamente, esta situación iba en detrimento de los fueros municipales, mermados en su aplicación por el Ordenamiento de Alcalá, y ahora desplazados paulatinamente por las Partidas y la doctrina del "*Ius commune*". La crisis de los fueros municipales, a excepción del "*Fuero Juzgo*" y del "*Fuero Real*", era un hecho. Es cierto que en la Ley 1ª de Toro se restableció el orden de prelación de fuentes aprobado en Alcalá de Henares de 1348, pero la práctica demostró que la situación anterior en poco varió. Nos encontramos, pues, que en la propia Castilla el orden de prelación de fuentes no se cumplía en su rigor ¿Significa esto una manera de simplificación del sistema de fuentes? Yo creo que no. Precisamente el incumplimiento del orden de prelación de fuentes de 1348 había llevado a una excesiva complicación de la práctica forense al admitirse las opiniones de los juristas del "*Ius commune*".

En las Indias, en principio, debía aplicarse el orden de prelación de fuentes de 1348, ratificado en las Leyes de Toro de 1505, pero ¿cuál era la situación jurídica del Nuevo Mundo? En las Indias, como es sabido, hasta 1614, toda ley dictada en Castilla con carácter general tenía igualmente vigencia. Pero desde aquella fecha —y esto se ratificó en 1625 y 1645— toda ley dictada para Castilla requería el pase expreso del Consejo de Indias para que pudiera ser aplicada en América¹³. Por ello, el Derecho indiano, es decir el Derecho vigente en Indias, no sólo está integrado por la legislación especial dictada para América, sino también las leyes de Castilla —como las "*Partidas*"— o cualesquiera otras fuentes —las cos-

¹² "*Derecho común y Derecho castellano Notas de literatura jurídica para su estudio (Siglos XV-XVI)*" en la "*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*", L (1982), pgs. 157-195.

¹³ García-Gallo, "*La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*", en el AHDE, n. 21(1951), pgs. 607-730, recogido también en su volumen "*Estudios de Historia del Derecho Indiano*", Madrid 1972, por el que citamos, pgs. 169-285,

tumbres indígenas— que se aplicaron en las Indias. En este sentido, el Derecho especial dictado para el Nuevo Mundo fue considerado por los juristas de la época como un Derecho especial o “municipal”¹⁴ y durante cierto tiempo las leyes de Indias no fueron las mismas en todas las provincias hasta el punto que hay que ir señalando en cada caso particular dónde rige el Derecho de Castilla y dónde en su lugar se debe aplicar el Derecho especialmente dictado para Indias. Dejando a un lado el aislado caso de la concesión del “*Fuero de Sevilla*” a Panamá¹⁵, no parece que se le concedieran fueros a las ciudades indianas, con lo que el orden de prelación de fuentes de Alcalá de 1348 difícilmente se podría cumplir en rigor al desconocerse los fueros municipales como fuente intermedia entre la legislación real y de Cortes y las “*Partidas*”. Teniendo en cuenta que en la legislación real y de Cortes, así como las leyes especiales dictadas para las Indias tienen un contenido esencialmente iuspublicista, no es de extrañar que las “*Partidas*” sean utilizadas con gran frecuencia en los tribunales americanos, circunstancia que no implica, en mi opinión, un “intento de simplificación de las fuentes” como piensa Vázquez Pando.

Otro ejemplo de vulgarización externa vendría dado por el uso indirecto de las fuentes. Desde luego se trata de un claro síntoma vulgarizante, pero pienso que un solo ejemplo no es suficiente. Para avalar su afirmación Vázquez Pando señala el caso de Prudencio Antonio de Palacios quien, por los datos que le había suministrado Beatriz Bernal, acude al uso de fuentes indirectas para citar textos del “*Corpus Iuris Civilis*”. Creo que el ejemplo no es expresivo porque Prudencio Antonio de Palacios está comentando la “*Recopilación de las Leyes de Indias*” y para ello se ha servido directamente de las fuentes legislativas castellanas e indianas, lo mismo que de un buen número de autores de la literatura jurídica castellana y extranjera¹⁶. Prudencio Antonio de Palacios acude no tanto a la fuente como a la “*auctoritas*” del autor que la cita para corroborar sus notas a la Recopilación. El vulgarismo habría estado, pienso yo, si hubiera acudido a citar indirectamente las fuentes legislativas indianas, la “*Nueva Recopilación de Castilla*”, el “*Fuero Real*” o las “*Partidas*”. Finalmente, Vázquez Pando aduce como síntomas de vulgarización una serie de datos referidos todos ellos al siglo XIX mexicano, en donde, como es natural, se sobrepasa el período propiamente hispánico y, por consiguiente, merece consideración aparte.

En resumen, en opinión de Vázquez Pando, el Derecho castellano habría sufrido un proceso de vulgarización externa conforme a la simplificación del Derecho existente que no respeta el orden de prelación de fuen-

¹⁴ Al respecto véase García-Gallo, *Problemas metodológicos* pgs. 75-76.

¹⁵ Para más detalles, García-Gallo, *Problemas metodológicos*, p. 79.

¹⁶ Véase Beatriz Bernal, “*Exégesis del Libro II de las Notas a la Recopilación de Leyes de Indias de Prudencio Antonio de Palacios*” también en las “*Actas del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*”, ya citado, pgs. 97-114, en especial, pgs. 111-113.

tes de 1348, al uso indirecto de las “*Partidas*” y a la utilización de sinopsis, notas y resúmenes de las obras doctrinales. A la vista de estos datos y aunque el citado autor reconoce que la investigación al respecto todavía es escasa, es suficiente como para proponer como hipótesis de investigación del Derecho privado en la América española durante la dominación¹⁷, el que éste fuera un “Derecho castellano vulgar” caracterizado por la “difuminación de las diferencias entre figuras afines o relacionadas”; la “simplificación de las formalidades”; el principio “*favor indiis*”; “el uso de las “*Partidas*” en desconocimiento del orden de prelación, como una medida de simplificación de la enorme complejidad del Derecho existente”; y el “uso indirecto de las *Partidas* y de las demás fuentes jurídicas”¹⁸.

Vemos, por tanto, que el desconocimiento que Vázquez Pando tiene del Derecho castellano, como hemos podido ver más arriba, así como una interpretación errónea de lo que debe entenderse por “vulgar”, le llevan a proponer como hipótesis que todo el Derecho privado de la América española durante la época de la dominación es un Derecho castellano vulgar; o dicho de otro modo, que todo el Derecho privado de Castilla, era un “Derecho vulgar”. Tal afirmación no sólo pone en evidencia lo descabellado de la hipótesis, sino también que no se ha comprendido lo que es el Derecho romano vulgar ni el fenómeno del vulgarismo.

Mi maestro Alfonso García-Gallo llegó a plantearse incidentalmente, en 1952, la posibilidad de la existencia de un Derecho indiano vulgar¹⁹. Pero tanto en aquella ocasión, como posteriormente en su estudio “*Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano*”²⁰, García-Gallo estaba abordando la vidriosa cuestión de la realidad jurídica indiana y su posible divorcio con la ley. En efecto, según García-Gallo, las transgresiones de la ley, en ocasiones, obedecen a concepciones jurídicas diferentes e incluso de un recto sentido jurídico que realiza la crítica del Derecho existente; la legislación española, en unos casos, fue mal comprendida por los españoles, indios y mestizos, y en otros deformada por las propias convicciones jurídicas de éstos o por la necesidad de adaptarlas a las peculiares condiciones de cada lugar. En cualquiera de estos casos, “remendado la terminología aplicada al mismo fenómeno en el mundo romano, se formó

¹⁷ No deja de ser sorprendente que la mayoría de los ejemplos de la literatura jurídica que trae a colación Vázquez Pando en su ponencia son, precisamente, de la etapa posterior a la dominación española en México.

¹⁸ *El Derecho español en América*, p. 793.

¹⁹ Véase “*Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano*”, en la “*Revista de la Universidad de Madrid*” n. I (1952), pgs. 41-64, recogido en sus “*Estudios de Historia del Derecho indiano*” por el que citamos, p. 54. En el reciente libro de I. Sánchez Bella, A. de la Hera y C. Díaz Rementería (“*Historia del Derecho Indiano*”, Madrid 1992) estos autores no se hacen eco de la existencia de este fenómeno, a pesar de lo dicho por García-Gallo y de la llamada de atención al respecto en mi Manual anteriormente citado.

²⁰ Recogido en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1972, pgs. 63-119.

un Derecho indiano vulgar; es decir una versión popular de las leyes de Indias²¹. Para García-Gallo, “ni la legislación ni la literatura jurídica indianas permiten sospechar la existencia de una realidad jurídica tan radicalmente distinta²². Si bien, más adelante señala que “la contradicción entre la ley y el Derecho realmente vivido se produce frecuentemente en el Derecho indiano —pero no sólo en él— como consecuencia de la técnica legislativa y recopiladora, siendo en realidad más aparente que efectiva²³. Entre los hechos que revelan una situación o actos distintos a lo previsto en las leyes, García Gallo distingue varios tipos. En primer lugar, aquellos que suponen una violación de la ley o infracción dolosa de la misma. Dentro de éste se podrían distinguir, por un lado, aquellos actos inspirados por la soberbia, pasión o el interés, como pura manifestación delictiva, y, por otro lado, aquellos actos que aun siendo opuestos a la ley responden a un cierto ideal del orden social. En segundo lugar, están los supuestos de inobservancia de la ley por desconocimiento de ésta. El propio García-Gallo reconoce que “la naturaleza misma de la legislación indiana da lugar a su ignorancia²⁴. Ello se debe a la multitud de disposiciones de vigencia provincial, casuísticas y que con frecuencia rectifican otra anterior, en gran parte no publicadas por dirigirse a autoridades determinadas y que en muchas ocasiones se han destruido.

El problema de la ignorancia de las leyes nos conduce irremisiblemente al tema del Derecho vulgar. ¿Puede calificarse de “vulgar” la sentencia de un juez dictada con arreglo a una disposición que desconoce que ha sido derogada o modificada por otra posterior? El problema del conocimiento de las leyes en Indias no sólo radicaba en la inexistencia de archivos²⁵, sino también en la dificultad de las comunicaciones. En este supuesto el desconocimiento del Derecho oficial no es imputable al juez que ha sentenciado “técnicamente” de acuerdo a una disposición que él desconoce que ha sido derogada. No estaríamos, por tanto, en un caso de vulgarismo. El problema se plantea en aquellas regiones distantes de las ciudades en las que residen los tribunales en las que los alcaldes pedáneos —letrados o no— carecen de la totalidad de los textos legales o de la literatura jurídica imprescindible para sustanciar y sentenciar una causa. Aquí no se trata de

²¹ “Panorama actual de los estudios”, p. 54

²² *Problemas metodológicos*, p. 95.

²³ García Gallo señala que este hecho se produce más fácilmente en la vida indiana que en otras partes porque en América asistimos a un proceso de formación de un sistema jurídico que trata de acomodarse a un mundo mal conocido y en el que los ensayos y rectificaciones hacen que las disposiciones dictadas al dejar de ser necesarias se olvidan sin ser derogadas. Posteriormente, al procederse a la recopilación de las leyes, las disposiciones derogadas entraron a formar parte del cuerpo legal y reciben una nueva promulgación (*Problemas metodológicos* pgs. 98-99).

²⁴ *Problemas metodológicos*, p. 97.

²⁵ Véase García-Gallo, *La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, recogido en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, ya citados, pgs. 279-285.

una situación aislada como en el caso anterior, sino del ejercicio habitual de la administración de justicia sobre la base de unos textos insuficientes e inadecuados para la práctica forense.

El Derecho Indiano, como es sabido, está compuesto por diferentes elementos²⁶. El primero de ellos es el Derecho creado expresamente para las Indias desde la metrópoli. Algunos autores durante mucho tiempo consideraron que el Derecho indiano estaba integrado única y exclusivamente por el conjunto de disposiciones dictados por los monarcas hispanos para América. Ya García-Gallo puso de manifiesto su en día este error. El Derecho indiano "Derecho especial" presupone la existencia de un "Derecho común" en el Nuevo Mundo. Ese "Derecho común" de las Indias no fue otro que el Derecho castellano, sin el cual no se puede comprender el Derecho indiano emanado de la metrópoli. En consecuencia, el Derecho castellano, a pesar de su uso restrictivo a partir de 1614, constituye otro de los elementos esenciales del Derecho indiano. Pero de la misma manera que el Derecho castellano se configuraba como en "Derecho común" respecto a la legislación especial para las Indias, en Castilla, como vimos más arriba, también el "*Ius commune*" —Derecho romano justinianeo, el Derecho canónico y la doctrina de los glosadores y comentaristas principalmente— actuaba como "Derecho común", a pesar del orden de prelación de fuentes de Alcalá de 1348 y de su ratificación en las Leyes de Toro de 1505. El "*Ius commune*" presidirá la vida jurídica castellana durante los siglos XVI, XVII y XVIII, con lo que, parafraseando a Baldo, actuaría como un "*Ius communissimum*" respecto al Derecho especial dictado para las Indias y, desde luego, se constituye en otro de los elementos integrantes del Derecho indiano, sin el cual no se pueden comprender en su verdadera dimensión los elementos anteriores.

Otro de los elementos integrantes del Derecho indiano viene constituido por el Derecho emanado de las autoridades castellanas en Indias —Virreyes, Audiencias, gobernadores— y que ha sido denominado como "Derecho indiano criollo". Este elemento del Derecho indiano ha sido poco estudiado hasta ahora en que Ismael Sánchez Bella y sus discípulos han abierto un interesante campo de investigación, como quedó de manifiesto en el último Congreso Internacional de Historia del Derecho indiano. Por último nos encontramos con el elemento indígena, integrado por el conjunto de Derecho indígenas vigentes durante la dominación española. La importancia de la costumbre indígena en Indias fue destacada en por el

²⁶ Para los elementos del Derecho indiano véase A. García-Gallo, "*Panorama actual de los Estudios de Historia del Derecho indiano*" y "*Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano*", ambos en sus "*Estudios de Historia del Derecho indiano*", ya citados, pgs. 37-62 y 63-119, respectivamente; en particular, pgs. 50-54 y 73-92. Y más recientemente C. Díaz Rementería, "*La formación del Derecho indiano*" en I. Sánchez Bella, A. de la Hera y C. Díaz Rementería, "*Historia del Derecho indiano*", Madrid 1992, también citado.

propio Solórzano y, desde luego, constituye un elemento muy heterogéneo que todavía no ha sido estudiado en profundidad²⁷.

Si tomanos el calificativo de “vulgar” como contrapuesto a “técnico” nos encontramos con que un vulgarismo o “atecnicismo”, si se me permite utilizar este neologismo, es algo, como veíamos más arriba, que se puede dar en todo ordenamiento jurídico de cualquier época, incluido el Derecho actual. El vulgarismo está en función del nivel de conocimiento que se tenga acerca del ese ordenamiento jurídico. Obviamente, cuanto más amplio y profundo sea ese conocimiento, menos posibilidades hay de incurrir en un vulgarismo. Ello no implica que un magnífico jurista en un determinado momento pueda incurrir también en algún vulgarismo; incluso el propio legislador puede llegar a deslizar algún vulgarismo en el Derecho oficial ya bien sea por un de error o, simplemente, por recoger una práctica vulgar. En este sentido, el fenómeno del vulgarismo puede recaer en todos los elementos que integraron el Derecho indiano al ser estudiado y aplicado por juristas y autoridades. En el Derecho castellano que se aplicó en Indias, al igual que en el “*Ius commune*”; en el Derecho emanado de la metrópoli para las Indias; en el Derecho indiano criollo, e, incluso, en las propias costumbres indígenas. Aunque pueda parecer extraño esto último, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente, es perfectamente factible —y mucho más en los niveles más populares de conocimiento del Derecho— incurrir en erróneas aplicaciones o interpretaciones del viejas costumbres, así como mezclarlas con prácticas procedentes de otros ordenamientos, en este caso del castellano.

En el “Derecho oficial” integrado por el Derecho castellano así como Derecho especial para las Indias es más difícil que se pueda producir algún vulgarismo debido a la participación del Consejo de Castilla o, en su caso, del Consejo de Indias en la elaboración de las disposiciones. Es posible que no suceda lo mismo con el llamado Derecho indiano criollo —también “Derecho oficial”—, en el que en ocasiones se plasmaron prácticas vulgares. Estoy pensando, por ejemplo, en la regulación virreinal sobre los pilones en México. Merecería la pena un estudio a fondo sobre este tema. Mucho más complejo es, desde luego, detectar las posibles vulgarizaciones en las costumbres indígenas, aunque evidentemente se podía intentar.

Las circunstancias que presidieron la aplicación del Derecho en Indias durante la dominación española, en mi opinión, favorecieron la aparición del fenómeno del vulgarismo en amplias regiones del continente americano. Las grandes distancias, las dificultades en las comunicaciones, la escasez de letrados fuera de las grandes ciudades contribuyeron a que la aplicación del Derecho fuera muy deficiente en bastantes regiones. Nos

²⁷ Vid García-Gallo, “*Problemas metodológicos*”, pgs. 90-92.

encontramos aquí, en la faceta de la aplicación del Derecho, en el campo más abonado para la proliferación del vulgarismos: confusión de conceptos al no poder manejarse las obras de la literatura jurídica; desconocimiento de la legislación o mal interpretación de la misma; influencias recíprocas entre Derecho castellano y las costumbres indígenas; simplificación de las formalidades procesales..... Todo ello requiere un estudio de los documentos de aplicación del Derecho. En este sentido, los archivos de protocolos quizás no sean muy expresivos. El hecho de que los escribanos trabajen siempre sobre formularios hacen que la adulteración del Derecho sea menos frecuente, aunque a veces se puedan detectar también vulgarismos. Es, sin duda, en la documentación judicial en donde se podrán encontrar mayor número de “atecnicismos” dada la escasa preparación de los alcaldes locales. Obviamente, en las grandes ciudades, sedes de Audiencias o de importantes corregimientos, este fenómeno fue mucho menor. Por eso es preferible una documentación judicial de una localidad menos importante, como la de Teposcolula (Oaxaca) con la que estoy trabajando en la actualidad. Sería sumamente interesante, siempre que las fuentes lo permitieran, llevar a cabo este trabajo en diversas regiones de América para poder comprobar si las mismas prácticas vulgares se dan en lugares diversos y distantes entre sí. Sólo así podremos conocer el auténtico grado de aplicación del Derecho indiano en el Nuevo Mundo durante la dominación española.