

CAPÍTULO III. El derecho indiano y el derecho provincial novohispano	47
1. La Nueva España	48
2. El derecho indiano y el derecho provincial novohispano	55
3. El derecho provincial novohispano	61

CAPÍTULO III

EL DERECHO INDIANO Y EL DERECHO PROVINCIAL NOVOHISPANO

Antes se dijo que “sistema jurídico” sería entendido aquí como el conjunto de órdenes jurídicos que comparten el origen histórico; una forma específica de pensamiento jurídico; instituciones jurídicas particularmente características; la naturaleza de las fuentes de la ley y de su interpretación, y determinados elementos ideológicos.¹¹³ No cabe duda que España y la Nueva España compartieron durante trescientos años estos elementos, aunque tuvieran peculiaridades propias a uno y otro lado del Atlántico. El orden jurídico puede estar constituido, y lo estuvo, en ese periodo, no sólo por las leyes. Un buen número de autores estaría de acuerdo en que el orden jurídico de casi cualquier lugar, está conformado por el derecho legislado, el derecho de los juristas, el derecho judicial y el derecho popular.¹¹⁴

Si el derecho puede manifestarse de cualquiera de estas maneras y los elementos compartidos para conformar un sistema son los históricos, los ideológicos y los que se refieren al pensamiento jurídico, a las instituciones y a las fuentes y su interpretación, es relativamente sencillo advertir que en las Indias estos elementos se encuentran siempre vinculados —en mayor o menor medida— a los de su metrópoli; pero en estas páginas sólo se pretende hacer referencia a la Nueva España.

¹¹³ Zweigert, “The System of Legal Systems...”, p. 142; *vid. supra*, capítulo I, nota 3.

¹¹⁴ Klaus Adomeit, *Introducción a la teoría del derecho. Lógica normativa, Teoría del método y politología jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, p. 41, trad. de Enrique Bacigalupo.

1. La Nueva España

La complejidad de la estructura política y administrativa de la Nueva España, la magnitud de los cambios operados a lo largo de los trescientos años de dominación colonial y el poco espacio de que se dispone en este capítulo para intentar explicar qué fue la Nueva España, hacen que resulte arriesgado y difícil el intento de trazar una visión de conjunto que permita al estudioso de la historia del derecho conocer en forma muy general qué fue la Nueva España. Sin embargo, resulta conveniente, a pesar de los riesgos, intentar presentarla.

A casi tres décadas del descubrimiento de América, en 1518, comenzó a perfilarse en forma independiente una entidad denominada Nueva España al abrirse un registro en los libros del Consejo de Castilla, para que ahí se recogiera la documentación correspondiente a este nuevo territorio.¹¹⁵ Sus fronteras no se conocían todavía, y no se conocerían en mucho tiempo, pero empezó a legislarse para la nueva entidad. Poco tiempo después se sucedieron los hechos que culminan con la conquista de México-Tenochtitlan, en diciembre de 1520 se designó a Hernán Cortés capitán general y justicia mayor “desta Nueva España del Mar Oceano”.¹¹⁶ El nombramiento oficial es posterior y parece que se hizo en Sevilla, por él pasó a ser “gobernador e capitán general de toda la tierra e provincia de la dicha Nueva España e de la dicha cibdad de Temistitlan”.¹¹⁷

Para 1524, año en que Hernán Cortés dictó las primeras Ordenanzas de Buen Gobierno para los vecinos y moradores de la Nueva España, ya se había caminado un largo trecho en la creación de las instituciones del Nuevo Mundo. Ese mis-

¹¹⁵ García-Gallo, Alfonso, *Metodología de la historia del derecho indiano...*, p. 29.

¹¹⁶ Cortés, Hernán, *Cartas y documentos*, México, Porrúa, 1963, pp. 347-353, introd. de Mario Hernández Sánchez Barba.

¹¹⁷ *Cedulario cortesiano*, compilación de Beatriz Arteaga y Guadalupe Pérez San Vicente, México, JUS, 1949, vol. I, pp. 33-38; el nombre completo es Juez e Gobernador de la Nueva España e Provincias e lugares della.

mo año, se organizó el Consejo de Indias con carácter independiente; se autorizó a los adelantados a poseer troqueles propios y acuñar moneda, y los libros de la Nueva España empezaron a ser desgajados para dar lugar a los nuevos registros que se derivaban del cada día más amplio asentamiento español en las Indias Occidentales. Así, en el año que se dictaron las primeras ordenanzas para la recién surgida entidad ya se habían establecido las bases de lo que serían el comercio ultramarino, la administración de justicia y el aprovechamiento de los metales.¹¹⁸ Poco después se crearía la primera Audiencia y tras el fracaso de la segunda, en 1535, la Corona optaría finalmente por implantar el régimen virreinal, lo que hizo posible que, en poco tiempo, tuviera el control del territorio que se iba conquistando.

Cuatro décadas después, la entidad que surgió de la implantación¹¹⁹ de la cultura española sobre el substrato cultural indígena en el ya para entonces virreinato de la Nueva España, había cobrado los perfiles que la caracterizaron y distinguieron dentro de los vastos dominios ultramarinos españoles. Es precisamente durante el gobierno de Felipe II, a decir de José Miranda, cuando se opera la transformación que va del panorama de anarquía y tanteo derivados de la conquista, a la creación de un gobierno institucionalizado, casuístico y pragmático, si se quiere, pero que fue el modelo de los sucesivos gobiernos novohispanos hasta que la introducción de las

118 Se había establecido la Casa de Contratación de Sevilla, se había obtenido el Patronato y se había constituido la primera Audiencia en Santo Domingo; los datos proceden de García-Gallo, Ots Capdequí y Gómez Hoyos, citados por María del Refugio González, en "Estudio Introductorio", Puga, Vasco de, *Cedulario de la Nueva España, Facsimile del impreso original*. México 1563, México, CONDUMEX, 1985, pp. XXIII-XXIV.

119 Se utiliza el verbo "implantar", sustantivado y adjetivado, para referirse al fenómeno que otros autores llaman concesión, o recepción del derecho y de la cultura española después de la conquista, para significar que las raíces de ambos, se quedaron en España. "Recibir", también sustantivado y adjetivado, se utiliza para la época en que ya se hallaba conformado el régimen institucional.

medidas derivadas de las reformas de los monarcas de la dinastía borbónica.¹²⁰

La Nueva España nunca fue un todo homogéneo, por muchas razones, entre las que no es la menos importante el hecho de haberse constituido sobre dos distintas áreas culturales, la de las altas culturas mesoamericanas, asentadas en el llamado "centro", y la de los pueblos cazadores y recolectores, o aridamericana, en el denominado "norte". La diversidad cultural de estas áreas ha sido la base de las diferencias históricas entre la parte septentrional y el resto del país, lo que ha sido enfatizado por José Miranda, al considerar que había dos Nuevas Españas.¹²¹

En la zona del centro¹²² se asentaron los españoles, formando los pocos núcleos urbanos del virreinato, en los que se hallaba el corazón del gobierno, el comercio, la cultura y la política.¹²³ En la del norte, el asentamiento se dio en lugares áridos y aislados, en los que la fundación de ricas poblaciones se dio en torno a los reales de minas.¹²⁴

Al igual que en el resto de las Indias, en la Nueva España se intentó dividir a la población en dos repúblicas: la "república de españoles" y la "república de indios", cada grupo con su territorio, gobierno y régimen jurídico particular. Pero paulatinamente la realidad orilló a desdibujar esta distinción, conservada sólo en el orden jurídico, ya que —como es bien sabido— el estatuto de ambos se mantuvo formalmente diferenciado hasta el final de la época colonial. Mestizos y razas quebradas hubieron de abrirse campo en el seno de un orden

¹²⁰ Miranda, José, *España y Nueva España en la época de Felipe II*, México, UNAM, 1962, *cfr.*, especialmente, pp. 61-128, y *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte, 1521-1820*, México, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, 1952, pp. 50-209.

¹²¹ Miranda, *España y Nueva España...*, pp. 93-95.

¹²² Algunas de las propuestas que se hacen en estas páginas proceden de: González, María del Refugio, *Historia del derecho mexicano...*, pp. 42, ampliadas y afinadas.

¹²³ Schell Hoberman, Louisa and Susan Migden Socolow (eds.), *Cities and Society in Colonial Latin America*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1986.

¹²⁴ Miranda, *España y Nueva España...*, pp. 76-83.

que no los tenía contemplados, pero que tuvo la suficiente flexibilidad como para irlos acomodando.¹²⁵

A diferencia de lo acontecido en las áreas más al sur del continente, en la Nueva España el asentamiento español se realizó en torno o sobre el de las poblaciones aborígenes, especialmente en el área mesoamericana. El reconocimiento de la propiedad de los indígenas sobre las tierras que les habían pertenecido en tiempos de su gentilidad llevó a diseñar un sistema para el otorgamiento de tierras realengas o baldías a los españoles a través de mercedes,¹²⁶ aunque con relativa frecuencia la propiedad indígena fue víctima de los intentos de despojo por parte de la población española. Por otra parte, a poco de la conquista, a pesar de la resistencia de la población indígena, comenzaron el desmembramiento del "señorío" indígena y la constitución de la "república de indios". La expansión hacia el norte no fue menos cruenta, ya que también ahí se manifestó la oposición de la población local e incluso de la que se trasladó a esos lugares para la explotación de las minas.¹²⁷

La encomienda, concedida como premio a los conquistadores por la empresa realizada, fue primero, reducida temporalmente, y luego sustituida por otras formas de asentamiento, evangelización, trabajo y tributación de los indígenas. El descenso de la población indígena y la necesidad de mano de

125 Mörner, Magnus, *La mezcla de razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, versión castellana de Jorge Piatigork.

126 Solano, Francisco de, *Cedulario de tierras. Compilación de legislación agraria colonial (1497-1820)*, México, UNAM-IIJ, 1984; Vas Mingo, Milagros del, *Las capitulaciones de Indias en el siglo XVI*, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1986, *vid. infra*, las que se refieren a la Nueva España, capítulo IV.

127 Menegus Bornemann, Margarita, "La parcela de indios", *La sociedad indígena del centro y occidente de México*, Zamora Mich., México, El Colegio de Michoacán, 1986, pp. 103-128, "La propiedad indígena en la transición, 1516-1577", *Mundo rural, ciudades y población del Estado de México*, Toluca, México, El Colegio Mexiquense, 1990, pp. 41-68; Teresa Huerta, María y Patricia Palacios, *Rebeliones indígenas de la época colonial. Recopiladas por...*, México, SEP-INAH, 1976; Mirafuentes Galván, José Luis, *Movimientos de resistencia indígenas en el norte de México (1680-1821)*, guía documental, México, UNAM-IIH, 1989-1993, 2 vols.

obra en los reales de minas y las estancias agrícolas y ganaderas hicieron necesaria la introducción de esclavos negros en la Nueva España.¹²⁸ Este hecho vino a complicar el esquema original de las dos repúblicas, que de cualquier modo ya comenzaba a modificarse por la presencia de los mestizos.

El descubrimiento de ricos yacimientos minerales en el norte del virreinato fue factor de gran importancia en el desarrollo de la Nueva España. Merced a él se inició la expansión hacia la zona aridamericana, que por sus características peculiares, orilló a idear nuevas formas de asentamiento; a instrumentar una redistribución de la población para proporcionar mano de obra tanto a las minas, como a las haciendas ganaderas que en torno a ellas florecieron; a establecer nuevas rutas comerciales, nuevas formas de evangelización y en una palabra, a conquistar, poblar y explotar la otra Nueva España. La vida de esta Nueva España corrió por cauces un tanto diversos que la del centro.¹²⁹

A pesar del amplio desarrollo que en todos los órdenes tuvo la Nueva España, su función económica en relación con la metrópoli quedó circunscrita a suministrar a ésta los productos de que carecía —como la grana— y a recibir de ella lo que producía o quería introducir. La intervención de la metrópoli en todas las ramas de la economía, por lo menos formalmente, llevó a prohibir la libre navegación de los mares y distribución de mercancías, el libre comercio y la producción de artículos que podían hacer competencia a los españoles y

128 Zavala, Silvio, *La encomienda indiana*, 2a. ed. revisada y aumentada, México, Porrúa, 1973; Miranda, José, *El tributo indígena en la Nueva España durante el siglo XVI*, México, Colegio de México, 1952; Cook, Sheburne, y Woodrow Borah, *El pasado de México: aspectos sociodemográficos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, trad. de Juan José Utrilla, Aguirre Beltrán, Gonzalo, *La población negra de México. Estudio etnohistórico*, 2a. ed. corregida y aumentada, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

129 Miranda, José, *España y la Nueva España...*, pp. 76-83; Wayne Powell, Philip, *Capitán mestizo: Miguel Caldera y la frontera norteña. La pacificación de los chichimecas (1548-1597)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, trad. de Juan José Utrilla, Liaguno, José, *La personalidad jurídica del indio y el Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)*, México, Porrúa, 1963; Navarro García, Luis, *Sonora y Sinaloa en el siglo XVIII*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-americanos, 1967.

la siembra de productos cuyo comercio pudiera perjudicar los intereses económicos de los peninsulares.¹³⁰ De esta manera, la igualdad legalmente declarada respecto a la península, no se veía confirmada en la realidad económica.

El comercio ultramarino fue hasta la última época de la dominación colonial severamente vigilado por la metrópoli. Se fijaron, tanto en España como en la Nueva España los puertos a través de los cuales se podía realizar; se estableció el número de barcos que habían de cruzar el Atlántico; se prescribió qué mercancías se podían introducir y cuáles comerciar con España, etcétera. Asimismo se reguló sobre las condiciones de quienes podían pasar a la Nueva España. Como es obvio, al principio sólo los castellanos podían desplazarse al virreinato, pero poco a poco se concedieron licencias a todos los españoles, e incluso a cierto tipo de extranjeros.¹³¹ Estos y los judíos pasaron —con relativa frecuencia— a la Nueva España contraviniendo las disposiciones legales, lo que, en relación a los primeros, no se impidió hasta que se convirtieron en los portadores de las “luces del siglo”.¹³²

Por formar parte de la monarquía hispánica, la Nueva España tenía una estructura semejante a la que se dio al resto de los reinos y provincias americanas. El gobierno superior estaba a cargo del virrey y a su lado funcionaba la Audiencia. El gobierno provincial novohispano estuvo a cargo de gobernadores y el distrital, de corregidores y alcaldes mayores.¹³³ Conforme a la legislación de Indias las provincias mayores debían tener al frente a un capitán general, o audiencia, y las menores, gobernador, corregimiento y alcaldía mayor, pero en

130 Flores Cano, Enrique (comp.), *Ensayos sobre el desarrollo económico de México y América Latina, 1500-1975*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

131 Walker, Geoffrey, *Política española y comercio colonial, 1770-1789*, Barcelona, Ariel, 1979; Tandron, Humberto, *El comercio de Nueva España y la controversia sobre la libertad de comercio, 1796-1821*, México, Instituto Mexicano de Comercio Exterior, 1976, trad. de Susana Liberti.

132 Nunn, Charles F., *Foreign Immigrants in Early Bourbon Mexico (1700-1760)*, Great Britain, Cambridge University Press, 1979.

133 Miranda, *Las ideas y las instituciones...*, pp. 103-132; Borah, Woodrow (coord.), *El gobierno provincial en la Nueva España, 1570-1787*, México, UNAM-IIIH, 1985.

la realidad novohispana éste fue uno de los sectores más ca-
suísticos, ya que hubo gobernadores en regiones que, confor-
me a la ley, debían ser provincias menores (Nueva Vizcaya
y Yucatán), y otros en pequeñas comarcas (Veracruz, Tlaxca-
la y Puebla).¹³⁴ Igual que en el resto de América, en la Nueva
España el gobierno local era ejercido por los cabildos españo-
les e indígenas. Los primeros en los asentamientos españoles,
y los segundos en los pueblos de indios.¹³⁵

De las reformas implantadas en la Nueva España por Carlos
III fue la creación de las Intendencias la que más modificó la
vida colonial. Este monarca mandó, el 4 de diciembre de 1786,
que se aplicara la *Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción
de Intendentes de Ejército y Provincia del Reino de la Nueva Es-
paña*. El sistema implantado habría de modificar sustancial-
mente el perfil político y administrativo del virreinato. A la
cabeza del gobierno, junto al virrey, se hallaba un superin-
tendente, quien desempeñaba las funciones de policía, justicia,
hacienda y guerra, que antes de la expedición de la Ordenan-
za, habían correspondido al primero. Al frente de cada uno
de los doce gobiernos o provincias se puso un funcionario de
cuño nuevo: el intendente del ejército y provincia, cuyo nom-
bramiento y salario corrían a cargo del rey. Corregimientos y
alcaldías mayores quedaban refundidos en las intendencias,
con un subdelegado a la cabeza. La ordenanza hubo de mo-
dificarse varias veces, hasta dejar a salvo la figura del virrey,
a cuya dirección quedaron encomendadas las nuevas refor-
mas.¹³⁶ A diferencia de la estructura implantada por los mo-
narcas de la Casa de Austria, la cual duró casi doscientos
años, la que se deriva de los reformas borbónicas comenzó a
ser modificada antes de treinta años. En 1812 se promulgó la

134 Gerhard, Peter, *México en 1742*, México, Porrúa, 1962; pueden verse sus tres grandes libros de Geografía histórica de la Nueva España para ver en detalle el asunto.

135 Miranda, *Las ideas y las instituciones...*, pp. 128-132.

136 Rees Jones, Ricardo, *El despotismo ilustrado y los intendentes en Nueva España*, México, UNAM-IIH, 1981 y "Aspectos de la vigencia de la Ordenanza de Intendentes de 1786 para Nueva España", *Revista de Historia del Derecho*, núm. 10, Buenos Aires, 1982, pp. 241-265.

Constitución de Cádiz, y a poco, el virreinato vivió el desasosiego de una insurrección que desembocó, tiempo después, en la independencia.

2. *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano*

Todas las normas dictadas por un determinado legislador constituyen, en su conjunto, un sistema jurídico. El jurista inglés John Austin distinguía entre el legislador soberano y el legislador delegado. El primero, representado por un individuo o grupo de individuos habitualmente obedecidos por una comunidad; el legislador soberano no ha de tener el hábito de obedecer a nadie, y su poder no ha de depender de ninguna otra norma. El segundo, o sea, el legislador delegado puede estar representado por un individuo o grupo de individuos a quienes el soberano otorga competencia para legislar, prescribiendo a sus súbditos que obedezcan las normas así dictadas. El sistema se constituiría, de acuerdo a esta propuesta, por el conjunto de normas dictadas tanto por el soberano como por los órganos que éste crea para dictarlas.¹³⁷ Este fenómeno, que es común a los gobiernos monárquicos absolutos, fue el que existió de hecho en la Nueva España, a la que, su carácter de "reino" de la monarquía española, y la naturaleza del poder que el rey adquirió por la donación y posterior conquista, le imprimieron peculiaridades que no tenían precedente en los reinos españoles de la monarquía. El rey fue el legislador soberano; pero la concepción del poder imperante en la época y la distancia que había entre el rey y su comunidad determinó que éste delegara algunas de sus funciones en órganos creados *ex profeso*, como antes se explicó.¹³⁸ De otro lado, al igual que en la mayor parte de los reinos peninsulares, en los americanos, los habitantes no vieron nunca

¹³⁷ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, 2a ed., New York, Burt Franklin, 1970, pp. 200-206.

¹³⁸ Miranda, *Las ideas y las instituciones...*, pp. 94-100.

a su rey, y sólo se limitaron a obedecer lo que éste y sus órganos delegados prescribían para su gobierno y felicidad.¹³⁹

El sistema jurídico se sustenta y se interrelaciona con el sistema social a que da lugar. Actualmente se afirma que las unidades básicas de los sistemas sociales son los hombres y que del conjunto de las modalidades de relación entre ellos resulta la estructura del sistema social. La integración del sistema deviene de lo que llama Zippelius "un acto de equilibrio" que es "el resultado de una compensación, un continuo cambio entre los interesados". Este autor señala que para lograr el equilibrio entre las partes del sistema "hay que negociar una y otra vez, los modelos según los cuales se produce la conformidad y se limitan las autonomías".¹⁴⁰

Zippelius encuentra que este modelo de sistema social es típico de la división "federativa" del sistema político en corporaciones territoriales parcialmente autónomas. Éstas, pueden conformar subsistemas dotados "de una capacidad limitada de autorregulación" que les permite coordinarse con la instancia central, de la que depende "una estructura jerárquica de instancias, en la cual los centros intermedios, subordinados al centro principal, efectúan una coordinación parcial". Aunque Zippelius considera que esta forma de operar del sistema es típica de las estructuras federativas, la encuentra también en las monocráticas, en las cuales, al menos como "estilo" de organización —dice— se da una "amplia descentralización de la tramitación de asuntos y de la responsabilidad". A su juicio, esto permite "elevar la capacidad del aparato burocrático para solucionar problemas y para adaptarse a las nuevas situaciones." Si esta forma de actuar se restringe y la relativa autonomía de los subsistemas se sustituye por directrices normativas centrales, el aparato del Estado tendrá que crecer, con lo que "pierde, a la vez, la capacidad de tomar decisiones oportunas".¹⁴¹

139 *Idem*, pp. 145-146.

140 Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. (Ciencia política)*, México, UNAM-IIJ, 1985, p. 22, trad. por Héctor Fix Fierro.

141 *Idem*, p. 23.

El modelo trazado por Zippelius se puede adoptar —con matices— para explicar “el sistema”, incluido el jurídico, de la monarquía española. En este modelo, las autonomías relativas podrían ser, para el caso que nos ocupa, los reinos y provincias ultramarinos; aunque también los peninsulares, lo que, en todo caso, refuerza la posibilidad de aplicar el modelo a la monarquía en su conjunto.

En este orden de ideas, cabría señalar —algo que es bien sabido pero que hay que explicar aquí— que el orden jurídico de la Nueva España es parte del sistema jurídico de la monarquía española. Es, pues, un sector reducido de éste. En las distintas provincias¹⁴² de las Indias Occidentales que conforman el sistema de la monarquía ha sido designado por García-Gallo como “derecho indiano provincial”.¹⁴³ Esto es, dentro del conjunto general del derecho indiano, hay unos subconjuntos denominados provinciales. Como bien ha señalado este autor,

el derecho indiano provincial no constituye un régimen de excepción o particularismo dentro del amplio sistema del derecho indiano general, por lo menos con anterioridad a 1680. Ocurre todo lo contrario: el derecho indiano es ante todo provincial; las normas, por lo general, se dictan para cada provincia del Nuevo Mundo y sólo en pequeña medida se promulgan disposiciones para todas ellas.¹⁴⁴

El sistema así concebido se supone modificado después de la promulgación de la Recopilación de Indias, porque desde entonces los monarcas dictan cada vez con mayor frecuencia

142 Se usa el vocablo “provincia” para aludir al territorio en el que se ejerce cierta jurisdicción; porque las Indias constituían un mosaico político, provincia puede ser un virreinato o una presidencia gobernación, por ejemplo.

143 García-Gallo, Alfonso, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 86-87.

144 García-Gallo, Alfonso, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 86-87.

disposiciones de carácter general.¹⁴⁵ Pero estas disposiciones, no pueden operar en todos los lugares de la misma manera, por lo que, aunque la intención ya no sea casuística, la práctica vuelve a imponer el casuismo y la afirmación de la relativa autonomía de los subconjuntos locales sigue siendo cierta.¹⁴⁶

Los esquemas son siempre arbitrarios y desdibujan los matices de los fenómenos que se intenta describir, pero son necesarios para explicar dichos fenómenos en lo general. En el caso que nos ocupa, la elaboración de un esquema resulta útil para explicar, *ex post facto*, el sistema jurídico de la monarquía hispánica en relación a las Indias Occidentales, entre ellas la Nueva España. En este orden de ideas, el derecho novohispano —que es uno de los derechos provinciales— sería parte del subsistema del derecho indiano, el cual, a su vez, está constituido por el conjunto de los derechos provinciales indianos. Cabe preguntarse entonces cómo habría estado constituido uno de estos derechos provinciales, el de la Nueva España, por ejemplo, tomando en cuenta los elementos que conforma cualquier sistema jurídico: derecho legislado, derecho de los juristas, derecho judicial y derecho popular.¹⁴⁷ Con ello, estaremos en posibilidad de acercarnos a las semejanzas y diferencias que este derecho provincial tenía en relación al sistema jurídico de la monarquía, y cuáles de los elementos que se señalaron¹⁴⁸ son los mismos en uno y otro lugar.

A decir de Tau Anzoátegui las peculiaridades indianas se sustentan en tres nociones que son invocadas con frecuencia

145 Aunque los cuerpos jurídicos de las reformas borbónicas se dictan, por separado, para cada lugar de América; tal es el caso de las Ordenanzas de Intendentes, de Minas y del Comercio Libre.

146 No se pretende discutir la concepción que, desde otro punto de vista imprime Tau Anzoátegui a su reciente libro *Casuismo y sistema*, ya citado porque este autor parte de la antítesis y el anacronismo de ambos conceptos y aquí se utiliza sistema desde otra perspectiva: en la forma general que se usa para describir a un conjunto de órdenes jurídicos. Sin embargo, algunas de sus referencias permitirán ilustrar lo que aquí se argumenta en relación a las especificidades locales del derecho provincial novohispano.

147 Esto de acuerdo al esquema trazado por Adomeit, el que se sigue en este trabajo para explicar el fenómeno; *vid.* Adomeit, *Introducción a la teoría del derecho...*, p. 41.

148 *Vid. supra nota*, 1.

tanto en documentos peninsulares como americanos a lo largo de toda la época colonial: la diversidad, la mutabilidad y la distancia.¹⁴⁹ En las fuentes consultadas por este autor se insiste una y otra vez en la peculiar circunstancia de las Indias, lo que llevado al campo jurídico, hace posible sustentar lo que aquí se viene diciendo sobre la especificidad del novohispano, o de cualquiera otro de los derechos provinciales indianos. En el siglo XVIII, Pérez y López manifiesta las diferencias entre el derecho a uno y otro lado del Atlántico de la siguiente manera:

Nuestras Indias son un nuevo mundo, cuya suma distancia, diversidad de clima y de costumbres, y justamente su inmensa extensión y riquezas, exigen sus muchos particulares un derecho diferente del que se observa en la Península, y lo requieren más que cualquiera otra provincia o reino situado en nuestro continente, cuya constitución física, moral y política no se diferencia mucho dentro de su recinto.¹⁵⁰

La observación más superficial permite apreciar que lo afirmado por Pérez y López se puede aplicar a casi a cada lugar de las Indias, pero especialmente a aquéllos en los que la conquista y colonización se realizaron sobre la población indígena. En los virreinos de México y Perú, la relación entre las dos culturas dio lugar a que las reglas del casuístico derecho indiano se especificaran todavía más a fin de resolver de manera particular los problemas derivados de dicha relación. No por ello los derechos provinciales indianos pueden verse en forma autónoma de su matriz peninsular. Aunque cada uno era relativamente independiente dentro del subsistema del derecho indiano, y tenía peculiaridades propias, unos y otros compartían los elementos que se han atribuido como característicos del sistema en su conjunto. En este orden de ideas se puede afirmar que por tener mayor número de semejanzas son más parecidos el orden jurídico del virreinato

149 Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema...*, p. 97.

150 Pérez y López, citado por Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema...*, p. 105.

de la Nueva España y el del Perú, que el novohispano y el de la provincia del Río de la Plata, por citar un ejemplo.

Sobre los elementos que constituyen el orden jurídico de estos derechos provinciales, en relación con la Nueva España, pero, por lo menos también con el Perú, es evidente que hay una forma específica de pensamiento jurídico que a pesar de ser común a todas las Indias, en estos casos admite variantes regionales por la numerosa población indígena; es también evidente que las instituciones jurídicas no son distintas que las de la metrópoli, pero que adquieren especificidades propias por la misma circunstancia, tal sería el caso, por señalar sólo uno, de los corregimientos de Indios;¹⁵¹ está también fuera de duda que la naturaleza de las fuentes del derecho y de su interpretación parte de la misma concepción a uno y otro lado del Atlántico, pero que mientras en España se caminaba hacia un sistema técnico de la administración de justicia, en la Nueva España, se mantuvieron en el nivel provincial y distrital formas muy arcaicas de la misma.¹⁵² Por otra parte, la presencia de grupos indígenas llevó a admitir, desde 1555, "las buenas leyes y buenas costumbres" de la época de su gentilidad en la medida que no se opusieran ni "al servicio de Dios nuestro Señor, y [ni al] nuestro," por ello, el catálogo de fuentes se amplió y las reglas de su interpretación admitieron variantes; y por último, no se puede negar la presencia de elementos ideológicos comunes en España y América, pero en ésta, tanto en México, como en Perú, el sincretismo religioso que se dio después de la evangelización llevó a concebir y practicar la religión católica de distinta manera que en Chile, por ejemplo.¹⁵³

Estas cuestiones se permearon a todos los elementos del sistema y se reflejan en las distintas manifestaciones del orden jurídico. En relación con el derecho legislado, el modelo se

151 Lohman Villena, Guillermo, *El corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1957.

152 Borah, Woodrow, Coord., *El gobierno provincial en la Nueva España, 1570-1787*, México, UNAM-IIH, 1985.

153 Este es uno de los temas que más han estudiado los antropólogos y los etnohistoriadores.

integra con ordenamientos de distintos orígenes que en España, no porque sean diferentes los órganos creadores del derecho sino porque en la península todos están asentados ahí, y en la Nueva España unos están asentados en la metrópoli y otros en el virreinato; sobre el derecho de los juristas, se puede señalar que los concededores del derecho local fueron poco numerosos en relación a la población total de los dos virreinos, tan sólo porque la población indígena es ampliamente mayoritaria; por lo que toca a la cultura jurídica americana, solamente es comparable a la peninsular en las sedes de Audiencia¹⁵⁴ o, de manera excepcional, en algún núcleo urbano de importancia, lo que es más frecuente en los lugares de colonización; en relación con el derecho judicial cabría señalar, por un lado, las atribuciones que se fueron arrogando —en el caso de la Nueva España, por lo menos— tanto la Audiencia como el último de los alcaldes mayores, en cuyas manos se hallaba la administración de la justicia, y por el otro, la existencia de un órgano encargado de realizar esta función entre la población indígena,¹⁵⁵ y por último, en relación con el derecho popular, es obvio que dada la diversidad cultural no podía ser el mismo en España y en América.¹⁵⁶ Veamos ahora, cómo se conformaría el derecho novohispano de acuerdo a lo que se ha venido exponiendo.

3. *El derecho provincial novohispano*

Para terminar, se ha elaborado un esquema que permite apreciar las características del orden jurídico de la Nueva España, esto es, el derecho provincial novohispano. En las si-

¹⁵⁴ Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM-IIJ, 1993.

¹⁵⁵ Borah, Woodrow, *El juzgado general de indios en la Nueva España*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, trad. de Juan José Utrilla.

¹⁵⁶ El tema fue apuntado por Vázquez Pando hace varios años, pero no está trabajado, quizá el camino comience a despejarse con la línea de investigación que plantea Sánchez Arcilla sobre el "derecho vulgar" en la Nueva España.

güentes páginas, en alguna medida sólo se desarrollan las ideas de García-Gallo sobre las características de los derechos provinciales indianos.¹⁵⁷ Una de las características, por lo menos en el caso de la Nueva España, fue que a medida que se estabilizaba el régimen institucional, después de la conquista, cada vez más los encargados, en forma delegada, de crear los ordenamientos locales se ocuparon de mayor cantidad de asuntos, hasta conformar un todo que puede ser individualizado.¹⁵⁸

Al igual que en toda la América española, en la Nueva España el derecho español era el común, y el dictado para las Indias en general o para el virreinato en particular, era el especial. El primero tenía carácter supletorio, ya que se daba preferencia al especial, porque respondía a las situaciones que, por no estar contempladas en el ordenamiento español, requerían de regulación propia.¹⁵⁹ Esto por lo que se refiere al gobierno temporal, dentro del cual se incluían las leyes y costumbres de los naturales que sobrevivieron, con las peculiaridades que han sido señaladas. Es sabido que la contraparte del gobierno temporal era el espiritual el que se sustentaba en el derecho canónico y la legislación pontificia o conciliar. En consecuencia, con el fin de explicar el modo en que se constituía el orden jurídico en la Nueva España, se podría hacer un esquema que tomara en cuenta los dos aspectos del gobierno, los cuales se sustentaban en distintos conjuntos de ordenamientos. El esquema puede hacerse a partir del derecho legislado, pero conviene hacerlo extensivo al de los juristas, el judicial y el popular.¹⁶⁰ Los puntos de identidad son mayores en relación con el derecho legislado ya que en el de los juristas no es fácil acotar la especificidad local, porque la

157 García Gallo, "Problemas metodológicos...", p. 86.

158 Las modificaciones que se introducen en el esquema en el siglo XVIII están por analizarse, ya que apenas comienza a matizarse la idea de que predominó la acción centralizadora.

159 García Gallo, "Problemas metodológicos...", pp. 73-92.

160 El esquema lo desarrollé, por primera vez, en la voz "Derecho novohispano" del *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM-IIJ, 1989-1992; aquí está más afinado y notablemente ampliado.

doctrina elaborada por los juristas indianos circuló profusamente por todas las Indias, sin atender al lugar de origen del autor.¹⁶¹ Otra cosa que mostraría inmediatamente la aplicación del esquema a todos los aspectos del orden jurídico es que resulta imposible que el derecho judicial fuera el mismo en España y en la Nueva España, porque, a excepción del Consejo de Indias y quizá de las Audiencias, sus órganos aplicadores del derecho siguen procesos de desarrollo muy distintos, por ejemplo, en la Nueva España la sustitución de los jueces populares por jueces técnicos no se alcanzó a conseguir durante la época colonial, en la que privó una gran desigualdad en la cultura jurídica urbana y rural.¹⁶² Por último, el derecho popular tampoco podría ser compartido, dado que sus elementos eran diferentes a uno y otro lado del Atlántico, aunque llegaran a tener algunos puntos en común. En cuanto al gobierno espiritual los comentarios serían semejantes. De esta forma, parecería que el esquema es sobre todo aplicable al derecho legislado, y creo que es así. Pero para que esta creencia pueda ser compartida por el lector, paso a explicar cómo se conformaba el orden jurídico de la Nueva España.

A. En primer lugar, puede señalarse como elemento constitutivo del derecho provincial novohispano al conjunto de ordenamientos jurídicos que eran derecho vigente en Castilla antes de la conquista de América, los cuales, desde que se firmaron las Capitulaciones de Santa Fe, pero sobre todo a partir de la donación pontificia, quedaron formalmente implantados en los nuevos territorios. Estos ordenamientos formaban parte del derecho real (*Partidas, Fuero Real, Fuero Juzgo, Ordenamiento de Alcalá*, etcétera) y del derecho canónico (*Decreto de Graciano, Decretales, Liber Sextus, Extravagantes*, etcétera). En relación con el derecho de los juristas, abarcaría la doctrina del *ius commune*, compartida por las nacientes monarquías europeas, y toda aquélla que se hubiera generado en

161 Bravo Lira, Bernardino, "La literatura jurídica indiana en el Barróco", *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, vol X, 1985, pp. 227-268 [Universidad Católica de Valparaíso. Publicaciones de la Escuela de Derecho].

162 González, María del Refugio, y Teresa Lozano, "La administración de justicia," en Borah, *El gobierno provincial...*, pp. 86-87.

la monarquía hispánica, o fuera de ella, antes del descubrimiento por parte de los tratadistas y que ya no es propiamente *ius commune*. El derecho judicial de la metrópoli sólo habría sido aplicable si llegaba a formar parte de una disposición de derecho legislado dirigida a la Nueva España. Es, pues, éste, uno de los elementos no compartidos con el orden jurídico metropolitano porque es obvio que si se publicaba alguna decisión judicial en el virreinato a través de una real cédula, se modifica su naturaleza y pasa a ser derecho legislado, y en consecuencia, debe enlistarse en el rubro siguiente.

B. En segundo lugar, puede señalarse a los cuerpos jurídicos, como la *Recopilación de Castilla* y la *Novísima Recopilación*, que se fueron dictando en la España después de la conquista. Estos cuerpos jurídicos, por su sola promulgación, tenían validez en las Indias; las disposiciones de otro tipo requerían el pase del Consejo para ser aplicadas en América; no siempre fue claro cuáles lo recibieron y cuáles no. En este mismo apartado hay que señalar a la legislación pontificia y conciliar posterior a la conquista, dictada para todos los reinos cristianos o para España en particular, a la que el rey daba el *placet*, a través de su Consejo, para que pudiera ser aplicada en sus dominios ultramarinos; en relación con las órdenes religiosas el asunto sería similar por la importancia que tuvieron como agentes de la evangelización. También se ubica en este apartado el derecho de los juristas que se fue produciendo en Europa, en general, o en la monarquía española, después del descubrimiento, y que se recibió —por distintas razones— en la Nueva España. Tampoco aquí podrían incluirse el derecho judicial metropolitano, ni el popular, por las causas que ya se expusieron.

C. En tercer lugar, las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas, en uso de la facultad delegada por el rey, con carácter general para las Indias o para la Nueva España en particular. Las autoridades que tuvieron esta facultad delegada a lo largo de los siglos XVI y XVII fueron el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla y en el siglo XVIII, los secretarios del Despacho. A su lado se hallaba, la legislación pontificia —bulas, breves y rescriptos—

dictada para las Indias en general o la Nueva España en particular, a la que el rey le otorgaba el *placet*. También deben considerarse las leyes eclesiástico-civiles emanadas del Consejo de Indias, recogidas en el primer libro de la Recopilación de 1680, en las cuales se contempla todo lo relativo a la gobernación espiritual.

En este mismo apartado podría incluirse el derecho de los juristas metropolitanos concebido en función del fenómeno americano, que sería el caso de una parte de la obra de Vitoria o de Solórzano, por señalar un par de ejemplos, aunque ninguna de las dos obras se escribió para la Nueva España sino para las Indias. Se dejan nuevamente de lado los casos del derecho judicial y del popular.

D. En cuarto lugar, las disposiciones dictadas por las autoridades locales —tanto de la llamada república de indios como de la de españoles— en uso de facultades delegadas por el rey. Este tipo de disposiciones regulaba prácticamente toda la vida social y económica de la Nueva España. La delegación se había realizado, dentro de la esfera de competencia de cada quien, por supuesto, en beneficio del virrey, los Reales Acuerdos de las Audiencias de México y Guadalajara, los gobernadores, los alcaldes mayores, los corregidores, los cabildos, los capitanes generales y los tenientes de capitán general. Por lo que se refiere a la república de indios, estas facultades las tenían el gobernador y el cabildo. También hay que considerar los concilios provinciales, los decretos, edictos y circulares, las reglas y capítulos dictadas por el arzobispo, los obispos o los cabildos eclesiásticos para el gobierno de la Iglesia local. Por los vínculos que por el Patronato se establecieron entre el clero indiano y el monarca, la dificultad de la comunicación con Roma y la necesidad del pase real a la legislación pontificia, la legislación local fue de gran importancia.

En este apartado sí podría considerarse el derecho de los juristas en su manifestación local, porque hubo autores —no es posible saber cuántos porque es un tema que está por analizarse— que escribieron específicamente sobre el derecho de la Nueva España. Para ejemplificar podría citarse a dos que se ocuparon de las minas: Francisco Xavier Gamboa y Joaquín

Velázquez de León. Obviamente aquí sí entra el derecho judicial local, en manos de casi los mismos oficiales que tenían el gobierno en sus distintos niveles, aunque delegaran la jurisdicción en árbitros, y entra también el derecho emanado de los tribunales reales, privativos y especiales del virreinato; asimismo habría que incluir al derecho popular local, del que no sabemos casi nada. Aunque estas fuentes no nos son del todo conocidas, incluirlas permite diferenciar los órdenes jurídicos de la España y la Nueva España en este nivel.

E. En quinto lugar podemos señalar las leyes y costumbres de los naturales que eran anteriores a la conquista y que no iban en contra de la religión católica ni del Estado. Estos elementos del esquema no podrían manifestarse ni en el derecho legislado, ni en el de los juristas, ni en el judicial. Las leyes y costumbres de los naturales, constituyen uno de los elementos que distinguen al orden jurídico metropolitano del provincial novohispano, pero su ámbito de validez territorial se reduce a los "pueblos de indios" y no se permea, en forma de disposición jurídica al resto del ordenamiento sino que influye sobre todo en la manera en que se conforma la cultura jurídica, a partir de la interrelación de las dos Repúblicas.

F. En sexto y último lugar se puede mencionar a la costumbre, la cual pese a no tener formalmente gran importancia como fuente del derecho, en la práctica judicial la tuvo, y muy grande, ya que fue no sólo el instrumento ideal para llenar las lagunas de la ley sino también el origen de muchas disposiciones que luego fueron de observancia obligatoria. Este elemento sí forma parte del derecho judicial y del de los juristas, y puede ser especificado localmente.

A muy grandes rasgos, y dejando de lado los matices, el esquema anterior presenta un panorama general de la forma en que habría estado constituido el orden jurídico novohispano en sus diversas manifestaciones. El derecho, de los apartados A, B y C, en sus diversas manifestaciones, constituirían lo que García-Gallo ha denominado derecho común, y el de los apartados D, E y F el especial.

Si bien, como cualquier esquema, éste desdibuja los matices, de otro lado, parece útil para confirmar lo que se ha señalado en torno a las características del derecho provincial novohispano.

Con lo que se lleva dicho se cubre el objetivo que me tracé al dar a luz estas páginas. En alguna forma, quedan despejadas algunas de las causas por las que el derecho indiano no ha recibido particular atención entre nosotros. A la vez, se dan elementos para comprender la estructura del orden jurídico en la Nueva España. Cabe señalar que el esquema que se elaboró atiende a los aspectos formales, porque en el virreinato el derecho legislado no tuvo la importancia que parece derivarse del marco formal. No hay todavía muchos estudios que den cuenta de las características del orden jurídico colonial. Espero que este pequeño texto facilite la aproximación al fenómeno jurídico de esa época y con ello, despeje el camino para futuras investigaciones. Al final de estas páginas, el lector encontrará la bibliografía que sirvió de apoyo para redactarlas. Espero que también le resulte de utilidad.