

BERNARDINO BRAVO LIRA

EL DERECHO INDIANO DESPUES DE LA INDEPENDENCIA
EN AMERICA ESPAÑOLA:
LEGISLACION Y DOCTRINA JURIDICA

Es sabido que el derecho indiano siguió vigente en América española después de su independencia. Sin embargo, no hay ningún estudio dedicado a esta pervivencia que se prolongó por varias décadas y en muchos campos, incluso por más de un siglo.

Diversas razones explican que la historiografía no haya prestado mayor atención a este último capítulo de la historia del derecho indiano. Tal vez, la más poderosa sea la tendencia a buscar una delimitación lo más precisa posible del derecho indiano tanto espacial como temporalmente en función de la monarquía. Expresión de ella es la conocida y aceptada definición del derecho indiano propuesta hace más de treinta años por García-Gallo: "aquel que rigió en las Indias o provincias de América y Filipinas mientras formaban parte de la monarquía española".¹

Pero el derecho indiano no desapareció con la monarquía. Antes bien, es uno de los grandes legados de ella a sus estados sucesores.

En otras palabras, la independencia marca el fin de la época indiana, pero no del derecho indiano. Como no podía menos que suceder, en todos los estados sucesores de la monarquía este derecho mantuvo su plena vigencia por un tiempo más o menos prolongado, salvo en los puntos en que por excepción fue reformado o reemplazado. Esto sucedió primero en el terreno político e institucional, pues la más urgente necesidad de los estados sucesores era consolidarse bajo un gobierno propio. Sólo posterior-

¹ García-Gallo, Alfonso, *Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano*, en *Revista de la Universidad de Madrid* 1, Madrid, 1952, p. 41 ss., ahora en sus *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, p. 37.

mente se modificó o substituyó al derecho indiano en otros terrenos.

Lo ocurrido con el derecho indiano en América española después de la independencia no tiene nada de extraordinario o singular. Algo similar sucedió, por ejemplo, un siglo más tarde en Europa central, a raíz de la desintegración de la monarquía danubiana en 1918.²

También allí en sus estados sucesores persistió el antiguo derecho, dentro del cual se incluía nada menos que el código civil general (ABGB). Y también allí las primeras innovaciones se produjeron en el campo político institucional, porque, al igual que en América, la más apremiante necesidad de esos estados sucesores era consolidarse bajo un gobierno propio. Sólo en forma más tardía y más limitada se modificó el antiguo derecho en otros terrenos.

Ultima fase del derecho indiano

El presente estudio tiene por objeto la subsistencia del derecho indiano en América española después de la independencia.

Se trata de la última fase del derecho indiano. En términos generales, ella principia con la independencia o muchas veces con el comienzo del movimiento que condujo a la independencia. A partir de entonces, el derecho indiano sufre una serie de transformaciones, pero sigue vigente. La nueva legislación se limita a superponerse al derecho indiano, que en lo demás se mantiene inalterado. Esta situación se prolonga hasta la codificación. Sólo con ella puede decirse que se pone fin a la vigencia del derecho indiano, porque entonces se lo reemplazó por el derecho codificado. De esta forma el derecho indiano desaparece como derecho vigente y pasa a convertirse en mero antecedente histórico del derecho codificado.

Por eso es lícito afirmar, que con la entrada en vigor de los nuevos códigos termina la historia del derecho indiano, aunque estos códigos se elaboren sobre la base del propio derecho indiano y éste subsista, por tanto, dentro de sus artículos.

² Bravo Lira, Bernardino, *Un paralelo histórico: el fin de la monarquía española en América y el fin de la monarquía danubiana en Europa Central*, (en prensa).

Los libros jurídicos como testimonio de la pervivencia del derecho indiano

Ciertamente, el camino más directo para comprobar esta vigencia del derecho indiano en los estados sucesores de la monarquía española, es el examen de los expedientes judiciales y de la vida jurídica práctica tal como la reflejan los libros de escribanos. Pero, aunque se haya trabajado en este sentido, queda todavía una tarea inmensa por cumplir.³

Pero hay otra manera de abordar el tema. Es la que sugiere la afirmación de Alvaro D'Ors de que la Historia del Derecho es en último término historia de los libros jurídicos.⁴

Nuestra investigación puede, pues, partir de los libros de derecho usuales al tiempo de la independencia. En la medida en que esta literatura jurídica indiana siga en uso después de la independencia e incluso se enriquezca con nuevas obras, constituye una prueba de la pervivencia del derecho indiano.

Como es sabido, esta literatura está formada conjuntamente por dos tipos de obras que, en cierto modo, corresponden a dos de los elementos fundamentales del derecho indiano: el derecho específico de Indias y el derecho castellano.

Pertencen al primer grupo los libros que tratan temas específicamente indianos, como son la gobernación de las Indias, el Real Patronato indiano, la condición jurídica de los indígenas y demás. En cambio, pertenecen al segundo grupo las obras que tratan del derecho castellano vigente en América, como comentarios a la Nueva Recopilación, a las Leyes de Toro, a las Partidas y a otros textos legales, o como libros sobre derecho de familia, sucesorio, de contratos, comercial, procesal, penal y demás.

No debe extrañarnos el predominio de la literatura jurídica castellana en América española, porque el derecho castellano es el principal elemento formativo del derecho indiano. Por eso, ca-

³ En la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se trabaja desde hace años en un índice del contenido de los libros de escribanos chilenos del siglo XVIII. Para el siglo XVII existen trabajos aislados como el de Antonio Dougnac Rodríguez, *Índice del Archivo de escribanos de Valparaíso 1660-1700*, en *Historia* 7, Santiago, 1968, p. 227 ss.

⁴ D'Ors, Alvaro, *Una introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., Valparaíso, 1976, p. 16.

be afirmar que el derecho indiano, en último término, es sino una variante del derecho castellano adaptado a las condiciones y circunstancias de América española.

La pervivencia del derecho indiano después de la independencia abarca en general toda la vida jurídica. Por eso se manifiesta de múltiples formas a través de la literatura jurídica.

En términos generales cabe distinguir en ella, aparte de los libros jurídicos más usuales, tres grandes directrices, ya perfectamente definidas en la segunda mitad del siglo XVIII y que se prolongan durante el siglo XIX, después de la independencia, hasta desembocar en la codificación.

La primera de ellas está constituida por la afirmación del derecho patrio o nacional. La segunda es la de los prácticos del derecho. Por último, tenemos la labor recopiladora o codificadora de la legislación.

Legislación y libros jurídicos más usuales

La desmembración política de América española, a raíz de su independencia, no alteró su unidad jurídica fundamental, dentro del ancho marco que el derecho indiano dejaba a la diversidad regional y local. El derecho vigente en los distintos estados sucesores de la monarquía hispanoindiana siguió siendo básicamente el mismo. También fueron similares las modificaciones que experimentó. En general, ellas se inspiran en los ideales de la Ilustración y se abren paso a través del constitucionalismo y la codificación.

En algunos estados sucesores de la monarquía se declaró, incluso expresamente, la subsistencia del derecho indiano.

Así, por ejemplo, en Argentina, dispuso el *Reglamento de 1817*:

"Hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales y particulares del antiguo gobierno español que no estén en oposición directa o indirecta con la libertad e independencia de estas provincias ni con este reglamento y demás disposiciones que no sean con-

trarias a él, libradas desde el 25 de mayo de 1810",⁵ es decir, desde la instalación de la Junta Gubernativa en esa fecha.

Muy similar es lo que se ordenó en Chile, en la *Constitución Provisoria* de 1818:

"Interin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán (los magistrados) todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En ese caso consultaría con el Senado, que proveerá el remedio".⁶

Más terminante aún es la *Constitución de Cúcuta* de 1821, para Colombia, Ecuador y Venezuela. En su art. 188 dispone:

"Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso".⁷

Así, pues, la regla general en América española es la subsistencia del derecho indiano con la limitación de aquello que se oponga al nuevo sistema político y a la legislación de los nuevos gobiernos.

En Colombia se reguló, incluso expresamente, la superposición de la legislación del nuevo estado independiente respecto a la de tiempos de la monarquía. Con este objeto se reformó y completó el orden de prelación de las leyes que antes de la independencia regía para el derecho indiano. Por ley de 13 de mayo de 1825 se dispuso:

"El orden en que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiástico y militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente:

1º Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el Poder Legislativo.

⁵ Tau Anzoategui, Víctor y Martiré, Eduardo, *Manual de Historia de las instituciones argentinas*, 5ª ed., Buenos Aires, 1967, 1981, p. 471.

⁶ *Constitución provisoria del Estado de Chile*, 1818, título V, cap. 1., art. 2.

⁷ *Constitución* de 30 de agosto de 1821 para Colombia, Ecuador y Venezuela, art. 188, en Gil Fortoul, José, *Historia constitucional de Venezuela*, 5ª ed., 3 vols., Caracas 1967, vol. 2, p. 572 ss.

- 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la República.
- 3º Las leyes de la Recopilación de Indias.
- 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla.
- 5º Las de las Siete Partidas".⁸

La literatura jurídica

A modo de introducción nos ocuparemos de los libros jurídicos más usuales. Allí es donde primero se advierte la persistencia del derecho indiano después de la independencia y su desplazamiento por el derecho codificado.

No es fácil formarse una idea del vasto conjunto de obras de derecho más usuales en América española entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XIX.⁹ Sin embargo, es posible echar un vistazo a las principales ediciones de textos legales, a las obras jurídicas ligadas a ellos y a los otros libros de derecho más usuales.

Durante los siglos XVIII y XIX se hacen múltiples ediciones de los cuerpos legales vigentes. La más importante es la de la imprenta de La Publicidad, *Los Códigos españoles concordados y anotados*, aparecida en Madrid en doce volúmenes entre 1847 y 1851 y reimpresa en 1872-73.¹⁰ Esta colección circuló en toda América española. Se la encuentra en bibliotecas de abogados, juriscónsultos, jueces, academias de práctica forense y facultades de derecho.

⁸ Ley sobre procedimiento civil, 13 mayo 1825 en Alfonso Uribe Misas *Estudio preliminar a Código Civil de Colombia*, Madrid, 1963, p. 15-16.

En Chile por Decreto Ley de 28 de abril de 1837 se declaró la vigencia de las leyes del Estilo y su lugar dentro del orden de prelación. Ver *Boletín de las Leyes y Decretos del Gobierno* 8-2, N° 20, p. 28, Santiago, 1938.

⁹ Dos utilísimos panoramas son: Gibert, Rafael, *Ciencia jurídica española*, Granada, 1971 y García-Gallo, Alfonso, *La ciencia jurídica en la formación del derecho Hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, en AHDE 44, Madrid, 1974, p. 157, hay separatum.

¹⁰ *Códigos españoles* (imprenta de la Publicidad) 12, vol., Madrid, 1847-51, reimpresos, Madrid, 1872-73.

La edición comprende la serie de cuerpos jurídicos españoles, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación. Contiene, por tanto, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro y, por supuesto, las Siete Partidas. En la edición de ellas se incluyó la glosa de Gregorio López con un índice.

Todos estos grandes cuerpos legales tienen una literatura jurídica dependiente. Como es sabido, las Siete Partidas son el texto de mayor y más frecuente aplicación dentro de la legislación castellana. Eso explica sus frecuentes reediciones, especialmente a partir de 1758. A la de ese año siguieron otras, como la publicada en Valencia en 1759 con notas de José Berní y Catalá (1712-87), la aparecida también en Valencia en 1767, con la glosa de Gregorio López, otra igual impresa en Madrid en 1789, la de la Real Academia de la Historia dada a la estampa en Madrid en 1807, otra con la glosa de López impresa también en Madrid en los años 1829-31 u otra aparecida en París en 1851 que reúne el texto de la academia con las glosas de Gregorio López.

Para las Partidas, además de esta glosa, hay unos *Apuntamientos sobre las Leyes de Partida al tenor de las Leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, de José Berní y Catalá¹¹ y un *Compendio de Derecho Público y Común de España o De las Leyes de las Siete Partidas, colocado en su orden natural* de Vicente Vizcaíno Pérez, aparecido en Madrid en 1784.¹² En él no sólo se expone el derecho en orden natural, según la expresión clásica de Domat. Además, se remite a las leyes recopiladas que confirman, corrigen o declaran las de Partidas.

Acerca de las Leyes de Toro hay una rica literatura. Dentro de ella sobresale la obra de Antonio Gómez, *Ad Leges Taurii commentarium absolutissimum* publicado en Salamanca el mismo año 1555 de la edición de las Siete Partidas por Gregorio López y reimpresso en Madrid en 1794.¹³ Este es un libro que tampoco

¹¹ Berní, José, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida, al tenor de leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, 7 vols., Valencia, 1759.

¹² Vizcaíno Pérez, Vicente, *Compendio del derecho público y común de España o de las Leyes de Las Siete Partidas colocado en su orden natural*, 6 vols., Madrid, 1784.

¹³ Gomezii, Antonius, *Ad Leges Tauri, Commentarium absolutissimum*, Salamanca, 1555; reimpresso Venecia, 1759; Amberes, 1624; Madrid, 1780 y 1794.

falta en las bibliotecas jurídicas americanas de los primeros dos tercios del siglo XIX.

Entre los comentarios a las Leyes de Toro, en 1833 se hace en Madrid la cuarta edición del de Juan Alvarez Posadilla.¹⁴ Pero no sólo se reeditan antiguos comentarios. También se agrega a la larga serie de ellos, en los siglos XVI, XVII y XVIII, uno nuevo que es como suma y compendio de los que le precedieron. Se trata del *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro* de Sancho de Llamas y Molina (1744-1829), aparecido en 1827 y reeditado en 1852. En el prólogo, Llamas y Molina, declara su voluntad de dedicarse al cultivo de las leyes patrias y de la jurisprudencia nacional:

Propuse dedicarme al estudio de las leyes patrias y entre ellas elegí con preferencia las de Toro, por contenerse en las mismas los puntos más capitales de nuestra jurisprudencia nacional.¹⁵

En materia canónica ocupa el primer lugar la monumental *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio* de Juan Domingo Mansi (1692-1769) aparecida originalmente en 1748 y refundida en 31 volúmenes a partir de 1759.¹⁶ Además, se consultan la antigua *Summa Conciliorum* de Bartolomé Carranza (1503-76) publicada en 1540 y reimpresa veinte veces en el resto del siglo XVI, ocho veces en el siglo XVII y cuatro más en el XVIII, la última en Madrid en 1781¹⁷ y el *Magnum Bullarium Romanum* de Coquelines reeditado en Luxemburgo en 1742.¹⁸

Particular interés por contener también legislación canónica indiana tuvieron la *Collectio máxima conciliorum ommium Hispaniae et Novi Orbis*, de José Sáez de Aguirre (1630-99), publica-

¹⁴ Alvarez Posadilla, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro*, Madrid, 1796, 1804, 1826 y 1833.

¹⁵ Llamas y Molina Sancho de, *Comentario crítico, jurídico y literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, 1827, 2ª ed., Madrid, 1852, prólogo.

¹⁶ Mansi, Ioannes, Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, 31 vols., Florencia, 1759 y ss.

¹⁷ Carranza de Miranda Bartolomé, *Summa conciliorum*, Venecia, 1540. Para las otras ediciones véase Palau y Dulcet, Antonio, *Manual del Libro Hispano-Americano*, 2ª ed., 23 tomos, Barcelona, 1948-69.

¹⁸ Coquelines, C., *Magnum Bullarium Romanum*. Hay diversas ediciones entre las que se destaca la de Mainardi, 28 vols., Roma, 1733-62, que abarca desde San León Magno, 440-465 hasta 1739.

da en 6 volúmenes en Roma en 1693-94¹⁹ y los *Fasti Novi Orbis*, de Ciriacus Morelli (Domingo Muriel s.j.) impresos en Venecia en 1776.²⁰ A ello se agregan colecciones canónicas indianas que recogen decretos de los Concilios y Sinodos americanos, como la *Lima limata* de Fray Francisco Haroldo, publicada en Roma en 1673,²¹ los *Concilios primero y segundo celebrados en la ciudad de México en los años 1555 y 1556*²² y el *Concilium mexicanum provinciale III celebratum Mexici anno MDLXXX*,²³ publicados en México por el arzobispo de México y luego de Toledo, Francisco Antonio de Lorenzana (1722-1804) en 1769 y 1770, respectivamente o como en Chile, las *Sínodo Diocesanas* de los obispos de Santiago Bernardo Carrasco en 1688, impresa en Lima en 1691 y reimpresión también, en Lima en 1764²⁴ y Manual de Alday en 1763, impresa en Lima en 1764²⁵ y del obispo de Concepción Pedro Felipe de Azúa, impresa en Madrid en 1749 y reimpresión en Santiago en 1867.²⁶

La lista de las otras obras jurídicas en uso en la época que nos interesa es inmensa.

Aquí sólo podemos fijarnos en algunas más comunes que podían considerarse indispensables para los hombres de derecho: jueces, abogados y demás.

Entre ellas se destaca la *Praxis Criminalis, civilis et canonici* de Juan Gutiérrez (1530-1618) publicada en Salamanca en 1592 y reeditada varias veces después.²⁷ Está en uso hasta el siglo XIX.

¹⁹ Sáenz de Aguirre, José, *Collectio maxima conciliorum omnium Hispaniae et Novi Orbis*, Roma, 1693-94.

²⁰ Morelli, Ciriacus (pseudónimo de Domingo Muriel) *Fasti Novi Orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium Breviarium cum annotationibus*, Venecia, 1776.

²¹ Haroldus, Franciscus, *Lima Limata*, Roma, 1673.

²² Lorenzana, Francisco Antonio, *Concilios primero y segundo celebrados en la ciudad de México en los años de 1555 y 1556*, México, 1769.

²³ Lorenzana, Francisco Antonio, *Concilium Mexicanum provinciale III celebratum Mexici anno MDLXXX*, México, 1770.

²⁴ Carrasco y Saavedra, Fray D. Bernardo, *Synodo Diocesana*, Lima, 1764.

²⁵ Alday, Ilmo. Señor Doctor don Manuel, *Synodo Diocesana*, Lima, 1764.

²⁶ Azua, Ilmo. Señor Doctor D. Pedro Felipe de, *Primera Sínodo Diocesana*, Madrid, 1749. Reimpreso en Santiago en 1867. Agradezco al Prof. Alamiro de Avila Martel su valiosa ayuda para hallar las fuentes canónicas indianas.

²⁷ Gutiérrez, Juan, *Praxis criminalis, civilis et canonici*, Salamanca, 1592.

Pero, sin duda, la obra más célebre es la *Curia Philipica* de Juan Hevia Bolaños (c 1570-1623), publicada en Lima en 1603.²⁸ Se trata de un libro de derecho procesal que alcanzó extraordinaria difusión en América española y en España durante más de dos siglos y medio, desde principios del siglo XVII hasta la codificación en el siglo XIX. En el siglo XVII se hicieron catorce ediciones de la *Curia*, en el siglo XVIII quince y en el siglo XIX al menos cinco: dos en Madrid, en 1825 y 1841, una en París en 1853, dos en México en 1850 y 1858.²⁹

Pareja fortuna alcanzó otra obra de Hevia Bolaños, el *Labyrinto del comercio terrestre y naval*, dedicada, como lo indica su título, al derecho mercantil.³⁰ Aparecida originalmente en Lima en 1617, desde su sexta edición en 1644 se publicó conjuntamente con la *Curia Philipica*, como una segunda parte, no menos de veinticinco veces, hasta el siglo XIX.

José Manuel Domínguez y Vicente publicó en Madrid en 1736 una *Ilustración y continuación de la Curia Philipica* en tres volúmenes, reimpresa en Madrid en 1739, en Valencia en 1770 y en Madrid en 1790.³¹ Por su parte, José Berní y Catalá (1712-87) compuso un suplemento a la *Curia Philipica*, la cual adquirió carácter de texto de enseñanza al erigirse la cátedra de práctica judicial en 1807.³² Posteriormente fue reemplazada en España por el *Febrero* de Gutiérrez, señalado como texto en 1824.³³ En América, Juan Rodríguez de San Miguel publicó, sin indicación de autor, una *Curia Filipica Mexicana* que es una edición actualizada de

²⁸ Hevia Bolaños, Juan, *Curia Philipica*, Lima, 1603.

²⁹ Lohmann Villena, Guillermo, *En torno de Juan de Hevia Bolaños. La incógnita de su personalidad y el enigma de sus libros* en AHDE 31, Madrid, 1961, p. 123 ss., con un cuidadoso estudio de las ediciones. A las por él señaladas, se añaden aquí las dos de la *Curia Filipica Mexicana*, México, 1850 y 1858 y la reimpresión de 1978. Sobre ellas, Soberanes Fernández, José Luis, prólogo a *Curia Filipica Mexicana*, México, 1978.

³⁰ Hevia Bolaños, Juan, *Labyrinto del comercio terrestre y naval*, Lima, 1617; sobre sus ediciones ver Lohmann, *op. cit.*, nota 1.

³¹ Domínguez y Vicente, José Manuel, *Ilustración y continuación a la Curia Philipica*, Madrid, 1790. Para las ediciones de esta obra, Palau y Dulcet, *op. cit.*, 4, p. 507.

³² Gibert, *op. cit.*, nota 9, p. 22.

³³ Peset Reig, Mariano, *La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII (1808-1833)* en AHDE 38, Madrid, 1968, p. 229 ss.

la obra de Hevia Bolaños. Impresa en México en 1850, fue reeditada allí mismo en 1858.³⁴

Otra obra del siglo XVII que conservó su vigencia hasta la codificación, es el *Laberyntus creditorum* de Francisco Salgado de Somoza (1595-1652) publicado probablemente en 1646 y reeditado después varias veces en Lyon en 1651, en Amberes en 1653, en Venecia en 1656, en Venecia en 1663, en Lyon en 1665, en Venecia en 1701 y en Lyon en 1757 y 1792.³⁵

En materia de derecho de minería ningún libro ha aventajado hasta ahora por su difusión y autoridad a los *Comentarios a las ordenanzas de Minas* del mexicano Francisco Javier Gamboa (1717-1794) publicados en Madrid en 1761 y reeditados posteriormente en México en 1874 y 1898 y publicados incluso en inglés en Londres en 1830.³⁶ Los comentarios se refieren a las *Ordenanzas de Nuevo Cuaderno* de Felipe II, incluidas en la *Nueva Recopilación*. No obstante continuaron gozando de autoridad después que se dictaron las *Ordenanzas de Minería de Nueva España* en 1783 y aún después de la codificación del derecho de minería.

En materia militar la obra fundamental fueron los *Juzgados militares de España y las Indias* de Félix Colón de Larriátegui, impresos en Madrid en 1788 y varias veces reeditados hasta comienzos del siglo XIX, en Madrid en 1789, 1793 y 1797-98. Además, se publicó un compendio de la obra en Chile en 1828, en España otro en 1834 y un *Novísimo compendio* en 1845.³⁷

En el derecho canónico hay también una rica literatura que sigue vigente, especialmente en materia de patronato. Como se sabe, los estados sucesores no rompieron con las instituciones canónicas de la antigua monarquía a raíz de la independencia, como lo hicieron con las instituciones políticas. Antes bien, se esforzaron por mantener el patronato. Entre las obras más invo-

³⁴ Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Curia Filipica Mexicana*, México, 1850. Hay una reimpresión con estudio preliminar de José Luis, Soberanes, México, 1978.

³⁵ Salgado de Somoza, Francisco, *Laberyntus creditorum*, Lyon 1651. Para las otras ediciones, Palau, *op. cit.*, nota 17, p. 387-88.

³⁶ Gamboa, Francisco Javier, *Comentarios a las ordenanzas de minas*, Madrid, 1761.

³⁷ Colón de Larriátegui, Félix, *Juzgados Militares de España y, sus Indias*, 2 vols., Madrid, 1788. Para las ediciones, Palau, *op. cit.*, p. 581. Además, *Formulario de procesos militares* Santiago, 1828. Debo la noticia de esta edición al Prof. Alamiro de Avila Martel.

cadadas en esta materia, está en primer lugar el *Gobierno eclesiástico-pacífico* del obispo de Santiago fray Gaspar de Villarroel (1587-1665) aparecido en 1656-57 y reeditado en 1738.³⁸ Asimismo, se usan otras obras del siglo XVII, como *Tractatus de regia protectione* de Francisco Salgado de Somoza (1595-1652) publicado en Lyon en 1626-27 y reeditado múltiples veces en 1647, 54, 69, 1750 y 1759,³⁹ o el *De Regio Patronatu Indiarum* del oidor de la audiencia de Chile Pedro Frasso, impreso en Madrid en 1677 y reimpresso también en Madrid en 1775.⁴⁰ Entre las obras del siglo XVIII se destacan *Víctima real legal* de Antonio José Alvarez de Abreu, marqués de la Regalía (-1775), aparecida en 1726 y corregida y aumentada en la reedición de 1769,⁴¹ el *Manual Compendio del Regio Patronato Indiano* del mexicano y oidor de México Antonio Joaquín Ribadeneyra y Barrientos (1710-71) publicado en Madrid en 1755 y reeditado allí mismo en 1845⁴² y las *Observaciones prácticas sobre recursos de fuerza* del Conde de la Cañada, publicada en Madrid en 1793, de la cual se hizo una tercera reedición en 1845.⁴³

Para derecho canónico en general, un autor fundamental es el célebre canonista del siglo XVII, Agostinho Barbosa (1590-1649), cuyas obras *Iuris ecclesiastici universi libri III*, aparecida en Lyon en 1633,⁴⁴ *De officio et potestate episcopi*, publicada en Roma en 1632⁴⁵ y *De officio et potestate parochi*, impresa en Roma ese mismo año,⁴⁶ se reeditaron muchas veces. También tuvo

³⁸ Villarroel, Gaspar de, *Gobierno eclesiástico pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*, Madrid, 1656-57.

³⁹ Salgado de Somoza, Francisco, *Tractatus de regia protectione*, 2 vols., Lyon, 1626-27. Para las ediciones posteriores, Palau, *op. cit.*

⁴⁰ Frasso, Pedro, *De Regio Patronatu Indiarum. Quaestiones al iquae desumptae et disputatae in al ia quinquaginta capita partitae*, Madrid, 1677.

⁴¹ Alvarez de Abreu, Antonio José, *Victima real legal. Discurso único jurídico-histórico-político sobre que las vacantes... de las Iglesias de las Indias Occidentales pertenecen a la Corona de Castilla y León con pleno, absoluto dominio*, Madrid, 1726.

⁴² Ribadeneyra y Barrientos, Antonio Joaquín de, *Manual compendio del Regio Patronato Indiano para su más fácil uso en materias conducentes a la práctica*, Madrid, 1755.

⁴³ Cañada Conde de la, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza*, Madrid, 1793.

⁴⁴ Barbosa, Agostinho, *Iuris ecclesiastici universi Libri III*, Lyon, 1633.

⁴⁵ Barbosa, Agostinho, *Pastoralis sollicitudinis, scilicet de officio et potestate episcopi descripto*, Roma, 1632.

⁴⁶ Barbosa, Agostinho, *Pastoralis sollicitudinis sive de officio et potestate parochi descriptio*, Roma, 1632.

extraordinaria difusión el *Cursus iuris canonici Hispani et Indici*, del catedrático de Manila, Pedro Murillo de Velarde (1696-1743), aparecido en Madrid en 1743 y reimpresso allí mismo en 1763 y 1791.⁴⁷

No menos relevantes son una serie de autores muy influyentes en Hispanoamérica a partir del siglo XVIII. Entre ellos, se cuentan Anacleto Reiffenstuel (1641 ó 42-1703) con *Ius canonicum universum* impreso en Freising en 1700⁴⁸ y a vuelto a editar más de once veces; Bernardus van Espen (1646-1728) con una obra titulada también *Ius ecclesiasticum universum*, aparecida en Lovaina en 1700⁴⁹ y con sus *Opera omnia*, de las que se hizo una veintena de ediciones;⁵⁰ Justinus Febronius (1701-90) con su célebre *De statu Ecclesiae*, publicado en 1763⁵¹ y reeditado en Madrid a fines del siglo XVIII; el canonista portugués Antonio Pereyra de Figueyredo (1725-97) con su *Tentativa theologica*, aparecida en Lisboa en 1766⁵² y su *Demostração Theologica*, publicada también en Lisboa en 1769;⁵³ Javier Gmeiner cuyo *Kirchenrecht*, aparecido en 1779, fue traducido al latín bajo el título *Institutiones iuris ecclesiastici* y editado varias veces, incluso en Buenos Aires, donde se hizo la quinta edición en 1835;⁵⁴ Ioannis Devoti con sus *Institutionum canonicarum*, publicadas en Madrid en 1801-02 y luego, allí mismo, en 1819 y 1833, en Manila en 1871 y 1893, en Madrid en 1885 y traducidas al castellano en Valen-

⁴⁷ Murillo de Velarde, Pedro, *Cursus iuris canonici Hispani et Indici*, Madrid, 1743.

⁴⁸ Reiffenstuel, Anacleto, *Ius canonicum universum*, Freising, 1700.

⁴⁹ Van-Espen, Bernardus, *Ius ecclesiasticarum universum antiquae et recentioris disciplinae*, Lovaina, 1700, 1ª ed., en España, expurgada 1778, 2ª 1791.

⁵⁰ Van-Espen, Bernardus, *Opera Omnia*, 7 vols., Lovaina, 1753.

⁵¹ Febronius, Justinus (Juan Nicolás de Hontheim), *De statu Ecclesiae et legitima potestate Romani Pontificis*, 1763.

⁵² Pereyra de Figueyredo, Antonio, *Tentativa Theológica, em que se pretende mostrar, que impedido o recurso á Sé Apostolica se devolve a os senhores Bispos la facultade de dispensar, nos impedimentos públicos do Matrimonio, e de prover espiritualmente em todos os mais lazos reservados o a Papa, as vezes que assim o pedir o pública e urgente necessidade dos subditos*, 2 vols., Lisboa, 1766.

⁵³ Pereyra de Figueyredo, Antonio, *Demostração Theologica, canonica e historica do direito dos Metropolitanos de Portugal para confirmarem e mandarem sagrar os Bispos suffraganeos nomeados por Sua Magestade...* Lisboa, 1769.

⁵⁴ Gmeiner, Javier, *Institutiones Iuris Ecclesiastici methodo scientifica adornatae*, 5 ed., 2 vols., Buenos Aires, 1835.

cia en 1830 y en París en 1891;⁵⁵ Domingo Cavallario con sus *Instituciones iuris canonici* publicadas inicialmente en 1786 y editadas luego en Madrid en 1793, donde se reeditaron en 1799, 1800, 1806 y 1821. De ellas se hizo una primera traducción castellana en Valencia en 1835, reimpresa allí mismo en 1837 y 1841 y en París en 1837. Una segunda traducción castellana se publicó en Madrid en 1843 y 1846-47 y en París en 1852. Además, se hizo otra edición en Lima en 1850.⁵⁶

Los autores anteriores se caracterizaron por sus tendencias episcopalistas más o menos acentuadas. Una reacción contra ellas se advierte ya en el título de la obra del ecuatoriano José Ignacio Moreno (1767-1841), *Ensayo sobre la supremacía del Papa*, publicada en Lima en 1831 y reeditada en Lima en 1836, en Madrid en 1838 y en París en 1846.⁵⁷ Pero la tendencia contraria subsiste vigorosamente, como lo muestran las *Instituciones de Derecho Público Eclesiástico* del catedrático de la Universidad de Buenos Aires Eusebio Agüero, publicadas en dicha ciudad en 1828, que no son sino una versión de las *Instituciones* de Gmeiner, reeditadas en Buenos Aires en 1835. La misma tendencia preside la principal y más difundida exposición del derecho canónico americano en el siglo XIX, las *Instituciones de Derecho Canónico americano* del obispo de Ancud (Chile), Justo Donoso (1800-68), impresas no menos de cuatro veces sucesivas en Valparaíso en 1848-49, en París en 1854, en Santiago en 1861-62 y en Friburgo de Brisgovia en 1909.⁵⁸ La misma orientación presenta su *Diccionario teológico, canónico y litúrgico*, que vio la luz en Santiago en 1855-57.⁵⁹

Como auxiliares para consultar el derecho vigente son muy usados en *Teatro de la legislación universal de España e Indias* de Antonio Xavier Pérez y López (1736-92), que abarca 28 vo-

⁵⁵ Devoti, Ioannis, *Institutionum canonicarum Libri IV*, 3 vols., Madrid 1801. Para las demás ediciones ver Palau, *op. cit.*

⁵⁶ Cavallario, Dominicus, *Institutiones iuris canonici*, 6 vols., Madrid, 1973. Traducción castellana por Juan Tejeda y Ramiro Valencia 1835. Para las demás ediciones ver Palau, *op. cit.*

⁵⁷ Moreno, José Ignacio, *Ensayo sobre la supremacía del Papa*, Lima, 1831, Lima, 1836, 3 vols., Madrid, 1838, 2 vols., París; 1846.

⁵⁸ Donoso Justo, *Instituciones de Derecho canónico americano*, Valparaíso, 1848-49. Palau, *op. cit.*, menciona fuera de las ediciones indicadas en el texto, otras dos hechas en París en 1863 y 1868.

⁵⁹ Donoso, Justo, *Diccionario teológico, canónico y litúrgico*, 2 vols., Santiago 1855-57.

lúmenes, publicados en Madrid desde 1791 hasta 1798,⁶⁰ que en realidad es una especie de enciclopedia jurídica y sobre todo, la famosa obra de Joaquín Escriche (1784-1847) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, aparecido en París en 1831 y reeditado más de doce veces en Madrid, París y México hasta 1905. Entre estas ediciones se incluye una peruana del profesor de la universidad de Lima, Antonio Flores, en 1884 y otra de un Escriche mejicano, debida a Antonio Lozano, aparecida en 1905.⁶¹

En 1848, esto es, medio siglo después del término de la publicación del *Teatro de la Legislación universal* de Pérez y López, inició Lorenzo Arriazola (1795-1873) la publicación de una *Enciclopedia española de derecho y administración o Nuevo Teatro de la legislación universal de España e Indias*.⁶² Obtuvo la colaboración de un escogido núcleo de juristas, todos españoles, entre los que se cuentan Pedro Gómez de la Serna (1807-71), a quien encontraremos más adelante como autor de un *Tratado Académico Forense*,⁶³ Joaquín Aguirre (1807-79) editor del *Febrero reformado* en 1841⁶⁴ o José María Manresa y Navarro, más tarde autor de un comentario a la ley de enjuiciamiento civil de 1855.⁶⁵ Tan significativo como el intento de publicar un *Nuevo Teatro de la Legislación* es el hecho de que la empresa fracasara y sólo pudieran publicarse nueve tomos que abarcan hasta la letra C. Evidentemente, los tiempos eran otros, pues, como veremos, por entonces la codificación había entrado en su fase final.

⁶⁰ Pérez y López, Antonio Javier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 28 vols. Madrid, 1791-98.

⁶¹ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1831. Hemos determinado las siguientes reediciones, Valencia 1838, 3 vols., Madrid, 1838-45, de Juan N. Rodríguez de San Miguel, Madrid, 1842, de Juan Guim Madrid, 1852, París, 1861 y Madrid, 1882, de León Galindo y de Vera y José Vicente y Caravantes, 4 vols., Madrid, 1874-76, de Antonio Flores, añadió según la legislación peruana. París, 1884, París, 1901, de Antonio Lozano, *Escriche Mejicano* México, 1905.

⁶² Arriazola, Lorenzo, *Enciclopedia, española de derecho y administración a Nuevo Teatro de la legislación universal de España e Indias*, 9 vol., publicados, Madrid, 1848-72.

⁶³ Gómez de la Serna, Pedro, *Tratado Académico Forense de los Procedimientos Judiciales*, Madrid, 1848, reimpresión en 1861.

⁶⁴ García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero reformado*, 11 vols., Madrid, 1841.

⁶⁵ Manresa y Navarro, José María Miquel, Ignacio y Reus, José, *Ley de enjuiciamiento civil comentada*, 5 vols., Madrid, 1856-61.

Afirmación del derecho patrio o nacional.

La afirmación del derecho patrio o nacional se remonta al siglo XVIII. Por tal se entiende la legislación real de Castilla, contenida en la *Nueva Recopilación* y en otros cuerpos legales como las *Siete Partidas*, que estaban vigentes en América española.

Este derecho patrio se afirma frente al Derecho Común. Concretamente, se aspira a que el derecho patrio sea aplicado en los tribunales con preferencia al romano y al canónico y estudiado en las universidades, que hasta entonces sólo tenían cátedras de derecho romano y de derecho canónico, y en las Academias en Práctica Forense que se establecen en España y en América española con el objeto de enseñarlo.

En un *auto acordado* de 4 de diciembre de 1713, encargó el Consejo de Castilla a los tribunales:

el cuidado y atención de observar las leyes Patrias con la mayor exactitud.⁶⁶

Al fundamentar esta orden recordó que en España el derecho romano no tenían el valor de ley y tampoco el carácter de Derecho Común, que, en cambio, correspondía a las leyes reales o patrias:

las civiles (romana) no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de sabios, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en cuanto se ayudan por el derecho natural y confirman el real, que propiamente es el Derecho Común y no el de los romanos, cuyas leyes ni las demás extrañas no deben ser usadas ni guardadas.⁶⁷

Para favorecer la aplicación del derecho patrio se ordenó también en 1713, que se erigiesen cátedras del mismo en las Universidades en lugar de las de derecho romano, "pues por él y no por el de los Romanos deben sustanciarse y juzgarse los pleitos".⁶⁸

⁶⁶ *Auto acordado del Consejo Pleno*, Madrid 4 diciembre 1713. Autos Acordados, Lib. I. tít. I, 1.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

Pero esta pretensión de reemplazar el estudio del derecho real o patrio no tuvo mayores resultados a causa de la resistencia de las Facultades de Derecho a abandonar el derecho romano.⁶⁹

Después de algunos años volvió el Consejo a insistir por *auto acordado* de 29 de mayo de 1741, en la enseñanza del derecho real, pero esta vez conjuntamente con el derecho romano:

considerando el Consejo la suma utilidad que producirá a la juventud aplicada al estudio de los Cánones y Leyes, se dicte y explique también, sin faltar al Estatuto y asignación de sus cátedras los que las regentaren, el Derecho Real, exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título, materia o parágrafo de la lectura diaria, tanto las concordantes como las contrarias, modificativas o derogatorias; ha resuelto ahora que los catedráticos y profesores en ambos derechos tengan cuidado de leer con el derecho de los romanos las leyes del reino correspondientes a la materia que explicaren.⁷⁰

El libro más usado para esta forma de enseñanza comparativas fue el de las Instituciones de Vinnio.⁷¹ Conforme a él se explicaba el derecho romano y el catedrático añadía en cada materia lo perteneciente al derecho patrio.

Pero ya en 1745 apareció la *Instituta Civil y Real* de José Berní y Catalá (1712-87), reimpresa luego en 1760 y en 1775.⁷² Esta obra tenía precedentes, como el mismo Berní recuerda. Después de mencionar a Vinnio, dice en su dedicatoria:

⁶⁹ Riaza, Román, *El Derecho romano y el Derecho nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 47, Madrid, 1929, p. 104 ss.; Peset Reig, Mariano, *Derecho romano y derecho real en las Universidades del siglo XVIII*, AHDE 45, Madrid, 1975, p. 273 ss.

⁷⁰ *Auto Acordado del Consejo*, Madrid 29 mayo 1741, Autos Acordados Lib. I, tít. I, 3.

⁷¹ Vinnius, Arnoldus *In IV Libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Amsterdam, 1642, con numerosas ediciones posteriores en Francia, España e Italia.

⁷² Berní y Catalá, José, *Instituta civil y real, en donde con la mayor claridad se explican los párrafos de Justiniano y en seguida los casos prácticos, según Leyes Reales de España*, Valencia, 1744.

Sobre Berní, Nacher Fernández P., *El doctor don José Berní Catalá, su vida y su obra*, Valencia, 1961.

En lo moderno en especial en nuestra España, de las Institutas que he visto son Pichardo,⁷³ Galindo,⁷⁴ Flores y Torres⁷⁵ y si el rumbo que toman teórico hubiera sido más práctico, yo mismo me haría justicia, quedando en manuscrito o no habiéndole emprendido.⁷⁶

Berní critica a sus predecesores haber prestado poca atención a la práctica, a pesar de que algunos la mencionan en el título de su obra. En consecuencia, se propone llenar este vacío. Para ello, recurre a la Nueva Recopilación, a las Partidas y demás leyes patrias, y a los autores. Pero no intenta una exposición del derecho real o patrio, sino simplemente, sigue el texto de Justiniano y lo complementa con la práctica tomada de las leyes y autores.

Un paso más en el fortalecimiento del derecho patrio frente al romano es el que manifiesta el *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España*, de Tomás Manuel Fernández de Mesa, impresa en Valencia en 1747 y reimpressa en Madrid en 1802.⁷⁷ Aquí encontramos que al llamado derecho patrio o real se le da el nombre de derecho nacional y se invoca expresamente el varias veces reiterado, pero nunca cumplido, auto acordado de 1713:

que manda, se enseñen las leyes de Castilla en las Escuela de España.⁷⁸

En cuanto a las causas de su incumplimiento, dice:

juzgo que sucede por dos motivos. El primero consiste en la repugnancia de los catedráticos... pues ellos se criaron sólo con las leyes romanas. El segundo motivo es porque mal podrán enseñar las leyes que ellos no aprendieron.⁷⁹

⁷³ Pichardo de Vinuesa, *In quator Institutionum imperatoris Iustiani Libros*, 4ª ed., 1630.

⁷⁴ Martínez Galindo, Tomás, *Phoenix Iurisprudentiae hispanicae, siue Instituta hispana*, Sevilla, 1715.

⁷⁵ Torres y Velasco, *Institutiones hispanae practico-theorico commentatae*, Madrid, 1735.

⁷⁶ Berní, *Instituta civil*, *op. cit.*

⁷⁷ Fernández de Mesa, Tomás Manuel, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España y de interpretar aquel por éste*, Valencia, 1747.

⁷⁸ *Ibid.*, prólogo p. 3.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 5.

Muy semejante es el diagnóstico que hace en 1767, es decir, veinte años después, Gregorio Mayans y Siscar (1699-1781) a propósito del incumplimiento del auto acordado de 1741:

En el libro segundo de los autos acordados, auto tercero del título primero, de las Leyes, se manda que los que regentan cátedras expliquen el Derecho real. El modo de ejecutarlo se deja al arbitrio de los catedráticos, pues no se prescribe. Queda pues a la voluntad de unos hombres que, no habiendo estudiado por la mayor parte el Derecho real no pueden ejecutar lo que se les manda; y por esto dicha orden muchas veces renovada, nunca ha sido bien obedecida.⁸⁰

En consecuencia, planteaba la posibilidad de erigir cátedras de derecho español:

Verdaderamente lo que conviene es que los catedráticos del Derecho civil romano no se empleen en enseñar el Derecho español porque aquél pide un hombre enteramente dedicado a él, por su extensión, dificultad y sutileza y el español también pide otro por su dilatación.⁸¹

Finalmente, concluía proponiendo la elaboración de unas Instituciones del Derecho real:

Siendo pues necesaria la enseñanza del Derecho real, porque si no se enseña en las Universidades, dificultosa y muy diminutamente se aprende fuera de ellas, es menester que se elija el medio más fácil para ponerlo en práctica. Dos medios hay para ello. El uno es unir y reducir los dos Derechos a un cuerpo, manifestando su concordancia y discrepancia; empresa difícil para la cual en el estado presente pienso que no hay disposición, pues no sé que haya en España letrado desocupado, universalmente perito en ambos Derechos.

El otro es reducir el Derecho real a unas Instituciones que

⁸⁰ Mayans y Siscar, Gregorio, *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las universidades de España*, en Peset Reig, Mariano y otro, *Gregorio Mayans y la reforma de la Universidad...*, Valencia, 1975, I, cap. XXI; Peset, *La enseñanza*, op. cit., p. 330.

⁸¹ Id.

sean un compendio breve y claro de todo él. Tengo esto por practicable.⁸²

Lo propuesto por Mayans fue precisamente lo que hicieron los doctores Ignacio Jordán de Asso (1742-1814) y Miguel de Manuel Rodríguez con sus *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* publicados en Madrid en 1771.⁸³ A diferencia de las que le precedieron, que eran fundamentalmente exposiciones del derecho romano y hacían referencias más o menos amplias al derecho patrio, en estas instituciones se expone el derecho español por sí solo, como una disciplina autónoma con sus propias leyes y sus propios autores, sin deformaciones introducidas por la práctica y sin apoyo en leyes o autores romanos. Así lo declaran sus autores en el prólogo:

El fin pues de estas Instituciones es presentar las verdades y principios del Derecho español, ajustados a sus Leyes y no a los abusos que tal vez ha introducido la práctica. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar leyes de Derecho Romano, probando toda proposición con sola la ley nuestra Supletoria, y aún apoyando aquellas proposiciones que no expresan nuestras leyes y cuyo conocimiento no es necesario, con la autoridad de solo autor regnícola y clásico.⁸⁴

El plan de la obra es el de las Institutas, es decir, consta de tres partes destinadas respectivamente a las personas, las cosas y las acciones. Pero no se trata aquí del derecho romano o canónico con mayores o menores referencias al derecho real o patrio, sino directamente de este derecho patrio o real. Sobre las personas Asso y de Manuel prescinden de la gran complejidad de las Institutas y tratan solamente de su estado natural y civil, tutela y curaduría, esponsales y matrimonio y, sumariamente, filiación y patria potestad. El segundo libro versa sobre cosas, su clasificación, el dominio y su adquisición, pero incluye también, en forma bastante amplia, materias penales. Finalmente, el tercer libro se separa del derecho romano y constituye un pequeño tratado sobre derecho procesal patrio.

Con esta obra, Asso y de Manuel son los verdaderos inicia-

⁸² Id.

⁸³ Asso y del Río, Ignacio Jordán de y de Manuel Rodríguez, Miguel, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771.

⁸⁴ Ibid. prólogo.

dores de una ciencia del derecho patrio o nacional, cuya forma primaria de expresión son los libros de Instituciones. En ellos se trata del derecho patrio o real como se había hecho hasta entonces con el derecho romano o el canónico. Obras de este tipo se componen también en otros países europeos como Alemania, Francia, Nápoles y aun Escocia, especialmente en el siglo XVIII.⁸⁵ En atención a ello, se ha propuesto agrupar a sus autores bajo un nombre común de institucionalistas,⁸⁶ pero parece preferible el de institutistas y que emplea algún autor de la época.⁸⁷

Las Instituciones de Asso y de Manuel se transformaron en texto de estudio para el derecho patrio y terminaron por ser prescritas como tales a las universidades por real cédula de 5 de octubre de 1802. De ella se hicieron ocho ediciones sucesivas en Madrid en 1771, 1775, 1780, 1786, 1792, 1805, 1806 y 1828.⁸⁸ Las dos últimas fueron ilustradas por el catedrático de Huesca Joaquín María Palacio con adiciones conforme a la real cédula citada. El propio Palacio es autor de una *Introducción al Estudio del Derecho patrio* aparecido en Madrid en 1803 y se propuso componer unas instituciones según el método que anuncia en esta obra.⁸⁹

No obstante todos los esfuerzos, prevalecía la enseñanza del derecho romano y su aplicación en los tribunales. Con el objeto de contribuir a su substitución por el derecho patrio, compuso Vicente Vizcaíno Pérez su *Compendio del Derecho Público y Común de España o de las Leyes de Partida colocadas en orden natural*, publicado, como sabemos, en Madrid en 1784.⁹⁰ Allí Vizcaíno no vacila en definir a las leyes patrias nada menos que como derecho común de España y apela al rey para que se haga observar las disposiciones de sus antecesores sobre el estudio de las leyes patrias. Según él:

⁸⁵ Luig, Klaus, *Institutionenlehrbücher des nationalen. Rechts im 17. und 18. Jahrhundert in Ius Commune III*, Frankfurt a. M., 1970, p. 64 ss.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 97

⁸⁷ La expresión institutistas en Berní, *loc. cit.*, nota 72. Modernamente la emplea Peset, María, *Derecho romano*, p. 231 y 323.

⁸⁸ Palau, *op. cit.*, registra sólo las seis primeras. De la última, de 1928, hay un ejemplar en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁸⁹ Palacio, Joaquín María, *Introducción al Estudio del Derecho patrio*, Madrid, 1803. Agradezco a la profesora Ana María Barrero su gentil ayuda para obtener esta obra.

⁹⁰ Vid. nota 12.

Las Leyes Patrias son nuestro Derecho común y la teórica que en mi concepto debía enseñarse y aprenderse en las universidades; porque en ellas está también lo mejor de las de los romanos, que se comprehenderían más bien después de instruido en las nuestras.

Así en el espacio de los cuatro años que se consumen en aprender la Instituta de Justiniano por la explicación de Vinnio, el Heinecio, el Pichardo u otros para decorar unas leyes que nos están prohibidas alegar en nuestros Tribunales, que carecen de autoridad obligatoria y que son meros dichos de los sabios forasteros de aquellos tiempos, se podría con la presente obra de las Partidas compendiadas aprender de memoria todos los principios, reglas, definiciones, máximas, determinaciones, ordenanzas, estatutos generales de nuestra legislación y jurisprudencia que se hallan recogidas en el cuerpo de las Siete Partidas.⁹¹

Por lo cual, concluye, apelando al rey:

...para desterrar de las escuelas públicas la inveterada procupación de estudiar y enseñar por unas leyes forasteras y proscritas en los Códigos de nuestros soberanos y substituir el estudio de las nuestras, se necesita el empeño constante de la Real Autoridad, que haga observar lo mandado por sus gloriosos predecesores, de que no se enseñe ni juzgue por otras leyes que las suyas.⁹²

Según se advierte, para Vizcaíno como para los demás autores de la época, las *Siete Partidas* son indiscutiblemente, un cuerpo de derecho patrio, sin importar que esté basado en el derecho romano. Más aún, Vizcaíno afirma que las Partidas son superiores, porque expurgaron y omitieron las supersticiones de los romanos:

Estas (las Siete Partidas) las sacó y formó nuestro Rey D. Alonso IX de los dichos de los sabios jurisconsultos y de los Santos Padres; pero con la ventaja de haber expurgado y omitido las supersticiones de los primeros, y substituido la pureza y las verdades de los segundos y haberlas acomodado a nuestros usos y costumbres.⁹³

⁹¹ Discurso preliminar p. CXI.

⁹² Ibid. p. CXLIII.

⁹³ Ibid. p. CXL y CXLI.

Para hacer posible el estudio del derecho patrio o real se fundaron tanto en España como en América una serie de Academias de Jurisprudencia. Las fundaciones comienzan en el último cuarto del siglo XVIII y se prosiguen hasta después de la independencia, en la primera mitad del siglo XIX. Así tenemos que en 1776 se erigió la Real Academia Carolina de Practicantes Juristas en Chuquisaca, en 1778 la Real Academia Carolina de Leyes Reales y Práctica Forense de Santiago de Chile, en 1809 la Academia Pública de Jurisprudencia Teórico-Práctica y Derecho Real Pragmático de México, en 1810 la Academia de Derecho Teórico-Práctico de Guatemala, en 1815 la Academia de Jurisprudencia de Buenos Aires, en 1831 la Academia de Jurisprudencia de La Habana y en 1839 la Academia Teórico-Práctica de Montevideo.⁹⁴

Con el objeto de facilitar la enseñanza del derecho patrio se componen nuevas obras similares a la de Asso y de Manuel.

Una muy difundida es la de Juan Sala y Bañuls (1731-1806) autor de varias obras de gran aceptación, en las que trata del derecho patrio. En 1779-80 había dado a la stampa en Valencia, a un *Vinnius castigatus*, con las correspondientes correlaciones a las leyes reales, reeditado en 1786.⁹⁵ También en Valencia, publicó Sala en 1788-89 una *Institutiones Romano-Hispanae*, reimpresas allí mismo en 1795 y 1805 y luego, en Madrid en 1824 y 1830. Otra obra suya es el *Digesto romano-hispanum*, aparecido en 1794, reimpresso en Madrid en 1824, en Valencia en 1830-32 y traducido al castellano bajo el nombre de *Digesto romano-español* en Madrid en 1844, donde fue reeditado en 1856.⁹⁶ En todos estos libros se ocupa del derecho patrio.

Pero, sin duda, su obra más célebre fue el manual *Ilustración del Derecho Real de España*, aparecido en Valencia en 1803 y reeditado múltiples veces en España y América española hasta la segunda mitad del siglo XIX.

⁹⁴ González Echenique, Javier, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el Reino de Chile*, Santiago, 1954, esp. p. 176 ss. Espinosa Quiroga, Hernán, *La Academia de Leyes y Práctica Forense*, Santiago s/f (1955) esp. p. 4 ss. y 8 ss.

⁹⁵ Sala (y Bañuls), Juan, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum Hispanorum accommodatus*, Valencia 1779-80. Para las ediciones, Palau *op. cit.*, vol., 8, p. 303-304.

⁹⁶ Sala (y Bañuls), Juan, *Digesto romano-hispanum*, Madrid, 1794. Para las ediciones, Palau *op. cit.*, vol. 8, p. 303-304.

En el prólogo, Sala se refiere a su preocupación por el derecho patrio, presente en todas sus obras:

...nuestra vehemente inclinación al estudio de nuestro derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vinnio Castigado*, las *Instituciones* y *Digesto Romano-Español*.⁹⁷

La *Ilustración* fue publicada en México en 1803 y 1807-8, en Madrid en 1820, 1832, 1834 y bajo el nombre de *Sala Novísimo*, en 1841, en Bogotá en 1826, en Guayaquil en 1831, La Coruña en 1837 y 1839, en París en 1837, 1844 y 1867.⁹⁸ Desde 1824 este manual reemplazó en España como texto oficial a las *Instituciones de Asso* y de Manuel.⁹⁹ Además, hubo ediciones especiales, como las destinadas a México, Chile y Venezuela.

Las mexicanas comienzan en 1807 y llegan hasta 1870, en vísperas de la promulgación del Código Civil. Son unas de 1807, otras de 1831 y 1832, luego el *Sala hispano-mexicano* de Vicente Salvá en París, 1844, el *Sala Mexicano de 1845-9*, reeditado en México en 1850, y el *Novísimo Sala Mexicano* de 1870.

Por otra parte, el mismo Vicente Salvá publicó en París en 1845 un *Sala hispano-venezolano* y un *Sala hispano-chileno* a los que siguió con posterioridad al Código Civil chileno de 1855, el *Sala adicionado*, con apéndices para Chile, México y Venezuela, aparecido en París, en 1867. Además, hay una serie de epítomes entre los que destacan el *Breve Compendio* de Francisco González, publicado en 1827, el *Compendio* de Juan Francisco Siñeriz, cuya segunda edición es de 1833 y *El litigante instruido*, impreso en París en 1836 y reimpresso en 1846, 1852, 1854, 1858.¹⁰⁰

Luego, nos encontramos con otro libro de instituciones, esta vez compuesto en América y que alcanzó no menor difusión que el de Sala. Se trata de las *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias*, del catedrático de la Universidad de Guatemala, José María Álvarez (1777-1820) publicadas en esa ciudad en

⁹⁷ Sala (y Bañuls), Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3 ed., arregladas las citas a la Novísima Recopilación, 2 vols., Madrid, 18832, p. 111.

⁹⁸ En general para las ediciones, Palau *op. cit.*, vol. 18, p. 303-304.

⁹⁹ Peset, *La enseñanza*, *op. cit.*, p. 346 ss.

¹⁰⁰ Para las ediciones, Palau *op. cit.*, vol. 18, p. 303-304.

1818-20.¹⁰¹ Esta obra fue reimpresa numerosas veces en España y sobre todo en América española: en México en 1826, reimpresa a su vez, el mismo año en Filadelfia, en Nueva York, en 1827; en Madrid en 1829 y 1839, en Buenos Aires en 1834, en La Habana en 1834 y 1841, en Bogotá en 1836 y de nuevo en Guatemala en 1845. Además, hay dos ediciones adaptadas en México, bajo el nombre de *Manual de Práctica* en 1828 en México y bajo el nombre de *Instituta Mexicana o Alvarez Amplificado*, en 1843 en México.¹⁰²

Los Prácticos

Otro género de obras jurídicas cuya vitalidad permite percibir directamente la pervivencia del derecho indiano después de la independencia, es el de los llamados prácticos del derecho. Sus obras son fundamentalmente prontuarios destinados a facilitar el trabajo de jueces, abogados y escribanos.

Gran fortuna tuvo la obra de Manuel Silvestre Martínez, *Librería de Jueces*, que apareció en Madrid en 1763-68 y alcanzó en 1791 su séptima edición.¹⁰³

Pero, sin duda, el modelo en este género, es la *Librería de escribanos o instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes*, de José Febrero Bermúdez (1733-90). Su primera edición data de 1769.¹⁰⁴

¹⁰¹ Alvarez, José María, *Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias*, Guatemala, 1818-20.

¹⁰² Sobre las ediciones ver García Laguardia, Jorge Mario y González, Domínguez, María del Refugio, estudio preliminar a la edición facsimilar de la edición de Filadelfia, 1826, México, 1982.

¹⁰³ Martínez, Manuel Silvestre, *Librería de Jueces utilísima y universal, para abogados, alcaldes mayores y ordinarios*, Madrid, 1763-68.

¹⁰⁴ Febrero Bermúdez, José, *Librería de escribanos o Instrucción Jurídica teórico práctica de principiantes, primera parte*, 3 vols., Madrid, 1709. Trata sólo de testamentos y contratos. Posteriormente se publicó la segunda parte: los cinco juicios de inventario y partición de bienes, ordinario, ejecutivo y de concurso y prelación de acreedores. Sobre las diversas ediciones del Febrero ver reseña crítica en García Goyena, Florencio y Aguirre Joaquín, *Febrero o Librería de jueces y escribanos*, 4 ed. reformada, Madrid, 1852, p. XIII ss. Y posteriormente, Leiva Alberto, David. *Aportes para un estudio de la obra de José Febrero*, en: *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 22, p. 302 ss. Buenos Aires, 1971.

A partir de entonces conoció una difusión probablemente no superada por ningún otro libro jurídico. Hasta la segunda mitad del siglo XIX era raro el estudio jurídico en España o en América española, donde no hubiera alguna edición de esta obra. Se la reeditó una y otra vez por más de un siglo, enriquecida y actualizada por diversos autores. Su última edición parece haber sido la hecha en México en 1870, es decir, el año de promulgación del Código Civil de ese país.

El *Febrero*, como se lo llamó, apareció originalmente en tres volúmenes que tratan de testamentos y contratos. Posteriormente, el autor le añadió una segunda parte sobre los cinco juicios: de inventario y partición de bienes, ordinario, ejecutivo y de concurso de acreedores.

Uno de los primeros entre los continuadores de Febrero fue José Marcos Gutiérrez, quien publicó en Madrid en 1801 un *Febrero Reformado*, que tuvo varias reediciones.¹⁰⁵ Luego añadió a esta obra tres volúmenes con una *Práctica criminal de España* aparecida en Madrid en 1804-06 que también tuvo varias reediciones.¹⁰⁶ Allí se incluye un *Discurso sobre los delitos y las penas* suyo, que se apoya en gran medida en el de Lardizábal y que se usó como texto en las universidades. En 1824 el Febrero de Gutiérrez fue señalado como texto para la cátedra de práctica en las universidades españolas.¹⁰⁷

También en España, Miguel Aznar y Diego Notario publicaron sin indicación de autor un *Febrero adicionado* en siete tomos en 1817, que fue reimpresso en 1825. Por su parte, Eugenio Tapia (1776-1860), uno de los redactores del proyecto español de código civil de 1836, dio a la estampa en 1828 su *Febrero Novísimo* en diez volúmenes, que tuvo también varias ediciones, incluso una en París en 1861. En 1845 publicó su *Febrero Novísimamente Redactado*.

En México, Anastasio de la Pascua publicó en 1834 un *Febrero Mexicano*, basado en el Febrero novísimo de Tapia y en 1850 un *Nuevo Febrero Mexicano*. Su ejemplo fue seguido por Manuel

¹⁰⁵ Gutiérrez, José Marcos, *Febrero reformado y anotado o Librería de Escribanos que compuso don Joseph Febrero*, 5 vols., Madrid, 1801. Hay una 3ª ed. en 5 vols. Madrid, 1818-1819.

¹⁰⁶ Gutiérrez, José Marcos, *Práctica criminal de España*, 3 vols., Madrid, 1804-6. Hay una 2ª ed. en Madrid, 1818-19 y otros en 1824 y en 1826.

¹⁰⁷ Peset, *La enseñanza*, op. cit., p. 295.

Dublán (1830-91) y Luis Méndez (1832-1909), que publicaron el *Novísimo Febrero Mexicano* en 1870.

Mientras tanto en España, Florencio García Goyena (1783-1855), más tarde uno de los redactores del proyecto español de código civil de 1851, junto con Joaquín Aguirre (1807-79), publicaron en 1841 un Febrero reformado en once volúmenes, que fue reeditado en colaboración con Juan Manuel de Montalbán en 1845-47. Esta obra alcanzó su cuarta edición en 1852.

Febrero tuvo además imitadores. Uno de ellos fue Francisco Antonio de Elizondo, que publicó una *Práctica universal forense de los tribunales superiores de España y de las Indias*, muy usada en América española, que alcanzó en 1779-83 su cuarta, en 1783-86 su quinta y en 1788, su sexta edición.¹⁰⁸

Entre las muchas obras prácticas en uso destaca por su gran acogida la *Práctica de testamentos* de Pedro Murillo de Velarde, impresa en Manila en 1745, Madrid y México en 1765, de nuevo en México en 1790 y luego en Buenos Aires en 1792. Posteriormente, se la reimprimió en Chile en 1820 y 1838, en Lima en 1834 y 1852, en México en 1852, 1865 y en 1890, en París en 1869, y se la reeditó con ampliaciones otras cinco veces entre 1828 y 1869.¹⁰⁹

En materia de procedimiento criminal, hay que mencionar el *Modo y forma de instruir y formar las causas criminales*, de Miguel Cayetano Sanz, impreso en Valladolid en 1774, reimpresso en Madrid en 1790, 1796 y 1828, en Manila en 1826, del que se hicieron dos ediciones mexicanas en 1827 y en 1830.¹¹⁰

En América se compusieron, también, algunos prontuarios. Entre ellos uno de los que gozó de mayor aceptación es la *Instrucción forense*, compuesta en 1782 por Francisco Gutiérrez Escobar (1750-1805) natural de La Paz, en la actual Bolivia y presidente de la Academia Carolina de Practicantes Juristas de Chuquisaca.¹¹¹ Bajo el nombre de *Cuaderno o Cuadernillo de Gutié-*

¹⁰⁸ Elizondo, Francisco Antonio, *Práctica universal forense de los Tribunales de España y de las Indias*. 4.ª ed., Madrid, 1779-83.

¹⁰⁹ Murillo de Velarde, Pedro, *Práctica de testamento en que se resuelven los casos más frecuentes que se ofrecen en la disposición de las últimas voluntades*, Manila, 1745. Para las demás ediciones, Palau, *op. cit.*

¹¹⁰ Sanz Miguel Cayetano, *Modo y forma de instruir y formar las causas criminales*, Valladolid, 1774

¹¹¹ Gutiérrez de Escobar, Francisco, *Instrucción Forense y orden de sustanciar y seguir los juicios correspondientes, según el estilo y práctica de esta Real Audiencia de La Plata*, Chuquisaca 1830.

rrerz y atribuido a veces erróneamente a José Gutiérrez, circuló manuscrito y luego también impreso con las convenientes adaptaciones en Lima en 1818 y 1846, en la propia Chuquicasa en 1830, en Chile en 1832 y 1846 y en Quito en 1842.¹¹²

En Buenos Aires, Manuel Antonio Castro (-1832), presidente de la Academia de Jurisprudencia teoría y práctica y del Superior Tribunal de Justicia, escribió un *Prontuario de práctica forense*, impreso en 1834, que también se utilizó en los países vecinos.¹¹³

En Chile hay una interesante serie de prontuarios judiciales que se escalonan desde 1844 hasta 1895 y desemboca en la codificación.¹¹⁴

Ella se realizó en forma relativamente tardía. Comenzó en 1837 en materias muy específicas como el juicio ejecutivo, el recurso de nulidad o las implicancias y recusaciones.¹¹⁵ Pero, se detuvo allí y sólo en 1875 se dictó la *Ley de organización y atribuciones de los tribunales*, en 1902 el *código de procedimiento civil* y en 1906 el *de procedimiento penal*. Este retardo de la codificación permite advertir la relación que guarda con los prontuarios judiciales que la precedieron y prepararon.

La serie se abre con el *Prontuario de los Juicios* de Bernardino Antonio Vila, publicado sin indicación de autor en Santiago en 1844. Como se advierte en la presentación, la obra ofrece:

la ventaja no despreciable de tener en cada página la cita de las leyes de nuestros códigos españoles vigentes y la

¹¹² La edición chilena: Gutiérrez, José, *Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidencias escrito por el Dr. e impreso en Lima y reimpresso en Santiago de Chile con variaciones de derecho patrio*, Santiago, 1832.

¹¹³ Castro, Manuel Antonio, *Prontuario forense por el doctor.....* Buenos Aires, 1834.

¹¹⁴ Salvat Monguillot, Manuel, *Sentido y forma de los prontuarios judiciales en Revista de Derecho Procesal* 7, Santiago, 1974, p. 69 ss. El mismo, *Los prontuarios jurídicos chilenos en la primera mitad del siglo XIX Estudio y bibliografía*, en Biblioteca del Congreso. *Homenaje a Guillermo Feliú Cruz*, Santiago, 1974, p. 905 ss.

¹¹⁵ Bravo Lira, Bernardino, *Bello y la Judicatura. La codificación procesal* en, Departamento de Ciencias del Derecho, Congreso Internacional Bello y el Derecho, Santiago 1982, p. 119 ss. El mismo, *Los comienzos de la codificación en Chile: la codificación procesal*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago, 1984, p. 191 ss.

doctrina de los autores de nota que nos han ayudado en este trabajo.¹¹⁶

Entre las obras citadas están varias de las que hemos mencionado en este trabajo: la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños, *La Ilustración del Derecho Real* de Sala, el *Diccionario de la Legislación*, de Escriche, la *Práctica Forense* de Elizondo, el *Prontuario* de Manuel Antonio Castro.

Vila sigue a Castro en el esquema general, salvo pequeñas diferencias.

De su obra se hizo una segunda edición corregida y aumentada, que apareció en dos volúmenes en Santiago en 1857 y 1858, bajo sus iniciales: B. A. V.¹¹⁷

Continuador de Vila fue José Bernardo Lira (1835-86), primer titular de la cátedra de práctica forense erigida en la delegación universitaria del Instituto Nacional en 1864. Para las necesidades de la misma, Lira publicó en los años 1866, 1867 y 1869 un *Prontuario de los Juicios* en tres volúmenes.¹¹⁸ Como Vila, se remite Lira a la legislación castellana vigente en Chile y cuando es el caso, a la legislación chilena posterior a la independencia. Cita, también, aunque más raramente, autores tales como Alonso Díaz de Montalvo, el *Febrero Novísimo* de Tapia, la *Práctica Forense* de Elizondo.¹¹⁹ Además, consultó varios autores más modernos: aparte de Vila y del *Diccionario* de Escriche, el *Tratado Académico Forense*, de Pedro Gómez de la Serna (1807-71) y Juan Manuel de Montalbán (1806-89),¹²⁰ los *Elementos de Práctica Forense* de Manuel Ortiz de Zúñiga, la *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*,¹²¹ la *Ley de Enjuiciamiento civil comentada* de José María Manresa y Navarro, Ignacio Miquel y José Reus.¹²²

¹¹⁶ (Vila, Bernardino Antonio) *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias*, Santiago, 1844.

¹¹⁷ B(ernardino) A(ntonio) V(ila) *Prontuario de los juicios por*, 2 vols., Santiago, 1857-58.

¹¹⁸ Lira, José Bernardo, *Prontuario de los juicios*, 3 vols., Santiago, 1866. 67 y 69.

¹¹⁹ v. gr. *Ibid.*, 3, p. 132 nota e; ver nota 108.

¹²⁰ v. gr. *Ibid.*, o, 54 nota e; ver nota 63.

¹²¹ v. grs. *Ibid.* 3, p. 67 nota c; ver nota 62.

¹²² Ver nota 65.

Este *Prontuario* fue reeditado cinco veces antes de la codificación procesal civil y penal en Santiago en 1870, 1880, 1881, 1886 y 1895. El código de procedimiento civil, promulgado en 1902, del cual el propio Lira fue hasta su muerte el principal redactor, no hace sino transcribir en artículos el contenido de su *Prontuario*.

Posterior al de Lira es la *Práctica forense y prontuario de procedimientos judiciales* de Robustiano Vera, aparecida en Santiago en 1887.¹²³

De la recopilación a la codificación

La crítica es una actitud muy característica del siglo XVIII. A ella no escapa el derecho vigente. Como hemos visto, se reclama en contra de la preferencia que se acuerda en la enseñanza y en los tribunales al derecho romano en desmedro del derecho patrio o nacional. Pero, también se critica este derecho. Se reprocha principalmente, la multiplicidad de las leyes, sus defectos, vacíos y contradicciones y, sobre todo, su falta de sistematización. Así cobra forma el ideal codificador, esto es, de reducir las antiguas leyes a un cuerpo ordenado, sistemático y autosuficiente de disposiciones. Esta nueva forma de fijación del derecho terminará por imponerse por sobre la antigua labor recopiladora.

Al principio, se piensa en un código general, único, comprensivo de toda la legislación vigente. Esta idea persiste largamente hasta comienzos del siglo XIX.

Pero ya en el siglo XVIII a propósito de las leyes penales, se madura el proyecto de hacer un código particular, esto es, que regule solamente una determinada rama del derecho. Esta iniciativa es muy digna de atención, porque en definitiva la codificación comienza en España y en América española, precisamente por el derecho penal y bajo la forma de un código particular.

Desde los años 40 del siglo XVIII empiezan a escucharse voces que piden la formación de un código comprensivo de la legislación vigente. Así lo hace en 1741 José del Campillo (1694-1744) en un escrito titulado, significativamente, *Lo que hay de más y de menos en España para ser lo que deba ser y no lo que*

¹²³ Vera, Robustiano, *Práctica forense y prontuario de procedimientos judiciales*, Santiago, 1887.

es. Allí propone como remedio a las disputas e interpretaciones de las leyes:

un cuerpo de leyes, sólido, nervioso, inalterable.¹²⁴

Algo similar sugiere por la misma época Melchor de Macanaz (1670-1760), en sus *Avisos políticos*, dirigidos al nuevo rey Fernando VI en 1746:

“Mande V. M. formar un código de nuestras leyes civiles y penales, cuyo sentido de cada una sea tan claro y tan inteligibles sus determinaciones que no necesiten ni de interpretaciones ni de aclaraciones posteriores.¹²⁵”

Por otra parte, se plantea también la necesidad de una nueva recopilación, como sucede en una representación dirigida al Marqués de la Ensenada en 1747. Allí se propone que se haga una recopilación con:

un método conveniente y claro, distinguiendo y distribuyendo los títulos y materias con atención a su naturaleza y calidad.¹²⁶

Estas dos posiciones, las de quienes reclaman un código y la de quienes abogan por una nueva recopilación, coexisten por más de un siglo en España y en América española, desde la primera mitad del siglo XVIII hasta pasada la segunda mitad del siglo XIX.

Poco a poco se perfila el concepto de código entre sus partidarios. Para Pablo de Mora y Jaraba autor de un *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, publicado en Madrid en 1748, se trata fundamentalmente de un texto de estudio, Código o Digesto teórico-práctico reducido a un volu-

¹²⁴ Campillo José del, *Lo que ha de más en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, Madrid, 1969, p. 95. Para esto y lo que sigue Tau Anzoátegui, Víctor, *La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977.

¹²⁵ Macanaz, Melchor de, *Avisos políticos, máximas prudenciales y remedios universales que dicta la experiencia y remite al Sr. D. Fernando VI*, en Valladores de Soto Mayor, Antonio, *Semanario erudito...* 8. p. 235.

¹²⁶ *Representación hecha al Excmo. Sr. Marqués de la Ensenada sobre política exterior e interior de España*, en Valladares, *op. cit.*, p. 35-36.

men, destinado a la enseñanza del derecho y tal vez, también a ser aplicado en los tribunales.¹²⁷

En cambio, Juan Francisco Castro, con sus *Discursos críticos sobre las leyes*, publicados en 1765, pretende, según dice el prólogo, "demostrar no sólo la utilidad, sino también la necesidad de un nuevo cuerpo de leyes",¹²⁸ elaborado sobre la base de las existentes:

se puede seguramente echar mano de los ricos y antiguos materiales que nuestros legisladores y sabios antiguos nos dejaron del todo preparados, sin que apenas reste otra cosa que el disponerlos en un conveniente y luminoso orden, formando de todo un metódico cuerpo de derecho que una en un verdadero sistema todo el derecho Español.¹²⁹

En un pasaje célebre señala Castro la relación que hay entre la formación de este código y la proscripción del derecho romano:

...para que este general destierro del derecho Cesareo fuese útil a la República, debiera preceder la formación de un cuerpo metódico de derecho Español en la forma que hemos propuesto en la Prefación de esta obra.

Sin esta tan previa y precisa disposición, privarnos del estudio del derecho Romano, poco menos sería que privarnos de unas aunque confusas luces con las que en algún modo podemos conducirnos y quedarnos casi en tinieblas, o abandonar un tal cual, aunque trabajoso socorro y quedarnos poco menos que en una extrema indigencia.¹³⁰

Respecto a los autores de derecho, la postura de Castro es similar. Como asienta en la conclusión:

¹²⁷ Mora y Jaraba, Pablo de, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1748, p. 28.

¹²⁸ Castro, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, Madrid, 1765, 2ª ed. ilustrada con citas a la Novísima Recopilación, 2 vols., Madrid, 1829, cito según esta edición prólogo p. V.

¹²⁹ *Ibid.*, prólogo 1, p. IV.

¹³⁰ *Ibid.*, lib. 2, discurso I, p. 65.

Es justo deseemos pasarnos sin ellos, pero esto no puede ser faltando un sistema legal con sólidos y luminosos principios que puedan sin peligro de error conducirnos a la verdad. Cuando este deseado cuerpo de leyes salga a la luz, será tiempo de despedir nuestros trabajosos conductores, sin desairarlos por lo que nos han bien servido. Nunca su trabajo será inútil, pues siempre se encontrarán entre sus obras ricos materiales para la fábrica del nuevo y luminoso edificio que deseamos.¹³¹

En suma, Castro no emplea el término código para definir el cuerpo de leyes que anhela y que, según él, está llamado a marcar una nueva etapa en la historia jurídica, pues gracias a él podrá prescindirse en adelante tanto del derecho romano como de los juristas antiguos. Pero deja bien en claro que se trata de formar sobre la base de las antiguas leyes:

un metódico cuerpo de derecho que una en un verdadero sistema todo el derecho español.¹³²

Por esos mismos años, Alonso María de Acevedo propuso en sus *Ideas de un nuevo cuerpo legal*, formar un código nacional siguiendo el plan de las Siete Partidas, y agregando a cada una las leyes correspondientes.¹³³

Similares proyectos se propondrán en América española, después de la independencia. También se hablará, por ejemplo, de formar un código único o de codificar las leyes dentro del orden de las Partidas y añadir las nuevas en los lugares correspondientes.¹³⁴

Pero también en el siglo XVIII se planteó la conveniencia de formar códigos particulares, esto es, dedicados exclusivamente a una materia y se dieron los primeros pasos en este sentido.

Por resolución de 25 de septiembre de 1770 ordenó Carlos III

¹³¹ Ibid., lib. 4, discurso VII, p. 142-43.

¹³² Ibid., prólogo I, pág. IV.

¹³³ Sempere y Guarinos, Juan, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, 4 vols., Madrid, 1785-89, artículo Acevedo, 1, p. 80-83.

¹³⁴ Un código único propuso en Chile Francisco Ramón Vicuña en 1828 y la redacción de un código único a base de las Siete Partidas el regente de la Corte de Apelaciones Dr. Gabriel José Tocornal en 1831; sobre ambos, últimamente, Guzmán Brito, Alejandro, *Andrés Bello codificador* 2 vols., Santiago, 1982, 1 p. 165 ss. y 219 ss.

preparar un código criminal basado en las leyes existentes y adecuado a las necesidades de la época.¹³⁵ En cumplimiento de esa orden, el mexicano residente en Madrid, Manuel de Lardizábal (1739-1820) compuso su famoso *Discurso sobre las penas*, publicado en Madrid en 1782.¹³⁶ Esta obra fue reimpresa también en Madrid en 1828 y tuvo vasta difusión en España y América española, especialmente entre quienes se preocuparon de la codificación del derecho penal.

Lardizábal no se limita a señalar los defectos de las leyes penales vigentes. También destaca el valor de estas leyes patrias, pues considera que han de tomarse como base de la codificación:

entre todas las legislaciones penales de la Europa que no se han reformado, ninguna hay menos defectuosa que la nuestra. Y (sin embargo) no sería difícil hacer ver también... que algunas máximas que se establecen y adoptan hoy como útiles y nuevas se hallan autorizadas y consagradas de tiempo inmemorial en nuestras leyes patrias.¹³⁷

Por otra parte, Lardizábal se enfrenta con una particularidad del derecho penal vigente entonces, tanto en España como en América española: el arbitrio judicial jugaba un gran papel para adecuar las antiguas leyes a las nuevas circunstancias. Así, por ejemplo, se moderaba el rigor de las penas contempladas en los textos legales que databan del Medievo:

Es verdad que nuestros legisladores claman contra el no uso de las leyes, declarando *que todas las leyes del Reino que expresamente no se hallen derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso.*

Pero a pesar de tan expresa voluntad repetidas veces declarada por los Soberanos, la experiencia nos hace ver prácti-

¹³⁵ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Lardizábal un penalista ilustrado*, Santa Fe (Argentina), 1964, esp. p. 44 nota. Oneca Antón, José, *estudio preliminar a Lardizábal, Manuel de Discurso sobre las penas*, en *Revista de Estudios Penitenciarios* 176, Madrid, 1967, p. 12, dice que la resolución de Carlos III es del año 1776.

¹³⁶ Lardizábal y Uribe Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, reimpreso en Madrid, 1828, cito según esta edición. Hay otra posterior, Madrid, 1916 y la de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, op. cit.

¹³⁷ *Ibid.*, prólogo XIV-XV.

camente que son muchísimas las leyes penales que sin haber sido derogadas por otra están enteramente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y, lo que es peor, sin que éstos le tengan para dejarlo de hacer así.¹³⁸

Pero, prosigue Lardizábal, este arbitrio judicial no era fácil de suprimir:

No habrá hoy, por ejemplo, un juez que se atreva a mandar cortar la lengua al blasfemo y la mano al escribano falsario, sin embargo, de que éstas son las penas impuestas a estos delitos por leyes que no están expresamente derogadas por otras: y si hubiera alguno que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente que los tribunales superiores revocarían la sentencia, y el juez que la dio pasaría en el concepto público por cruel y temerario. Hállanse pues los jueces y tribunales por defecto de la legislación en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos o de no observar las leyes que han jurado cumplir.¹³⁹

Para Lardizábal era indispensable acabar con el arbitrio judicial:

Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente a examinar si el acusado a contravenido o no la ley, para absolverle o condenarle en la pena señalada por ella.¹⁴⁰

Y concluía:

“si se dejase (a los jueces) en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas o alterarlas, se causarían innumerables males a la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos al capricho, a la malicia, a la ignorancia y a todas las pasiones que pueden dominar a un hombre. Si no hay leyes fijas, o las que hay son oscuras o están enteramente sin uso, es preciso recaer en el inconveniente del arbitrio judicial. . .”¹⁴¹

¹³⁸ Ibid., p. 71-72.

¹³⁹ Ibid., p. 72-73.

¹⁴⁰ Ibid., p. 70.

¹⁴¹ Ibid.

Esta supresión del arbitrio judicial fue una de las ideas matrices de la codificación del derecho penal en España y América española. Incluso se cayó en el extremo contrario, de una determinación casi matemática de la pena, como sucede en el código penal español de 1848 y toda la serie de códigos hispanoamericanos que derivan de él.

Cinco años después de la publicación del *Discurso* de Lardizábal, entregó la Junta de Legislación encargada de estudiar la reforma de las leyes penales, un plan para formar un código penal. A su juicio éste debía tener tres características fundamentales: por una parte, debía reunir en un solo cuerpo todas las leyes penales esparcidas y dislocadas por todos los libros y títulos de la Recopilación. Dentro de él debía incluirse también lo relativo al procedimiento penal. En segundo lugar, debían actualizarse las penas anticuadas y en desuso, a fin de evitar el inmoderado y perjudicial arbitrio judicial. Por último, debían reducirse las leyes penales a una nueva forma y método, disponiéndolas por partes, títulos y leyes con buen orden, método y claridad.

Este texto es muy importante, porque no sólo muestra que la codificación se abre paso primero en materia penal, sino que, condensa, además, las bases sobre las cuales se realizó en definitiva la codificación del derecho penal castellano, más de medio siglo después, en 1848. Textualmente dice:

"El prolixo examen que... ha sido preciso hacer de todas las leyes del Reino, ha hecho ver a la Junta la necesidad, no sólo de alterar muchas penas, por estar enteramente anticuadas y sin uso alguno, de donde resulta innecesariamente inmoderado y perjudicial arbitrio para los Jueces y Tribunales: sino de dar también a dichas leyes nueva forma y método, respecto a que no tienen ninguno en la Recopilación, pues se hallan esparcidas y dispersas por todos sus libros y títulos.

Por eso ha creído la Junta indispensable formar un cuerpo separado de legislación criminal sin mezcla de otra cosa alguna, el cual comprenda no sólo los delitos y las penas que les corresponden, sino también lo concerniente a las pruebas de los delitos y a la substanciación de los procesos criminales, dividido por partes, títulos, leyes con buen orden, método y claridad y con toda la concisión posibles, de suerte

que cualquiera pueda imponerse con facilidad en esta importante parte de la legislación".¹⁴²

En definitiva, el proyecto de código criminal fue abandonado y por real decreto de 15 de abril de 1798 se ordenó hacer una nueva recopilación general de la legislación castellana. Esta magna empresa fue concluida en un plazo asombrosamente breve, por Juan de la Reguera Valdelomar, a quien se debe la *Novísima Recopilación de Leyes de España* de 1805.

Este cuerpo legal tuvo larga vigencia prácticamente en todos los países de derecho castellano y en algunos como España, Cuba, Puerto Rico y Filipinas, cuyo primer código civil data sólo de 1889, rigió hasta fines del siglo XIX.

Pero, desde muy temprano se propuso reemplazar a la *Novísima Recopilación* y, en general, a todos los antiguos cuerpos de derecho castellano por un código general en el que se refundiera este derecho patrio o nacional a la manera y estilo de los de Francia, Austria y Prusia.

Uno de los primeros y más influyentes promotores de esta idea fue Francisco Martínez Marina (1754-1833). En su *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla*, publicado en 1808, sostuvo:

Que para introducir la deseada armonía y uniformidad en nuestra jurisprudencia, dar vigor a las leyes y facilitar su estudio. . . conviene y es necesario derogar nuestras antiguas leyes, y los cuerpos que las contienen, dejándolos únicamente en clase de instrumentos históricos para instrucción de los curiosos y estudio privado de los letrados. Y teniendo presente sus leyes formar un código legislativo original, único, breve y metódico: un volumen comprensivo de nuestra constitución política, civil y criminal. . .".¹⁴³

Estas ideas las reitera y precisa en su *Juicio crítico de la*

¹⁴² *Oficio de la Junta de Legislación al Conde de Floriblanca*, Madrid, 26 de marzo 1787, en Casabó Ruiz, Jorge R., *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787 en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 22, Madrid, 1919, p. 313 ss. El documento p. 331-32.

¹⁴³ Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de Castilla y León*, 808, reproducida en Martínez Marina, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820, p. 334.

Novísima Recopilación, escrito en 1815 y publicado en 1820, que tuvo gran difusión en América española.¹⁴⁴ Allí vuelve a rechazar el método de las recopilaciones y aboga por:

formar un código legislativo digno de la nación española, por el estilo, orden y método de los que se han publicado en Francia, Prusia y Austria".¹⁴⁵

En concreto, Martínez Marina propone formar un código completo de la legislación acomodado al carácter del genio nacional, capaz de proveer a todas las necesidades del Estado y del pueblo, análogo a los progresos de la civilización, a las ideas, opiniones y circunstancias políticas y morales de las revoluciones pasadas. . . en un estilo y lenguaje propio de la ley, claro, breve y conciso, y con toda la gravedad, nobleza, fuerza y armonía de que son susceptibles.¹⁴⁶

A pesar de la opinión adversa de Martínez Marina, en el medio siglo siguiente a la publicación de la *Novísima* se hicieron diversas recopilaciones en América española. También comenzaron a aprobarse en este período los primeros códigos particulares. El propio Martínez Marina, como veremos, concurrió a la elaboración del primero de ellos, el código penal español de 1822. Así, pues, nos encontramos ante una etapa en la que simultáneamente se realizan, por una parte, las últimas recopilaciones, y por otra, las primeras codificaciones.

En diversos estados sucesores de la monarquía española se elaboraron recopilaciones, unas veces por iniciativa privada otras en forma oficial. Estas recopilaciones reunieron en su totalidad la legislación vigente, tanto anterior como posterior a la independencia, o se limitaron a esta última.

Un ejemplo de ello es la *Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y soberanos congresos generales de la nación mexicana*, en ocho volúmenes que abarcan la legislación dictada desde la independencia en 1821 hasta 1837, publicados por Mariano Galván Rivera (1782-1876) en México, entre 1829 y 1840.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Martínez Marina, Francisco, *Juicio Crítico*, op. cit.

¹⁴⁵ Ibid., p. 13-4.

¹⁴⁶ Ibid., p. 27.

¹⁴⁷ Galván Rivera, Mariano (editor), *Colección de órdenes y decretos de la soberana Junta provisional gubernativa y soberanos congresos de la nación mexicana*, 8 vols., México, 1829-40.

En Argentina se publicó un primer *Registro Nacional*, en tres volúmenes, que recoge la legislación de 1825 a 1827.¹⁴⁸ Luego se editó en Buenos Aires, en 1836, como obra privada, la *Recopilación de las leyes y decretos publicados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810 hasta el fin de diciembre de 1835*, en tres tomos sin indicación de autor, debida a Pedro de Angelis.¹⁴⁹ A ella siguieron otros dos tomos que tuvieron valor oficial en 1841 y 1858.¹⁵⁰ Esta recopilación se refiere a la provincia de Buenos Aires. Posteriormente, Ramón Ferreyra publicó en Buenos Aires en 1863-64, un segundo *Registro Nacional de la República Argentina*, que abarca el período 1851-61.¹⁵¹ Pero, sin duda, la recopilación oficial más importante en Argentina es el *Nuevo Registro Oficial de la Nación*, que comprende todas las leyes y decretos de carácter nacional desde 1810 hasta 1873. Realizado por Aurelio Prado y Rojas, fue publicado en seis volúmenes entre 1879 y 1884.¹⁵²

En cambio, son una obra privada las *Pandectas Hispano-Mejicanas* de Juan N. Rodríguez de San Miguel (1808-1877), que abarcan toda la legislación vigente desde las Siete Partidas hasta 1820, dispuesta conforme al plan de la Novísima Recopilación.

Esta obra apareció en 1839 y se reeditó en París en 1852.¹⁵³ Fue conocida fuera de México, en otros países de América española.

¹⁴⁸ *Registro Nacional*, Provincias Unidas del Río de La Plata (1825-1827), 3 vols. Buenos Aires.

¹⁴⁹ Angelis Pedro de, *Recopilación de las leyes y decretos promulgados en Buenos Aires desde el 25 de mayo de 1810 hasta el fin de diciembre de 1835*, 3 vols., Buenos Aires, 1836; Piñero Jorge E., "La Recopilación de leyes y decretos promulgados en Buenos Aires", de Pedro de Angelis, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho* 5, Buenos Aires, 1953, p. 217 ss.

¹⁵⁰ Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, 2 vols., Buenos Aires, 1969, 2, p. 395.

¹⁵¹ Ferreyra, Ramón, *Registro Nacional de la República Argentina*, 3 vols., Buenos Aires, 1863-64.

¹⁵² Prado y Rojas, Aurelio, *Registro Oficial de la Nación*, 6 vols. Buenos Aires, 1879-84.

¹⁵³ Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-mejicanas o sea Código General Comprensivo de las leyes generales útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y Providencias conocidas por de Montemayor y Beleña y cédulas posteriores hasta 1820*, 3 vols. México, 1839, 3 vols. París, 1852. Hay una reimpresión facsimilar con introducción de González (Domínguez), María del Refugio, 3 vols.; México, 1980.

En Colombia, en cambio, se procede en forma oficial a hacer una *Recopilación de las Leyes de Nueva Granada*, obra de Lino de Pombo (1797-1862), promulgada en 1845. En ella se reúnen y distribuyen en siete tratados todas las leyes dictadas desde 1821 hasta 1844, que estaban vigentes.¹⁵⁴ Incluye el código penal de 1837, que no es sino el español de 1822.

En 1850 se publicó el *Apéndice de la Recopilación Granadina*¹⁵⁵ debido a José Antonio de Plaza y Racines (1807-1854) que agrupa las leyes dictadas desde 1845 y 1850 en los mismos siete tratados de la Recopilación de Pombo.

En Chile se ordenó en 1846 hacer "una edición de las reales cédulas expedidas por los monarcas españoles para el gobierno de este país hasta el año de 1810".¹⁵⁶ Pero ello no se llevó a cabo.¹⁵⁷

En cambio, hubo otros países como El Salvador y Guatemala, donde se hicieron posteriormente recopilaciones. La de Salvador data de 1855, fue obra de Isidro Menéndez y rigió, de modo general, hasta 1860 en que entró en vigor el código civil.¹⁵⁸ La de Guatemala rigió también, en términos generales, hasta 1877 en que se puso en vigencia el código civil.

Paralelamente avanza el movimiento codificador. A diferencia de las recopilaciones que recogen y mantienen en vigencia la legislación anterior, los códigos son cuerpos legales autosuficientes que reemplazan a la legislación anterior. Por eso con ellos termina la vigencia del derecho indiano que es substituido por el derecho codificado.

La primera etapa de la codificación se extiende desde la dic-

¹⁵⁴ *Recopilación de las leyes de Nueva Granada* (1854) ver Vélez, Fernando, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, vol., I, Paris s/f (1926) p. 8.

¹⁵⁵ *Apéndice a la Recopilación Granadina* (1850) ver Vélez, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁶ Decreto 16 de julio en *Boletín de las leyes y decretos del Gobierno*, tomo 14, p. 168.

¹⁵⁷ Por Decreto 9 febrero 1848 se nombró una comisión compuesta por el fiscal de la Corte Suprema don Pedro Francisco Lira y el Ministro de la Corte de Apelaciones don José Gabriel Palma, en *Boletín de las leyes y decretos del Gobierno*, tomo 16, p. 37. En definitiva no se hizo nada.

¹⁵⁸ Guzmán, Mauricio, *Estudio preliminar a Código Civil de El Salvador*, Madrid, 1959, p. 9 nota 1.

tación del código penal español en 1822 hasta la entrada en vigencia del código civil de Chile en 1857.

En términos generales, la codificación se realizó en dos formas: o bien mediante la adopción de códigos extranjeros, como los franceses, o bien mediante la elaboración de un código propio, basado en el derecho vigente, que en América española no era otro que el indiano.¹⁵⁹

La expresión adopción, aplicada a un código es la que se emplea en la época.¹⁶⁰ Indica que simplemente se toma como propio un código ya elaborado, al que se le introducen mayores o menores modificaciones. Excluye, por tanto, la elaboración de un nuevo texto.

Así, pues, en el caso de adopción de códigos extranjeros se sobrepuso al derecho indiano un derecho extranjero. Así sucedió en Santo Domingo bajo la dominación haitiana con la promulgación de los *Cinq Codes* franceses en 1825.¹⁶¹ Poco después, entre 1827 y 1829 se adoptó en el Estado de Oaxaca, en México, un código civil que no es sino una versión castellana del *Code Civil* francés.¹⁶² Otro tanto hizo Bolivia en 1831 al adoptar el mismo código, si bien no sin modificaciones, basadas en el derecho indiano.¹⁶³

Pero lo ordinario en América española fue la elaboración de códigos propios, es decir, basados en el derecho indiano hasta entonces vigente, o bien, lo que es equivalente, la adopción de un

¹⁵⁹ Sobre esto, últimamente Bravo Lira, Bernardino, "La difusión del código civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7, Valparaíso, 1982, p. 71 ss. esp. p. 81 ss.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 97 ss.

¹⁶¹ Mejía Recart, Gustavo Adolfo, *Historia General del Derecho e Historia del Derecho Daminicano*, Santiago, 1943.

¹⁶² *Código para el Gobierno del Estado libre de Oajaca*, Oaxaca 1828, *Código Civil. Libro segundo. Para el gobierno del Estado libre de Oajaca* Oaxaca, 1829 y *Código Civil para el gobierno del Estado libre de Oajaca*. Hay una reedición en Ortiz-Urquidí, Raúl, *Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana*, México, 1974, apéndice p. 119, 171, 199, respectivamente. Debo el conocimiento de este código a gentileza del prof. Alejandro Guzmán Brito. Vásquez Pando, Fernando, *Notas para el estudio del "Principio de efectividad"*, tesis Escuela libre de Derecho, México, 1970, esp. p. 127 y p. 158-9, nota 379

¹⁶³ Terrazas Torres, Carlos, *Estudio preliminar a Código Civil de Bolivia*, Madrid, 1959, p. 9 ss.

código así elaborado en otro de los estados sucesores de la monarquía.

Entre estos códigos, adoptados en varios países, están el primero de ellos, el código penal español de 1822; el código de comercio español de 1829; y sobre todo, otros dos que son piezas claves dentro de la codificación en los países de derecho castellano: el código penal español de 1848 y el código civil chileno de 1855.

El código penal español de 1822, en cuya elaboración intervino Francisco Martínez Marina, el autor del *Juicio Crítico de la Novísima Recopilación*, pero que es obra principalmente de José María Calatrava (1781-1846), apenas se aplicó en España.¹⁶⁴ Pero, en cambio, tuvo gran significación en América española, donde fue adoptado sucesivamente por El Salvador en 1826, por Bolivia en 1831, desde donde se extendió por poco tiempo a los estados Nor y Surperuanos en 1836, por el Estado de Veracruz en México en 1834, por Colombia y Ecuador en 1837 y por Costa Rica en su código general de 1841.¹⁶⁵

De modo semejante, el código de comercio español de 1829, obra de Pedro Sainz de Andino (1786-1863), se extendió a Cuba, Puerto Rico y Filipinas y fue adoptado con modificaciones por Paraguay en 1846, por Perú y Costa Rica en 1853 y por Córdoba en Argentina, en 1857.¹⁶⁶

El código penal español de 1848, obra principalmente de Manuel Seijas Lozano (1800-1868)¹⁶⁷ fue objeto de unos magistra-

¹⁶⁴ Oneca Antón, José, *Historia del Código Penal de 1822 en Anuario de derecho penal y ciencias penales* 18, Madrid, 1965, p. 263 ss. Casabó Ruiz, José Ramón, *La aplicación del código penal de 1822 en Estudios penales, Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 920 ss.

¹⁶⁵ Quintano Ripollés, *La influencia del derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid, 1953, esp. p. 102 ss. El autor se interesa por el influjo del derecho penal vigente cuando él escribió, mas bien que por la difusión del código español de 1848.

¹⁶⁶ *Código de Comercio* de 30 de mayo de 1829, Madrid, 1829. Bravo Lira, *la difusión del código civil*, op. cit., esp. p. 81-82, Vivas, Mario Carlos, *El código de comercio español de 1829 y su vigencia en Córdoba*, en *Revista de Historia del Derecho* 8, Buenos Aires, 1980, p. 457 ss.

¹⁶⁷ Candil Jiménez, Francisco, *Manuel Seijas Lozano, miembro de la comisión general de códigos en Anuario de derecho penal y ciencias penales* 34, Madrid, 1981, p. 413 ss. El mismo, *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848* ibid., 28, Madrid, 1975, p. 405 ss. Oneca, José Antón, *El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, ibid., 18, Madrid, 1965.

les comentarios del insigne jurista Juan Francisco Pacheco (1808-1865), *El Código penal concordado y comentado*, publicado en Madrid en 1848-49 y reeditado seis veces hasta 1888, que contribuyeron poderosamente a su difusión.¹⁶⁸ Varios estados de América española adoptaron con mayores o menores modificaciones este código penal. Entre ellos se cuentan El Salvador en 1859, 1881 y 1904, Perú en 1863, México en 1871, Venezuela en 1873, Chile en 1874, Nicaragua en 1879 y 1891, Costa Rica en 1880, Guatemala en 1889 y Honduras en 1898. Además, en 1872 se extendió su vigencia a Cuba y Puerto Rico, que, como se sabe, hasta 1898 siguieron formando parte de la monarquía española.¹⁶⁹

No menor difusión tuvo el código civil de Chile, obra de Andrés Bello (1781-1865) promulgado en 1855.¹⁷⁰ De él puede decirse que fue en su tiempo la más perfecta realización del ideal codificador común a los diversos estados sucesores de la monarquía española. En cuanto cuerpo ordenado, sistemático y completo de derecho patrio o nacional, purificado de los vicios, contradicciones y defectos de las antiguas leyes, representa la culminación de los intentos de afirmación del derecho patrio o nacional, de crítica y superación de sus deficiencias y de formulación práctica del mismo que se remontan al siglo XVIII.¹⁷¹

Así se explica, en último término, que fuera adoptado con mínimas modificaciones por una serie de países americanos: Colombia a partir de 1860, Panamá en 1860 y, luego de su independencia, en 1917; El Salvador en 1860, Ecuador en 1861, Venezuela por pocos meses en 1863, Nicaragua en 1871, Honduras desde 1880 hasta 1898 y de nuevo, desde 1906 en adelante. Además, influyó en la codificación civil de otros estados sucesores de la monarquía española, como Uruguay y Argentina.¹⁷²

En cuanto a la codificación del derecho procesal, comprende fundamentalmente dos aspectos. Por una parte, está la organización de la Judicatura, que bajo el influjo del constitucionalismo sigue una suerte parecida a la del derecho político indiano. Por

¹⁶⁸ Pacheco, Juan Francisco, *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848-49, ver nota anterior.

¹⁶⁹ Bravo Lira, *La difusión del código civil, op cit.*

¹⁷⁰ Sobre la codificación del derecho civil en Chile, últimamente Guzmán, *op cit.*

¹⁷¹ Bravo Lira, *La difusión, op cit.*, esp. p. 92 y 105.

¹⁷² *Ibid.*

la otra, están los procedimientos que, en general, permanecen fieles al derecho castellano vigente en América española durante la época indiana. Así lo muestran el Código de Procederes de Bolivia de 1830, la ley de procedimientos de Ecuador de 1835, la ley de enjuiciamiento de Venezuela de 1836, las llamadas leyes marianas de Chile en 1837 y sobre todo, el Código de Procedimiento del Perú de 1852 y la Ley de Enjuiciamiento española de 1855. Esta última sirvió de modelo a las posteriores en América española.¹⁷³

La piedra angular de la Ley de Enjuiciamiento de 1855, que explica en buena parte su difusión en otros estados sucesores de la monarquía española, fue que sus redactores tomaron como base las antiguas leyes castellanas que también regían en América española. Al hacerlo, se atuvieron al principio que les prescribió la ley de 13 de mayo de 1855:

Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica.¹⁷⁴

Así como el comentario de Pacheco contribuyó grandemente a la difusión del código penal español de 1848, el comentario a la Ley de Enjuiciamiento de 1855 de José María Manresa y Navarro, Ignacio Miquel y José Reus, *La Ley de Enjuiciamiento civil comentada y explicada*, publicado en Madrid en 1856-61, fue un elemento capital en su difusión.¹⁷⁵

La síntesis que allí hacen estos autores de la labor cumplida por los redactores de dicha ley de enjuiciamiento, puede muy bien servir de resumen de toda la época en que coexisten las últimas recopilaciones con las primeras codificaciones. Hay una palmaria similitud entre la tarea cumplida en España por los redactores de la ley de enjuiciamiento y el trabajo realizado en el otro extremo del mundo de habla castellana por los redactores del Código de Procedimiento Civil del Perú y por Andrés Bello al codificar el derecho castellano vigente en Chile, lo que muestra la unidad fundamental del proceso codificador en los países de derecho castellano.

¹⁷³ Levaggi, Abelardo, *La codificación del procedimiento civil en la Argentina en Revista Chilena de Historia del Derecho* 9, Santiago, 1984, p. 211 ss.

¹⁷⁴ *Ley de bases de 13 de mayo de 1855*, en Manresa, Miquel y Reus. *op. cit.*, p. XXV.

¹⁷⁵ *Ibid.*

Las palabras de Manresa, Miquel y Reus, son las siguientes:

Comprendiendo acertadamente que su misión no era la de meros compiladores de las leyes antiguas, no han formado una *Recopilación* a semejanza de la que hizo D. Juan de la Reguera: si tal cosa hubiesen hecho no sólo habrían desconocido los principios de la moderna codificación, sino que hubieran merecido que un Marina escribiese otro *Examen crítico*, como el que publicó dicho juriconsulto sobre la Novísima Recopilación. No era su encargo el de recopilar las leyes antiguas, sino el de restablecer en toda su fuerza y vigor las *reglas cardinales* contenidas en aquellas y esto es cabalmente lo que ha hecho la comisión dando a su obra la forma que todas las naciones han adoptado para la confección de sus códigos. Pero al mismo tiempo que han conseguido en la nueva ley los principios cardinales de los nuestros, han introducido también notables reformas que la ciencia demandaba; han resuelto varios puntos dudosos de la antigua jurisprudencia y han dictado disposiciones acertadas que cortarían muchos de los abusos que hasta ahora se han lamentado.¹⁷⁶

Por su difusión, el código penal español de 1848 y el código civil chileno de 1855 marcan un hito en la codificación del derecho castellano vigente al mismo tiempo en España que en América española, donde, como sabemos, era parte y muy principal del derecho indiano. La explicación de que esos dos códigos fueran adoptados con singular fortuna por tantos países no es difícil. Basta observar que su contenido proviene casi íntegramente de ese derecho castellano que regía en España y América española. Por eso, no hubo ningún obstáculo para reemplazar ese derecho castellano no codificado vigente hasta entonces, por el derecho castellano codificado de los nuevos textos legales.

Síntesis y conclusiones

La independencia de América española señala el fin de la época india. Pero no del derecho indiano, que mantiene su vigencia por largo tiempo, a veces incluso hasta comienzos del siglo XX, como sucede en Chile en materia procesal civil y penal.

¹⁷⁶ Ibid, p. XXI-XXII.

Esta pervivencia del derecho indiano está atestiguada de muchas maneras por la literatura jurídica.

Para abarcarla en su conjunto, hemos distinguido aparte de las obras jurídicas más usuales, tres grandes corrientes que vienen del siglo XVIII, atraviesan la época de la independencia y llegan hasta la codificación. Ellas muestran una indudable continuidad jurídica entre la época anterior y la posterior a la independencia. Esas corrientes son: la afirmación del derecho patrio o nacional, la formulación práctica del derecho y la labor recopiladora o codificadora de la legislación.

Entre las obras más usuales están en primer lugar los comentarios a la *Nueva Recopilación*, a las *Siete Partidas*, a las *Leyes de Toro* y demás. De ellos el más tardío, el de Llamas y Molina a las *Leyes de Toro*, se publicó después de la independencia en 1827 y se reimprimió en 1852.

Pero, sobre todo, llaman la atención otras obras jurídicas que se reeditan después de la independencia. Así sucede, por ejemplo, hasta 1845 con los *Juzgados Militares* de Colón de Larriátegui y con la obra del Conde de la Cañada sobre los recursos de fuerza, hasta 1852 con las *Institutiones iuris canonici* de Cavallario, hasta 1858 con la *Curia Filipica*, hasta 1893 con las *Institutionum canonicarum* de Devoti y nada menos que hasta 1898 con los *Comentarios* de Gamboa.

La afirmación del derecho patrio o nacional tiene su expresión más notoria en los libros de Institutas que se elaboran para facilitar su estudio y enseñanza. Los verdaderos iniciadores en este campo fueron Asso y de Manuel con sus instituciones aparecidas en 1771 y reimpresas hasta 1828. Pero más solicitados aún, fueron los textos de sus seguidores, Sala y Alvarez. *La Ilustración del Derecho Real* de Sala se publicó en 1803 y se reeditó hasta 1870, es decir, hasta la promulgación de los códigos civil y penal mexicanos. En cuanto a las *Instituciones de Alvarez*, aparecieron en 1818 y se reeditaron hasta 1854.

Las obras de los prácticos forman en cierto modo un género aparte, aunque en los anaqueles de las bibliotecas jurídicas se codeen con otros libros jurídicos. Aquí, el modelo indiscutido es José Febrero, cuya Librería comenzó a aparecer en 1769 y no cesó de reeditarse hasta 1870, es decir un siglo después. Diversos autores tales como José Marcos Gutiérrez, Eugenio Tapia y Florencio García Goyena prepararon estas reediciones. La última, aparecida en 1870 bajo el nombre de *Novísimo Febrero Mexicano*, se debió a Manuel Dublan y Luis Méndez.

Completa el cuadro y en cierto modo viene a cerrarlo, la labor recopiladora o codificadora. Ambas líneas de trabajo se remontan al siglo XVIII, en el curso del cual poco a poco cobra forma el ideal codificador, contrapuesto al recopilador. Al principio se habla de un código general, comprensivo de toda la legislación, como lo hace todavía en 1815 Martínez Marina. Pero, la idea de un código particular, que regule sólo determinada rama del derecho, aflora ya en el último tercio del siglo XVIII a propósito de las leyes penales.

La disyuntiva entre recopilación y codificación adquiere todo su significado en el medio siglo que transcurre entre la Novísima Recopilación de 1805 y el código civil de Chile de 1855. Esta es la época de las últimas recopilaciones y de las primeras codificaciones. Allí donde se hacen nuevas recopilaciones el derecho indiano mantiene su vigencia, sin otras alteraciones que las introducidas por la legislación de cada estado. Donde, en cambio, se hacen codificaciones, el derecho codificado desplaza en bloque a todo el derecho anterior, vale decir, a todo el derecho indiano, que deja de ser derecho vigente y queda relegado a la condición de mero antecedente histórico del derecho codificado.

Para terminar, se distinguen en España y América española, dos formas fundamentales de codificación. Por una parte, está la adopción de un código extranjero. En ese caso, no se elabora un texto nuevo, sino que se promulga simplemente el extranjero con más o menos modificaciones. Por otra parte, está la formación de un código propio. En este caso se elabora un nuevo texto sobre la base del propio derecho, que en América española es el derecho indiano. A esta forma de codificación se reduce la adopción de un código elaborado sobre esa base en otro de los estados sucesores de la monarquía, como sucede con los códigos penal español de 1822, comercial español de 1829, penal español de 1848 y civil chileno de 1855.

En todo caso, la suerte del derecho indiano es la misma. La codificación bajo cualquiera de sus formas, pone fin a su vigencia y lo substituye por el derecho codificado. La única diferencia es que mientras en algunos estados este derecho codificado es fundamentalmente un derecho extranjero, en otros, es una versión actualizada del derecho anterior a la codificación, es decir, del derecho indiano.