

### III. LA OBRA EN SU TIEMPO

Debemos ahora hacer referencia a la ubicación de las *Instituciones* dentro del panorama jurídico de su época, tanto metropolitano como americano y de la enseñanza del derecho, tomando como marco de referencia esta práctica en la península, y sus repercusiones en las Indias.

#### A. *Panorama jurídico metropolitano*

El título de la obra, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* sirve de pauta para averiguar a qué contexto pertenece. El texto de Álvarez se inscribe dentro de la polémica derecho real *vs.* derecho romano que se desarrolló en la península Ibérica a partir del siglo XIII.

Durante la Edad Media la romanización del derecho europeo —y el español no fue ajeno a este fenómeno— se dio en dos direcciones: la primera fue una penetración o recepción doctrinal que hizo renacer los estudios del derecho romano en Bolonia y otras universidades europeas. La segunda radica en la penetración del derecho romano en la legislación, la jurisprudencia y las costumbres.<sup>146</sup> Este derecho romano, el derecho canónico y el derecho feudal constituyen en su conjunto, lo que se denominó en esa época derecho común.<sup>147</sup> Frente a este sistema de derecho común se encuentra, en pugna contra él, el derecho real. Esta pugna obedece al deseo de los reyes de lograr una unificación en el mundo del derecho que aún no existía en el campo político. El derecho real es el elaborado por el rey y sus distintos órganos gubernamentales. En este proceso de creación algunas veces el rey actuaba solo, otras con las Cortes, y en ocasiones delegaba sus facultades en los órganos gubernamentales permanentes.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> José Ferrandis Vilella, "Formación histórica del concepto del derecho civil", *Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto*, 2<sup>a</sup> época, volumen 18, fascículos 39-41, enero-diciembre, 1970, p. 435.

<sup>147</sup> José Manuel Pérez Prendes, *Historia del derecho español*, Madrid, Ediciones Darro, 1973, pp. 422-423.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 437.

El enfrentamiento entre el derecho real y el derecho romano, a distancia, nos parece más de orden político que estrictamente jurídico, ya que el propio derecho real encuentra su fuente de inspiración en el derecho romano justiniano comentado por glosadores y posglosadores y estudiado en las universidades. Para Hernández Gil, “la pugna entre derecho real y el derecho romano —civil— se presenta en cierto modo como expresiva de una antítesis entre teoría y práctica. Uno es el derecho que se aplica; el otro, el que se explica”.<sup>149</sup>

Las *Instituciones* de Álvarez no fueron una obra doctrinaria que revolucionara la ciencia jurídica de su tiempo.<sup>150</sup> Su significado e importancia hemos de buscarlos, por un lado, en su adscripción a la política de implantación del derecho real en la enseñanza del derecho en las universidades metropolitanas y coloniales, y por el otro, en la importancia del hecho de que un jurista criollo realizara una obra de tal naturaleza.<sup>151</sup>

En el campo de la práctica, es decir, del derecho que se aplica, el derecho real va ganando la batalla frente al romano, sobre todo en el caso de Castilla. Ahí, se prohibió —en la época de Alfonso X— la utilización en los pleitos, de textos legales ajenos a los nacionales. Pos-

<sup>149</sup> Hernández Gil, *vid., supra*, nota 94. Cita en p. 169.

<sup>150</sup> Al respecto Levene opina que “las *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* es un manual importante por el criterio didáctico de su autor, su erudición, el método, el plan, los textos selectos de derecho romano que transcribe y las citas del Derecho Indiano y Patrio; pero no es un tratado de significación doctrinaria en la Historia del Derecho” *Las Instituciones*, loc. cit., pp. 206-207.

<sup>151</sup> García-Gallo informa que: “No existe ningún manual de Derecho Indiano [siglo XVIII]. Eusebio Ventura Beleña dice en 1787 que en esa fecha está imprimiendo una *Instituta civil hispano-indiana*, que no conocemos...”, Alfonso García-Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español*, 4<sup>a</sup> ed., 2 vol., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1971, vol. I, p. 424. Nosotros hemos localizado varios ejemplares de una obra de Ventura Beleña que es la referida por García-Gallo. La ficha completa es la siguiente: Magro y Zurita, Santiago, *Elucidationes ad quatuor libros Institutionum Imperatoris Justiniani... locupletare legibus, decisionibusque juris Hispania... Jacobo Magro...: Ex titulo autem vigesimo septimo libri tertii usque ad ultimum Libri quarti carum dem Institutionum continuavit, addidit Proemium aliae utili a juris Indice, novissimatasque Resolutiones nundum Compilatus Colectionibus legum Castellae nec Indiarum in Elucidationibus D. Jacobi Magri apposite omnia accommodavit D. D. Eusebius Bonaventura Beleña, Mexici, Apud D. Philippum Zunnigam Ontiveros, 1787, 4 vol. Los ejemplares han sido localizados en: Archivo General de Indias, Biblioteca 288-289; Biblioteca Universitaria de Salamanca 3/43869 y 43870; en la Biblioteca Nacional de México se encuentran 2 ejemplares de los 4 volúmenes de la obra; en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM hay, por lo menos, 4 ejemplares de la obra. Se hizo una segunda edición en Madrid en 1792 en la imprenta de la viuda de Joaquín Ibarra. Recientemente ha sido estudiada por Jaime del Arenal Fenochio, “Un libro mexicano del siglo XVIII”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, D. F., año 3, N° 3, 1979, pp. 423-450.*

teriormente, en 1505, en las *Leyes de Toro*, se estableció que sólo había una autoridad capaz de llenar las lagunas de la ley: la real.<sup>152</sup>

Cabe señalar que el proceso de consolidación del derecho real, tanto el legislado como el doctrinario, tuvo en la península ibérica las características propias de un sistema que reconoció los derechos forales; pero este proceso pertenece a la historia del derecho español. Para nuestro estudio, por haberse incorporado los territorios americanos a la Corona de Castilla, es esta región nuestro marco de referencia.<sup>153</sup>

Así pues, por lo que a Castilla se refiere, la supremacía del derecho real frente al común es reconocida abiertamente por legistas y comentaristas hasta el siglo XVI. Algunos de los factores que en esto influyeron podemos encontrarlos, a juicio de De Castro, "en la creciente importancia del concepto de nacionalidad española, el movimiento humanista, la publicación de la Nueva Recopilación, el conocimiento del antiguo derecho español y la creación de una doctrina jurídica española".<sup>154</sup>

La época comprendida entre 1474 y 1808 es considerada por García-Gallo como la época de la plenitud del derecho nacional. En ella se localiza, a juicio de este autor, el período clásico del derecho español y entre los factores que coadyuvaron para lograr el desarrollo de este derecho, que se ubica entre los siglos XV y XVII, se encuentra el descubrimiento de América y su incorporación a la monarquía española.<sup>155</sup> Para esta época, el fenómeno más destacado en el campo jurídico fue el trasplante del derecho español a los territorios americanos. La lejanía de éstos determinó que se realizara una amplia labor creadora en todos los terrenos a fin de lograr la organización de dichos territorios y la regulación de las relaciones entre sus distintos habitantes.<sup>156</sup> Los problemas que las nuevas situaciones plantearon en todos los órdenes contribuyeron al desarrollo de la ciencia jurídica española.

Por varias razones, que analizaremos en el apartado siguiente, la polémica entre derecho real y derecho romano se planteó en estos te-

<sup>152</sup> Pérez Prendes, *op. cit.*, p. 435; García-Gallo, *op. cit.*, p. 400.

<sup>153</sup> Este es un tema controvertido que ha sido tratado por distintos especialistas. Nos adherimos en este trabajo, a la tesis sustentada por Alfonso García-Gallo en "La unión política de los reyes católicos y la incorporación de las Indias", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 473-488. *Vid.*, también Juan Manzano Manzano, "La adquisición de las Indias por los Reyes Católicos y su incorporación a los Reinos castellanos", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXI, 1951, pp. 5-170.

<sup>154</sup> De Castro, *op. cit.*, p. 165.

<sup>155</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, p. 95. En efecto, lo incluye entre los factores no jurídicos que contribuyeron al desarrollo del derecho español.

<sup>156</sup> García-Gallo, *idem*, p. 103.

rritorios sobre bases distintas que en España. Para las Indias, el derecho castellano, es decir, el real, es el derecho común y el dictado para el Nuevo Mundo es el especial. En consecuencia se atendía en primer lugar para la aplicación del derecho al derecho especial y las leyes de Castilla eran supletorias.<sup>157</sup> Esto influyó de manera determinante en la perspectiva del autor de las *Instituciones* como intentaremos demostrar a continuación.

### B. Enseñanza del derecho en España

Por lo que se refiere a la enseñanza del derecho real y del romano, tema en el que centraremos nuestra atención, hemos de tomar nuevamente como punto de partida lo que ocurría en la metrópoli, para ver su repercusión en las Indias.

A partir del siglo XIII comienzan a florecer las escuelas de derecho, primero en Italia y luego en toda Europa. En las universidades se enseñaban el derecho romano y el canónico, pero en ninguna se estudiaba el derecho local de los respectivos países europeos, entre otras causas porque aún no se habían formado.<sup>158</sup> La labor de los juristas medievales, originalmente italianos, y luego de otras nacionalidades, determinó que el derecho justiniano sobreviviera y favoreció posteriormente su interpretación y penetración en los derechos nacionales profesionalmente.<sup>159</sup> En España, su influencia se hace sentir tanto en las universidades como en el derecho real, ya que los jurisconsultos formados en las primeras, colaboraron con los reyes, especialmente Alfonso X, en la elaboración de este derecho.<sup>160</sup>

Los juristas adquirían una formación desvinculada de la práctica de los tribunales, en los que, el derecho real o nacional comenzaba a librarse sus primeras batallas frente al romano.<sup>161</sup> Los textos en los que se sustentaba la enseñanza del derecho eran el *Código*, el *Digesto* y las

<sup>157</sup> García-Gallo, "La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVII", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pp. 172-175.

<sup>158</sup> Es precisamente en torno a las universidades que se inicia un prerrenacimiento cultural. A ello contribuyó el descubrimiento del *Digesto* realizado por el monje Irnerio, alrededor de 1090. *Vid.* Guillermo Floris Margadant, *El significado del derecho romano, dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 19.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>161</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, pp. 312-315.

*Instituciones.* García-Gallo opina que esta enseñanza fue “si no teórica, por lo menos genérica y no adaptada al Derecho peculiar de cada país”.<sup>162</sup>

Esta forma de enseñanza, con ligeras variantes, se mantuvo hasta el final del siglo XVII, es decir, durante la denominada “época del derecho clásico español”.<sup>163</sup> El acceso de los Borbones al trono de España modificó sustancialmente la política que en torno a la enseñanza del derecho había sido seguida por los monarcas anteriores. Al período comprendido entre 1700 y 1808 lo denomina este mismo autor, “época del derecho postclásico”.<sup>164</sup>

No obstante que el derecho había alcanzado un amplio grado de desarrollo, el cambio de dinastía encontró a las universidades sumidas en una profunda crisis, derivada de la que venía padeciendo España en todos los órdenes.<sup>165</sup> Con el siglo XVIII comienza a penetrar en España una corriente ilustrada renovadora que a lo largo de aquél luchará contra las corrientes tradicionalistas. Las universidades habían llegado a ser, en cuanto a su estructura y funcionamiento, organismos con amplia autonomía. Conforme a las nuevas ideas, la Universidad no podía ser una ínsula dentro del Estado. Era imperativa la centralización, pero ésta sólo se logró paulatinamente.<sup>166</sup> Este afán centralizador atendió no solamente al gobierno de las universidades sino a la transformación de la enseñanza del derecho. A lo largo del siglo XVIII, trató de imponerse la enseñanza del derecho nacional en lugar de la tradicional del derecho romano.

La crítica que se hizo a la enseñanza del derecho romano se basaba en que no era derecho vigente en Castilla. En 1713, el Congreso de Castilla, ordena que se enseñe el derecho español en las universidades

<sup>162</sup> *Idem*, p. 314.

<sup>163</sup> *Idem*, pp. 95-105.

<sup>164</sup> *Idem*, pp. 105-110.

<sup>165</sup> Antonio Álvarez de Morales, *op. cit.*, pp. 13-32.

<sup>166</sup> *Idem*, pp. 37-39. Este autor sostiene que las universidades estaban conscientes del estado de postración en que se encontraban, y vieron con claridad que sólo el Estado podía ayudarlas a superar sus crisis. Opina además que la historiografía ha manipulado la información y ha atribuido a las universidades un carácter reaccionario que las hizo oponerse a las reformas de los “désperos ilustrados”. Sin negar el carácter reaccionario de aquéllas, sostiene que en “los Informes y Planes de estudio que las Universidades presentaron al Consejo desde el primer momento... late claramente un deseo inmediato de reformas” (p. 63). Afirma además que “una cosa es decir que los claustros de algunas Facultades eran opuestos a admitir reformas de tendencia ‘ilustrada’, y otra, que fueron un obstáculo para las reformas... todos los claustros estuvieron abiertos a ellas y si fracasaron, habrá que buscar las causas en otro lado” (pp. 63-64).

en lugar del romano.<sup>167</sup> Poco éxito tuvo esta disposición, ya que difícilmente se puede explicar lo que no se ha aprendido y el derecho nacional no contaba con textos para su enseñanza.<sup>168</sup>

Así pues, la orden no fue cumplida, y en 1741 el Consejo insistió. Mandó que en todas las universidades mayores y menores se enseñaran junto al derecho romano las leyes del reino correspondientes a la materia que explicaren.<sup>169</sup>

En esta época comienzan a publicarse libros sobre la *Instituta* de Justiniano, a los que se hicieron comentarios y se agregaron notas sobre el derecho real. El que logró mayor difusión fue el de Joseph Berní y Catalá, *Instituta civil y real de España*, Valencia, 1744. En esta obra se explican los párrafos de Justiniano seguidos de casos prácticos según las leyes reales de España.<sup>170</sup> Se iban sentando las bases para la consolidación de las reformas.

Paralelo al fenómeno de la sustitución del derecho romano por el real en la enseñanza del derecho, se da el de la evolución del concepto "derecho civil". Hasta ese momento, derecho civil era el derecho romano, los juristas españoles empiezan a considerar que el término derecho civil debe aplicarse al derecho nacional, es decir, el real,<sup>171</sup> de

<sup>167</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, p. 316, y Antonio Hernández Gil, *op. cit.*, p. 168.

<sup>168</sup> El Conde de la Cañada, en su obra *Instituciones Prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios...*, Madrid, Oficina de don Benito Cano, 1704, I, p. 21, confiesa que: "El tiempo me ha convencido con repetidas experiencias, de la ignorancia en que me hallaba de las materias más principales para la administración de justicia, y señaladamente de las de gobierno público, sin embargo de que me parecía haber adquirido en la Universidad de Salamanca los conocimientos más exactos del derecho civil [romano] y canónico", citado por Hernández Gil, *loc. cit.*

<sup>169</sup> El texto completo de la disposición puede ser consultado en García-Gallo, *Manual...*, vol. II, p. 136 "En diferentes tiempos, y en especial desde el año 1713, se ha tratado, así por órdenes de su Majestad como del Consejo, en razón de que en las Escuelas de las Universidades Mayores de España, y también en las Menores, en lugar del Derecho de los romanos se restableciese la lectura y explicación de las Leyes reales, asignando cátedras en que precisamente se uviessen de dictar el Derecho patrio, pues por él y no por el de los romanos devien substanciar y juzgarse los pleitos..."

<sup>170</sup> De Castro, *op. cit.*, p. 188.

<sup>171</sup> Debe verse el interesante artículo ya citado de Ferrandis Vilella. En él, se refiere fundamentalmente a la evolución del concepto derecho civil y dentro de este contexto son numerosas las referencias a la polémica derecho real contra derecho romano. Este autor advierte que: "Lo cierto es que hasta bien entrado el siglo XVIII todavía en nuestras Universidades y en las obras de los tratadistas se reserva la denominación 'Derecho civil' para referirse al Derecho español. La pugna entre el derecho español y el romano que se había entablado varios siglos atrás se caracteriza por una constante desobediencia a las disposiciones que reite-

la misma manera que el *ius civile* era para los romanos el suyo, el de la *civitas*.

Es hasta la segunda mitad del siglo XVIII que las reformas, en el aspecto que venimos tratando, pudieron realizarse. Durante el gobierno de los primeros Borbones las universidades habían logrado mantener su autonomía. La llegada de Carlos III al poder hace variar esta situación.

El afán centralizador de este monarca y sus ministros, determina que a partir de 1771 cobre fuerza su labor, iniciada dos años antes, de uniformar planes de estudio, grados, duración de los cursos, oposiciones a cátedra, etcétera. En este año se revisa la estructura de los colegios mayores, y en 1786 se intenta sistematizar la labor realizada uniformando las universidades de sus reinos en cuanto a: matrícula de estudiantes, asistencia, duración del curso, academias, oposición a cátedra, exámenes, número de cursos para los grados, rigor y formalidades de éstos.<sup>172</sup>

La implantación del derecho real frente al romano como objeto fundamental de estudio formó parte de toda la serie de reformas que trataron de instrumentarse, tanto para sacar a las universidades de su postración, modernizándolas, como para disminuir su autonomía. Muchos factores contribuyeron a que las reformas no lograran ejecutarse.<sup>173</sup> Sin embargo, la lucha por la implantación de la enseñanza del derecho patrio sí constituyó un éxito, aunque no se dio en el reinado de Carlos III quien pugnara tanto por ella.

José Antonio Caballero, ministro de Carlos IV, logró realizar la reforma en los planes de estudio de las facultades de jurisprudencia. El nuevo plan de estudios para estas escuelas conducía a una mayor uniformidad que la buscada por el monarca anterior. Entre sus fines se encontraba el obstaculizar los estudios de derecho para reducir el crecido número de abogados que existían en el reino;<sup>174</sup> asimismo, la implantación del estudio del derecho nacional.

De esta manera, Carlos IV por Real Orden de 5 de octubre de 1802, inserta en Circular del Consejo de 26 de noviembre del mismo radamente insistían en la prohibición de alegar y aplicar el Derecho civil (romano)... El siglo XVIII señaló el momento decisivo de esta pugna, y en él se combinarán las aspiraciones centralistas y unificadoras de Felipe V con su sentimiento de afirmación del Derecho nacional que cristalizó en una serie de críticas y ataques dirigidos por la doctrina contra el Derecho romano y contra las Universidades...”, *loc. cit.*, p. 443.

<sup>172</sup> Mariano Peset Reig, *La enseñanza...*, pp. 231-232.

<sup>173</sup> Alvarez de Morales, *op. cit.*, pp. 126-141.

<sup>174</sup> *Idem*, pp. 177-180.

año, mandó “arreglar el estudio de las Leyes del reino a que deben dedicarse los profesores después del grado de Bachiller...” y a tal fin, dispuso que en las cátedras de Prima de Leyes de Salamanca se explicaran las *Instituciones* de Castilla de Jordán de Asso y Miguel de Manuel,<sup>175</sup> “cuidando los Maestros de corregir los errores con que se hallan. Y que al mismo tiempo se enseñe la *Recopilación*, de modo que en los dos años se pasen los nuevos libros, deteniéndose algún tanto en las *Leyes de Toro*...”<sup>176</sup> Esta misma Real Orden mandaba que también en las universidades de Valladolid, Alcalá, Sevilla, Granada, Valencia, Toledo, Huesca, Zaragoza, Oviedo, Santiago y Cervera se establecieran “las mismas dos cátedras y la propia enseñanza que en Salamanca...”<sup>177</sup> Con esta reforma no se redujo el número de abogados, pero se logró dar un paso más quizás el definitivo, en la implantación de la enseñanza del derecho patrio.<sup>178</sup>

A juicio de Mariano Peset Reig, con esta medida, se pudo lograr una universidad uniforme, centralizada y obediente a la Corona.<sup>179</sup> Otros autores se han referido a la reforma de 1802, y la posterior, de 1807 “como un claro precedente de las reformas liberales”.<sup>180</sup> Pero hemos de abandonar la repercusión y evolución de estas medidas en España para volver nuestros ojos a las Indias.

### C. Planteamiento de la cuestión en las Indias

En páginas anteriores<sup>181</sup> ha sido descrita la forma en que se realizaba la enseñanza del derecho en los distintos territorios que constituyeron las Indias Occidentales. Hemos de analizar, a continuación, el significado de la obra de Álvarez en el contexto de su época.

En los alejados territorios de las Indias, la polémica entre el derecho romano y el real se da con características muy peculiares. Los territorios ultramarinos carecieron de la tradición romanista en la enseñanza

<sup>175</sup> Ignacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla, por los doctores...*, la primera edición es de 1771, nosotros manejamos la tercera, impresa en Madrid en 1780.

<sup>176</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. II, pp. 137-138.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>178</sup> Álvarez de Morales, *op. cit.*, p. 180.

<sup>179</sup> *La Universidad española...*, p. 118.

<sup>180</sup> En opinión de Álvarez de Morales, éste fue el juicio que de la obra de Caballero se formaron los escritores tradicionalistas, *op. cit.*, p. 188.

<sup>181</sup> Ver el capítulo II donde ha sido analizada la enseñanza del derecho en los distintos territorios americanos. En este apartado no repetiremos esos datos. Se hará referencia a su significado global.

y en la aplicación del derecho en los tribunales que caracterizó a los países europeos en la baja Edad Media. Por otra parte, no contaron con los diversos fueros y privilegios otorgados a los habitantes de las distintas regiones a lo largo de los siglos de la reconquista y finalmente, su incorporación a la Corona de Castilla determina, desde las épocas de conquista y colonización, la consolidación de un poder real, en todos los aspectos, que en España estaba aún lejos de ser logrado.

En virtud de que las Indias formaron parte de la Corona de Castilla,<sup>182</sup> las leyes de ésta, regían en aquellos territorios como generales o comunes y el derecho dictado especialmente para las Indias tenía el carácter de particular o especial. De esta manera, se aplicaban en primer lugar las leyes dictadas para ellas, y en su defecto, las de Castilla como subsidiarias o supletorias.<sup>183</sup> Es decir, las leyes de Castilla regían en Indias en todas aquellas materias no reguladas por el derecho particular de los territorios ultramarinos.

El orden jurídico de las Indias en su aspecto secular estaba constituido por: 1) el *corpus* de legislación castellana y las disposiciones dictadas para Castilla que por su sola promulgación eran válidas en América; 2) las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas especialmente para los territorios americanos. Este conjunto de normas constituye el llamado derecho indiano; 3) las disposiciones dictadas por las autoridades locales de los diversos territorios americanos. Este conjunto de normas ha sido denominado derecho indiano criollo; 4) los usos y costumbres locales, incluyendo los indígenas, que no fueran en contra de los principios de la religión católica. La importancia de la costumbre como fuente de derecho fue mucho más amplia de lo que estaba establecido en la ley.<sup>184</sup>

<sup>182</sup> *Vid. supra.*, nota 153.

<sup>183</sup> Alfonso García-Gallo, "La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI", en *Estudios de historia...*, pp. 173-176.

<sup>184</sup> Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1975, Víctor Tau Anzoátegui, "La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII. Estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Guyo y Tucumán", en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 115-191; Juan Manzano, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano", en *Anuario de historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 18, 1967; Rafael Altamira y Crevea, "Especies, formas y relación de las leyes en la legislación colonial española de las Indias Occidentales", sobretiro de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, tomo VII, núm. 28, octubre-diciembre, 1957. *Vid.*, también Antonio Fernández del Castillo, "El mundo jurídico que vivió el Dr. José María Álvarez", ponencia al Primer Congreso Centroamericano de Historia, febrero de 1972. Manuscrito.

El listado anterior muestra la diversidad del origen de las disposiciones vigentes en las Indias. Aunque el supremo legislador era el rey, la delegación de sus funciones en diversos órganos cuya sede se hallaba separada por una enorme distancia determinó que al *corpus* de legislación española que regía en América se le agregaran multitud de disposiciones que, con el objeto de resolver problemas concretos, no siempre se dictaron con carácter general. De ahí el casuismo de la legislación llamada india,<sup>185</sup> y la dificultad de su estudio tanto en la época colonial como en nuestros días.

Por lo que se refiere a la enseñanza del derecho en las Indias, contamos con estudios que nos permiten aproximarnos a algunos de los diversos temas relacionados con ella. Por lo general, los investigadores están de acuerdo en que en las universidades americanas se siguieron de cerca las constituciones de la de Salamanca.

En las Indias, al igual que en España, las ramas tradicionales de estudio eran: artes, teología, cánones y leyes. Por otra parte en algunos de los territorios americanos los colegios mayores y seminarios formaban parte de las universidades y en ellos se podían cursar los estudios de jurisprudencia.<sup>186</sup>

Siguiendo los modelos de planes de estudios metropolitanos, la enseñanza del derecho en América sólo comprendió, durante gran parte de la época colonial, el derecho canónico y el romano, es decir estaba excluido el derecho real y no se mencionaba siquiera el estudio del indiano,<sup>187</sup> cuya composición fue señalada anteriormente.

De la misma manera que en España, las universidades fueron evolucionando, y algunas veces adaptándose a las condiciones locales a lo largo del reinado de los monarcas de la casa de Austria. Asimismo, participaron de la polémica derecho real contra derecho romano, sobre todo en lo que se refiere a la enseñanza del derecho. Sin embargo, son las reformas borbónicas a las que hemos de referirnos particularizadamente, porque dentro del clima general causado por ellas se ubica nuestro autor.

Hemos caracterizado, siguiendo a García-Gallo, el siglo XVIII como el siglo del derecho posclásico español. En el terreno de la enseñanza

<sup>185</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, pp. 103-104.

<sup>186</sup> *Vid. supra.*, capítulo II.

<sup>187</sup> El fenómeno del estudio de los derechos propios de cada uno de los territorios americanos se presenta, como es obvio, hasta que logran la independencia y van adquiriendo una conciencia de nacionalidad ajena a la española. A lo largo del siglo XIX el derecho patrio ya no será el real, sino el de cada uno de los distintos países, independientemente de la influencia que del español tengan.

del derecho las medidas tomadas por los reyes borbones significaron un cambio importante en la forma tradicional en que se impartía. Este autor ha señalado que se abandonó el método tradicional “de explicar sobre los textos legales el comentario extenso de los mismos”. En su lugar se expusieron principios y el sistema de derecho. Algunas veces se señaló el *Manual* que había de utilizarse para estas exposiciones (Asso y de Manuel, *Curia Filípica*) pero de cualquier manera

el análisis cede a la síntesis; la explicación se convierte en una disertación o conferencia; la alegación y discusión minuciosa de opiniones se sustituye por la exposición de la doctrina frecuentemente cristalizada —y a veces anquilosada— del profesor. Se pierde profundidad y erudición. Ahora abundan en la enseñanza contrastando con los extensos tratados de siglos anteriores —libros en general breves que llevan los expresivos títulos de “Instituciones”, “Prolegómenos”, “Principios” o “Elementos”...<sup>188</sup>

Es precisamente en el seno de esta transformación de la enseñanza que se inscribe la obra de Alvarez.<sup>189</sup>

Alvarez —jurista criollo— no es ajeno a los fenómenos que venimos comentando, pero por su condición de americano, su educación y el período de absolutismo que le tocó vivir concibe el derecho “patrio” como un conjunto de disposiciones integrado por las castellanas, indias, indias criollas y costumbres locales. Toma en cuenta todas estas fuentes para elaborar su obra, y de esa manera dar cumplimiento al auto acordado 1, libro 2 de 29 de mayo de 1741. En la redacción de las *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* su preocupación fundamental es hacer —conforme al texto de la Cédula Real— una obra, para la enseñanza del derecho patrio en la que estuviera comprendido el derecho aplicable en Guatemala.

<sup>188</sup> García-Gallo, *Manual...*, vol. I, pp. 318-319.

<sup>189</sup> Hemos hecho ya referencia a la obra de Asso y de Manuel, *vid., supra.*, p. 78. La importancia de esta obra como respuesta a la política real en contra del derecho romano ha sido destacada por casi todos los historiadores del derecho español. Un buen resumen puede verse en la obra citada de De Castro, *Derecho civil...*, p. 189. De otra parte, por lo que sus autores expresaron al realizar esta obra podemos ver cuáles fueron sus intenciones: “El fin pues, de estas *Instituciones* es presentar las verdades y principios del Derecho Español, ajustados a sus leyes, y á los abusos que tal vez ha introducido. Esto nos ha obligado a abstenernos de citar leyes del Derecho romano, probando toda proposición con solo la ley nuestra supletoria, y aun apoyando aquellas proposiciones, que no expresan nuestras leyes, y cuyo conocimiento es necesario, con autoridad de solo Autor Regnícola, y clásico...” p. V. Vemos pues, que el contenido de la ley podía ser el mismo que el del derecho romano, pero era importante que su órgano creador fuera castellano.

A nuestro juicio, en esto radica la verdadera importancia del texto de Álvarez. Es el primer jurista criollo —y el único en la época colonial<sup>190</sup>— que redactó un texto semejante a los que se utilizaban en la metrópoli para la enseñanza en la cátedra de instituciones. En esta obra sus fuentes son, conforme a su concepto de “lo nacional”, españolas y americanas. No pone en entredicho la autoridad de un rey, que para América, había consolidado su poder absoluto desde el momento de su conquista y posterior colonización.

Por otra parte, las *Instituciones* se inscriben en el cuadro general del derecho posclásico español. El libro no es, como se señaló anteriormente, una obra doctrinaria que revolucionara la ciencia jurídica de su tiempo. Fue redactado para auxiliar a los estudiantes de la cátedra de *Instituta*, explicada durante muchos años por nuestro autor. La obra es producto, no de profundas reflexiones, sino de una labor minuciosa de redactar “apuntamientos” útiles para la exposición magistral. El resultado es una obra sencilla, clara, quizá poco profunda<sup>190</sup> y erudita,<sup>191</sup> didáctica y sobre todo, apegada a la política regia de tomar como punto de partida para la enseñanza del derecho, el “patrio”.

Este hecho no ha sido comprendido por algunos autores contemporáneos. Quizá porque al hacer referencia a la obra de Álvarez citan la edición madrileña de 1829, en la que se omitió toda la parte relativa a las Indias, incluso hayan llegado a pensar que se trata de un autor español, como en efecto algunas veces lo identifican.

Ferrandis Vilella señala que la novedad de la obra de Asso y de Manuel “no arraiga inmediatamente y todavía en obras de fecha posterior [Álvarez] se utiliza la denominación ‘Derecho real’ referida al ‘Derecho español’ y se siguen contraponiendo los términos Derecho romano y Derecho nacional”.<sup>192</sup>

Por su parte, Hernández Gil se refiere a la obra de Álvarez en los siguientes términos: “Pero el ejemplo de Asso y de Manuel, no fue comúnmente seguido, como lo prueba la aparición de obras posteriores en las que el Derecho patrio sigue denominándose real. Tal es el caso de la obra de José María Álvarez”.<sup>193</sup> Sin embargo, al citar la definición que Álvarez da sobre derecho civil “el que han constituido por sí o por sus jefes cada uno de los pueblos absolutos e independientes

<sup>190</sup> *Vid., supra.*, p. 67, las características que atribuye García-Gallo a muchos de los textos escritos en esta época.

<sup>191</sup> Contrasta notablemente, a este respecto, con las *Elucidaciones...* de Beleña, pero para juzgarla correctamente hemos de ubicarla en su contexto real.

<sup>192</sup> Ferrandis Vilella, *op. cit.*, p. 444.

<sup>193</sup> Hernández Gil, *op. cit.*, p. 168.

para conseguir los fines de la sociedad”<sup>194</sup> nos muestra que en la mente de Álvarez el derecho civil, ya no es el romano.

Pensamos que la interpretación de ambos autores pierde de vista el contexto en el que la obra fue redactada. Por un lado, la época de transición hacia la independencia, durante un período de retorno al absolutismo. Y por el otro, el objetivo con que las *Instituciones* fueron redactadas, a saber, llenar una laguna en la enseñanza del derecho, conforme a las disposiciones que a este respecto se dictaron en la metrópoli.

A nuestro juicio, para Álvarez no había más derecho nacional que el dictado por el rey y complementado por las autoridades indias y locales. Su obra no sólo no da marcha atrás dentro de la política real contra la enseñanza del derecho romano, sino que se inscribe en la modernidad, pero con las características que le impone su condición de jurista criollo en una de las colonias españolas de América.

Finalmente, como ya ha sido señalado,<sup>195</sup> su obra fue utilizada posteriormente en algunos países de la América independiente. A ella se hicieron las adiciones que reclamaban las condiciones concretas de cada uno de estos países. En algunos de ellos, sólo fue abandonada al tiempo de la promulgación de sus códigos civiles nacionales.

<sup>194</sup> *Idem*, hace referencia a la p. 25 de las *Instituciones* en su primera edición española.

<sup>195</sup> *Vid., supra*, capítulo II, *passim*.