

FUNDAMENTOS IDEALES DEL DERECHO PRIVADO INDIANO EN LA OBRA DE LOS JURISTAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN. PERFIL DE UN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN*

MANLIO BELLOMO

Catedrático de Historia del Derecho Italiano en la Universidad de Catania (Italia).
Director de la International School of Ius Commune, con sede en Erice (Italia).

Se sabe que cada búsqueda científica debe proponerse específicos objetivos y solo en relación con ellos, debe ser calibrada y orientada. Se sabe que cada elección debe sacrificar otras posibilidades y legítimas líneas de investigación. Se sabe también que, al final de largos, distintos y esperables recorridos coordinados, la investigación histórica debe aspirar a la contextualización de los conocimientos adquiridos, para reconstruir y comprender una realidad que fue una y única en su complejidad, aún cuando articulada en la variedad de sus facetas.

Con plena conciencia de estos límites condicionantes e inabarcables, impuestos a toda investigación que quiera estar fundada científicamente se propone un proyecto que tiene por objeto conocer el punto de vista de los juristas indianos en el momento en que éstos afrontaban temas y problemas que comprometían su tiempo y su obra e involucraban también y sobre todo la vida de las poblaciones del Nuevo Mundo durante los siglos del Antiguo Régimen. Nada impide, sin embargo, que sean auspiciables otras vías de investigación. Existen, por ejemplo, ricos archivos en varias ciudades del continente iberoamericano y sería por consiguiente de gran interés una profunda búsqueda que a través del estudio de los materiales existentes pueda obtener una serie de resultados concretos, no aislados y fragmentados sino orgánicamente posibles de reconducir y de componer en el cuadro de los principios que aquí se exponen o de principios análogos. Considero que el presente proyecto, aunque orientado solamente a las obras de la doctrina jurídica indiana, podría ser útil para aquellos que, atraídos en otro campo de investigación, quisieran adentrarse en el *mare magnum* de los documentos de archivo¹.

Los juristas indianos, como todos los juristas de cada tiempo y lugar, se han dejado guiar por algunas convicciones fundamentales, verdaderas estrellas polares en el universo de los hechos y de los accidentes que los rodeaban. La investigación que ahora se propone apunta a encontrar aquellas convicciones de base, teniendo en cuenta la formación europea que ha alimentado el tratamiento de los institutos jurídicos del derecho privado indiano.

He aquí una palabra-clave, presente a veces en la prosa latina de estos juristas. Por su adaptabilidad y por su capacidad evocativa, ésta puede ser asumida como palabra-clave del presente proyecto. Es la palabra "favor" acompañada por un genitivo de especificación, orientado cada vez sobre uno de los ideales que movieron el pensamiento y la acción de los juristas en el panorama de las complejas y variadas sociedades del Nuevo Mundo. Es una palabra clave que, a mi modo de ver, representa vivamente la realidad que el jurista tomaba en consideración y que, al mismo tiempo, expresa y documenta la cultura de fondo en la cual estaba arraigado todo discurso específico.

Se puede intentar una clasificación y una articulación de las convicciones mencionadas con el término "favor". Se puede pensar antes de nada en un "favor auctoritatis" con variantes que se esfuman en un "favor potestatis" y en un "favor protectionis" y por reciprocidad en un "favor oboedientiae", en un "favor fidelitatis" y en un "favor reverentiae". En este ámbito algunas características técnicas se encuenran y se descubren, como el "favor patriae potestatis" y el "favor maioris aetatis". Algunas veces, según los casos y los puntos de vista individuales de los *doctores*, dentro de estos campos ideales se colocan algunos institutos de derecho privado: en el "favor patriae potestatis", en el paralelo "favor maioris aetatis" y en las recíprocas esferas del "favor oboedientiae" y del "favor reverentiae" tenemos en gran parte el derecho de familia; en el mismo "favor maioris aetatis" encuentra lugar el derecho sucesorio, con institutos típicos como el mayorazgo², y con ramificaciones como el "favor testamenti"³; en el "favor protectionis" y en ocasiones en un "favor humanitatis" están las normas relativas a los *miserabiles personae*, a las *viduae* (viudas), a los huérfanos; en el "favor potestatis" y en su correspondiente "favor fidelitatis" vuelven a entrar la esclavitud, la servidumbre, y quizás los trabajadores de las encomiendas.

Hay un "favor matrimonii" que recoge la disciplina del matrimonio y las consideraciones teológicas conexas con las valoraciones jurídicas, y considera también los actos que se oponen al matrimonio y la armonía de la familia monogámica, vale decir el adulterio y la bigamia, ante todo,

* **Nota de los editores:** El presente artículo tiene como título original / *Fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi d'Antico Regime. Linee di un progetto*, y ha sido publicado en la *Rivista Internazionale di Diritto Comune* n° 11. Roma, 2000, pp. 297-304. La traducción del texto ha sido realizada por M. Christian Ojeda Zaga, miembro de la Asociación Civil Foro Académico. La revisión de estilo ha sido efectuada por la profesora Emma Montanos Ferrín, Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de La Coruña, así como por el profesor Armando Guevara Gil, profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Sería obviamente oportuno y sobre todo útil científicamente que eventuales investigaciones en tal sentido acogieran las líneas planteadas en el presente proyecto, porque resultan útiles para las investigaciones de archivo.

² Un inicio de la investigación se encuentra en el ensayo de: MONTANOS FERRÍN, E. *El mayorazgo en el derecho indiano*. En: *Rivista Internazionale di Diritto Comune* n° 11. Roma, 2000, pp. 33-42. En éste, el instituto del mayorazgo se encuadra en el "favor maioris aetatis".

³ He individualizado tal "favor testamenti" como principio-guía del tema de las sucesiones *mortis causa* en un reciente ensayo, al cual me permito remitir: BELLOMO, M. *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*. En: *Rivista Internazionale di Diritto Comune* n° 11. Roma, 2000, 21-32. He publicado este ensayo también en versión española (*¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?*), en las *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, I Actas y Estudios* (San Juan de Puerto Rico, 2003), pp. 5-17.

típicas violaciones de un sentido y defendido "favor fidelitatis".

Hay un "favor dominii", que inspira y coordina la pluralidad de las normas relativas a los derechos reales, mientras es dudoso que se haya advertido como principio propulsor y operativo un "favor voluntatis", que habría debido inspirar y coordinar las formas negociables necesarias y útiles para dar relevancia jurídica a las voluntades individuales. Si la voluntad tiene su preeminente campo de acción, éste parece estar constituido por los actos testamentarios, en los cuales el "favor voluntatis" se convierte en un "favor testamenti". No faltan, es cierto, negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, pero éstos parecen ser principalmente contratos de compraventa o de permuta de tierras y de haciendas, y mucho menos contratos de los cuales hayan nacido obligaciones personales, y en cada caso queda la duda si a cada acto negociable se haya recurrido por un "favor voluntatis" y no más bien por la necesidad impuesta por las circunstancias, tiempos, lugares, y por la incumbencia de más expeditivos medios de presidio manejados e impuestos por la fuerza. Parecen prevalecer no sólo las situaciones de hecho creadas con el uso o con la amenaza de las armas, sino también las relaciones entre *status* personales, ya determinados en raíz y sustancialmente inmodificables por la escasa o inexistente movilidad social, de manera que poderes y deberes, derechos y obligaciones parecen nacer por razón de una relación entre *status* más que por razón de vínculos asumidos voluntariamente por medio de actos negociables⁴. Sobre este frente, como sobre frentes precedentes, se centrará de todas maneras la investigación que, si diese los frutos esperados, podrá proveer respuestas adecuadas.

Como se ve, las relaciones son diversas y todas son posibles, porque cada principio expresado con el término "favor" constituye un motor unificador de pensamiento y comportamiento. Por tal razón, el «favor matrimonii» puede enriquecerse, y solamente se enriquece, con el «favor oboedientiae» y sobre todo, en modo preeminente, con el «favor fidelitatis»; a la esclavitud y a la servidumbre puede ser conveniente, para casos concretos, el "favor protectionis", el "favor humanitatis", y como en un espejo el "favor oboedientiae", el "favor fidelitatis", el "favor reverentiae"; el campo de las relaciones personales, surgidas de relaciones de *status* o de negocios jurídicos libremente efectuados, puede ser dominado en modos iguales o desiguales y sin embargo contextuales por el "favor fidei" y principalmente por el "favor bonae fidei".

En cada caso, como es natural, habrá investigaciones específicas, de sector, que podrán enriquecer o bien hacer más modesto el espectro de los previsibles convencimientos de fondo. Por medio del análisis de institutos jurídicos singulares se podrá dar una más definitiva fisonomía a perfiles de investigación que, al momento, se pueden sólo esbozar como presumibles articulaciones internas del desarrollo de un proyecto.

⁴ Con relación al problema sobre "las relaciones requeridas entre *status* - relaciones libremente determinadas por las voluntades individuales" me permito remitir a BELLOMO, M. Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, I libri di Erice, 1999, pp. 337-338; y principalmente a BELLOMO, M. *Negoziio giuridico (Diritto intermedio)*. En: Enciclopedia del Diritto 27. Milán: Giuffrè, 1977, pp. 922-932. Ahora, también, *Más allá de la obligación contractual en Juan de Solórzano y Pereyra en Actas del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, celebrado en Lima durante los días 22 - 27 de septiembre del 2003 (en prensa).

Es, en cambio, necesario subrayar que en la base del proyecto central hay razones sustanciales y metodológicas. Éstas se basan en la posibilidad de representar el derecho indiano entero como un sistema dentro del cual se mueven el *ius commune*, civil y canónico, de un lado, y la gran variedad de los *iura propria*, constituidos principalmente por el derecho real, las normativas municipales y las costumbres locales por otro lado⁵: uno y otros se hallan gobernados en modo más o menos incisivo y visible por principios iguales.

El primero, el *ius commune*, estaba pensado como derecho cierto, que gozaba de autoridad, inmodificable, porque representaba la justicia eterna, puesto sobre el máximo escalón posible concedido al hombre mortal en la escala de las comparaciones que transportan a Dios según la doctrina de Santo Tomás⁶. Incardinar cada "favor" en aquel ámbito significaba imprimirles un marco de sacralidad, apropiado porque cada "favor" venía a constituir el reflejo de una orden superior, que se convertía y se presentaba como la única realización posible de valores eternos e intangibles concedidos en tierra al hombre mortal. Así, a modo de ejemplo, pensar y representar el "favor auctoritatis" como elemento perteneciente al *ius commune* significaba garantizarle una absoluta estabilidad y perenne inmodificabilidad. Y cuanto más atrás se iba en el tiempo, cuanto más se recuperaba la memoria de las obras romanas clásicas y cuanto más se cultivaba un interés culto por antiguos y autorizados puntos de vista, tanto más se corroboraba y se comprobaba la validez de una impostación que miraba hacia la estabilidad y hacia la inmodificabilidad de aquellos ideales cardinales que, ya propios de las sociedades europeas del tiempo, venían ahora propuestos, interesadamente y a veces instrumentalmente, como articulaciones necesarias también para las diversas y a veces rebeldes sociedades del Nuevo Mundo.

Se trataba de pilares ejemplares, que según la perspectiva de quienes los proponían, habrían debido funcionar como modelos irrenunciables en cuanto la sociedad del tiempo los hubiese absorbido y aceptado a fin de sentirlos como propios o al menos como no rechazables. Es casi tan inútil mencionar las ventajas políticas, inmediatas, en la justificación de cada poder absoluto y también tiránico.

Una investigación que apunta a individualizar y reconsiderar los principios que el término «favor» implica, tiene la función de ofrecer una contribución a la comprensión historiográfica de un rico pasado de realidades materiales e ideales: no por un impulso movido por la nostalgia, no por la ilusión de encontrar una constante en la tradición jurídica que nos pertenece, sino solamente por la finalidad de «enten-

⁵ Una reconstrucción en este sentido ha sido realizada recientemente por BARRIENTOS GRANDON, J. Historia del Derecho indiano del descubrimiento colombino a la codificación. "Ius Commune" y "Ius Propium" en las Indias Occidentales. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, I libri di Erice 26; 2000. Reconozco que el autor ha utilizado de modo atento y provechoso mis estudios y conclusiones sobre el "sistema del derecho común" europeo y ha aplicado mi planteamiento metodológico (en parte derivado de las agudas intuiciones y de la obra magistral de Francesco Calasso) a la realidad del "derecho indiano" del antiguo régimen.

⁶ Sobre este punto. vid. BELLOMO, M. I fatti e il diritto tra la certezza e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV). Roma: Il Cigno Galileo Galilei, I libri di Erice 28, 2000, pp. 635-637, y literatura allí citada, así como mi nota con el título "Condividendo, rispondendo, aggiungendo. Riflessioni intorno al *ius commune*", en *Rivista di Diritto Comune* 10 (Roma, 2000) 287-296, publicado en castellano, *Compartiendo, respondiendo, añadiendo. Reflexiones en torno al Ius Commune*. En: Rudimentos legales. Revista de Historia del Derecho n° 3. Jaén, 2001, pp. 9-19.

der' un mundo desaparecido y desestructurado, del cual se podrían recoger y revitalizar cada uno de los fragmentos al interior de un nuevo horizonte sistemático, mientras que de los fragmentos individuales se podrían medir las similitudes y las disonancias en la dinámica y en el *continuum* de una catarsis que se renueva constantemente en la experiencia de la vida y del conocimiento.

Afrontada en esta óptica, la investigación es necesaria para colmar una laguna que existe en la historiografía que se ha ocupado del "sistema del derecho común" y en modo más o menos directo, de las modalidades a través de las cuales la sustancia del *ius commune* se ha versado en la pluralidad de las normativas del *ius proprium*.

Se necesita recordar, en efecto, que no faltan investigaciones y estudios por medio de los cuales ha sido posible comprobar y documentar qué normas del *ius commune* han refluído en el *ius proprium* y, por esto mismo, se han fortalecido debido a la posibilidad de su aplicación, como es evidentísimo en el caso de las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio. No faltan, tampoco, investigaciones y estudios por medio de los cuales se ha podido verificar cómo en las legislaciones y en las prácticas de los ordenamientos particulares constantemente circularon, como la sangre en las venas del hombre, *figuras* jurídicas elaboradas en el plano doctrinario⁷.

Faltan en cambio investigaciones y estudios relativos a los *principios* presentes en el *ius commune* y en la obra de los juristas que elaboraban aquel derecho. Son los *principios* reclamados en forma general pero en modo preciso por Azzone en el pasaje introductorio en el cual, en la apertura de su *Summa Institutionum*, el célebre jurista hablaba de los *principios* y de las *raíces* sobre las cuales, "regulariter" debe fundarse toda *scientia*⁸. De toda ciencia, obviamente, que quiera ser cuerpo y expresión y presentarse al mismo tiempo como espejo de una compleja realidad, de hechos y de ideas.

Si entre los resultados del proyecto presente se pudiesen localizar y conocer los *principios* y las *raíces* sobre los cuales se fundaba el *ius commune*, se tendrá completa una parte, tal vez principal, de una obra historiográfica que es mucho más compleja, pero una parte que es esencial y lógicamente preliminar. Aunque sea muy vasto el conjunto de juristas y obras por analizar, el campo indicado está sin embargo objetivamente delimitado por la naturaleza de las fuentes tomadas como objeto de la investigación. Corresponderá a otras investigaciones dirigir la atención y el interés sobre el *ius proprium*. Por lo tanto quedan fuera del presente proyecto las normativas del *ius proprium*, salvo que éstas sean reclamadas por los juristas mismos y sean por consiguiente documentadas en las obras de la doctrina jurídica. Quedan igualmente fuera las investigaciones de archivo dirigidas a verificar y a comprender en qué modo funcionaban o no funcionaban los tribunales, o en qué modo

se comportaban los notarios y los funcionarios de las administraciones centrales y periféricas, adoptando convencimientos propios, más o menos extravagantes, y también orientándose según los *principios* que movían la sociedad y la doctrina jurídica de su tiempo.

No es una renuncia a reconstruir unitariamente la realidad de las Indias occidentales en la época del Antiguo Régimen. Es sobre todo una necesidad impuesta por las exigencias que son propias de cada investigación que quiera ser científicamente organizada y científicamente conducida. Si otras investigaciones siguieran, vendrían bien para completar el cuadro general y servirían para mostrar como también en la variedad de las normativas locales, o de los grupos organizados, los principios inspiradores eran los mismos que se pueden observar siguiendo e indagando las obras de la doctrina: y esto porque *ius commune* y *iura propria* se movían en el interior de un único *sistema iuris*, articulado en elementos desiguales, como es y como debe ser propio de cada "sistema".

Así, puesto que sucede y se sabe que cada obra debe de tener por necesidad un inicio, se quiere comenzar a esbozar algunas líneas que parecen fundamentales y se comienza indicando algunos principios que parecen mover el universo jurídico del derecho indiano del Antiguo Régimen.

El proyecto nace y se presenta con una articulación interna y ésta permite que cada parte pueda ser investigada por diversos estudiosos, por quienes estén interesados, doquiera que se encuentren trabajando, en Europa o en el continente Latinoamericano o en otra parte. Para cada instituto es necesario llevar a cabo una investigación analítica, con la finalidad de alcanzar un conocimiento satisfactorio de los puntos de vista de los juristas indianos que se han desenvuelto en aquel universo de convicciones y de orientaciones en los cuales el término "favor" era principio y fin.

* * *

Para realizar la obra parece oportuno una coordinación que establezca un responsable. El responsable de la dirección y coordinación, asimismo autor del presente proyecto, es el suscrito (Universidad de Catania, Italia). Es corresponsable Emma Montanos Ferrín (Universidad de La Coruña, España) El autor del proyecto invita desde ahora a cuantos quieran colaborar a proponer sus sugerencias y eventualmente a manifestar su disponibilidad para participar en la realización.

A modo de orientación se puede anunciar, de momento, que algunos temas tocantes predominantemente al "favor auctoritatis" serán tratados por Mario Montorzi (Universidad de Pisa), el tema del "favor maioris aetatis" principalmente por Emma Montanos Ferrín [ya ha visto el primer fruto en E. Montanos Ferrín, "El sistema de ius commune en la literatura jurídica indiana. El mayorazgo en la obra de Matienzo" vid. *supra* not. 4, publicado también en las *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II *Actas y Estudios* (San Juan de Puerto Rico, 2003) 381-391], el tema del "favor testamenti" por Manlio Bellomo, el tema del "favor matrimonii", con algunas de las conexas implicaciones y perspectivas por Orazio Condorelli (Universidad de Catania), el tema del *favor consanguinitatis* por Emma Montanos Ferrín (ha visto el primer fruto en "El sistema del "ius commune" en la literatura jurídica indiana. La *datio in solutum* y el derecho de retracto en la obra de Juan de Matienzo", en las *Actas*

⁷ He seguido estos dos órdenes de ideas y he ofrecido una documentación puntual sobre esto en un ensayo al cual me permito remitir: BELLOMO, M. La "Carta de Logu" di Arborea del sistema del diritto comune del tardo Trecento. En: Rivista Internazionale di Diritto Comune n° 5. Roma, 1994, pp. 7-21, ahora también en BELLOMO, M. Medioevo edito e inedito. II. Scienza del diritto e società medievale. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, I Libri di Erice 20, Roma, 1997, pp. 149-164.

⁸ AZZONE, *Summa Institutionum*, Proemio, nr.1 (Venteésis 1584) col.1043: "(...) habet quelibet scientia principia et radices super quibus regulariter constituitur fundamentum (...)". Es un pensamiento derivado de Cicerón por mediación de Boezio.

del XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, celebrado en Lima durante los días 22 – 27 de septiembre del 2003 (en prensa); el *favor obedientiae* por Manlio Bellomo (ha visto el primer fruto en *Más allá de la obligación contractual en Juan de*

Solórzano y Pereyra, vid. *supra* not. 4). Toda comunicación relativa al proyecto debe dirigirse a Manlio Bellomo, Facoltà di Giurisprudenza, Via Gallo 24, I – 95124 Catania (Italia), y al siguiente correo electrónico: mbellomo@lex.unict.it.