

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

---

REVISTA  
DEL  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO  
RICARDO LEVENE

Número 18

---

**Primera reunión de Historiadores del Derecho Indiano**

*Presentación:* ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano*; JUAN MANZANO MANZANO, *Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano*; JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *La historia del derecho mercantil español y el derecho indiano*; ANTONIO MUÑOZ OREJÓN, *Legislación general de Felipe V para las Indias*; MARTHA NORMA OLIVEROS, *La construcción jurídica del régimen tutelar del indio*; ROBERTO I. PEÑA, *La aplicación del derecho castellano indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810 a 1820)*; DEMETRIO RAMOS, *Las ciudades de Indias y su asiento en Cortes de Castilla*.

**Informes.** La enseñanza de la historia del Derecho Indiano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires; Fuentes inéditas para el estudio del Derecho Indiano conservadas en la Ciudad y Provincia de Buenos Aires, por JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO; La enseñanza del Derecho Indiano en la Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", por SAMUEL W. MEDRANO; Informe sobre la enseñanza e investigación del Derecho Indiano en la Universidad del Salvador (Buenos Aires), por JORGE E. PIÑERO; Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investigación de la Historia del Derecho Argentino, por ROBERTO I. PEÑA; La enseñanza de la historia jurídica indiana en la Universidad de Chile, por ALAMIRO DE AVILA MARTEL; Fuentes documentales para el estudio del Derecho Indiano en Chile, por ALAMIRO DE AVILA MARTEL y MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTERO; El Seminario de Historia y Filosofía del Derecho y el Derecho Indiano, por MANUEL SALVAT MONGUILLOT; La enseñanza y la investigación de la Historia del Derecho Indiano en la Universidad Católica de Chile, por JAIME EYZAGUIRRE; La enseñanza y fuentes del Derecho Indiano en el Uruguay, por EDMUNDO M. NARANCO.

**Actas de la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano.**

*Crónica.* Director Interino. Profesores de Historia del Derecho Argentino. Personal. Conferencias. Cursos. Ayudante de Cátedra. Tesis. Beca. Jornadas de Historia del Derecho Argentino. Curso de Historia del Derecho Indiano.

*Noticias.* Premio Ricardo Levene. Congreso Internacional sobre escalas marítimas. Curso sobre Derecho Indiano en Rosario.

---

BUENOS AIRES

Imprenta de la Universidad

1967



**Bibliografía.** CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Estudios sobre las instituciones medievales españolas* (Julio César Guillamondegui); DARDO PÉREZ GUILHOU, *Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán* (Eduardo Martíre); ELEAZAR CORDOVA-BELLO, *Compañías holandesas de navegación* (Humberto A. Mandelli); RICARDO ZORRQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino* (José M. Mariluz Urquijo); ROLANDO MELLAFÉ, *La esclavitud en Hispanoamérica* (Juan Carlos Balerdi); JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda en el derecho español: I. La comenda-depósito* (E.M.); GUILLERMO LOHMANN VILLENNA, *Juan de Matienzo, autor del "Gobierno del Perú" (su personalidad y su obra)* (E.M.); HUMBERTO BELLO LOZANO, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas* (Victor Tau Anzoátegui); GERMÁN O. E. TJARKS, *Las elecciones salteñas de 1876. (Un estudio del fraude electoral)* (Isidoro J. Ruiz Moreno); FRANCISCO DOMÍNGUEZ COMPAÑY, *El procurador del municipio colonial hispanoamericano* (J. C. G.); MARCELO URBANO SALERNO, *Las Bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi* (Alicia Rosa Demetrio); JOHN V. LOMBARDI, *Los esclavos en la legislación republicana de Venezuela* (J. C. G.); VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La Junta*

*Protectora de la Libertad de Imprenta en Buenos Aires* (H.A.M.); GUILLERMO PORRAS MUÑOZ, *Iglesia y Estado en Nueva Viscaya (1562-1821)* (R. Z. B.); GISELA MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La intendencia en España y en América* (R.Z.B.); MARIO GUILLERMO SARAVÍ, *El Tratado de San Miguel de las Lagunas y la política de Pedro Molina* (Américo A. Cofrejo); MANUEL NUNES DÍAS, *Fomento ultramarino y mercantilismo: la Compañía de Grao-Pará y Maranao (1755-1778)* (H.A.M.); HUMBERTO S. VIDAL, *La legislación sobre delitos y penas en la provincia de Córdoba desde 1810 hasta la sanción del código penal local en 1882 e Investigación histórica acerca de las contravenciones a leyes especiales en la provincia de Córdoba* (V.T.A.); JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI, *La cárcel para deudores mercantiles en Buenos Aires (1822-1872)* (E.M.); ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (VENEZUELA), *Los abogados de la Colonia* (J.C.G.); DEMETRIO RAMOS, *El peruano Morales, ejemplo de la complejidad americana de tradición y reforma en las Cortes de Cádiz* (E.M.); GONZALO VIAL CORREA, *Teoría y práctica de la igualdad en Indias* (V.T.A.); NELLY R. PORRO, *Concesiones regias en la institución de mayorazgo* (J.M.M.U.)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

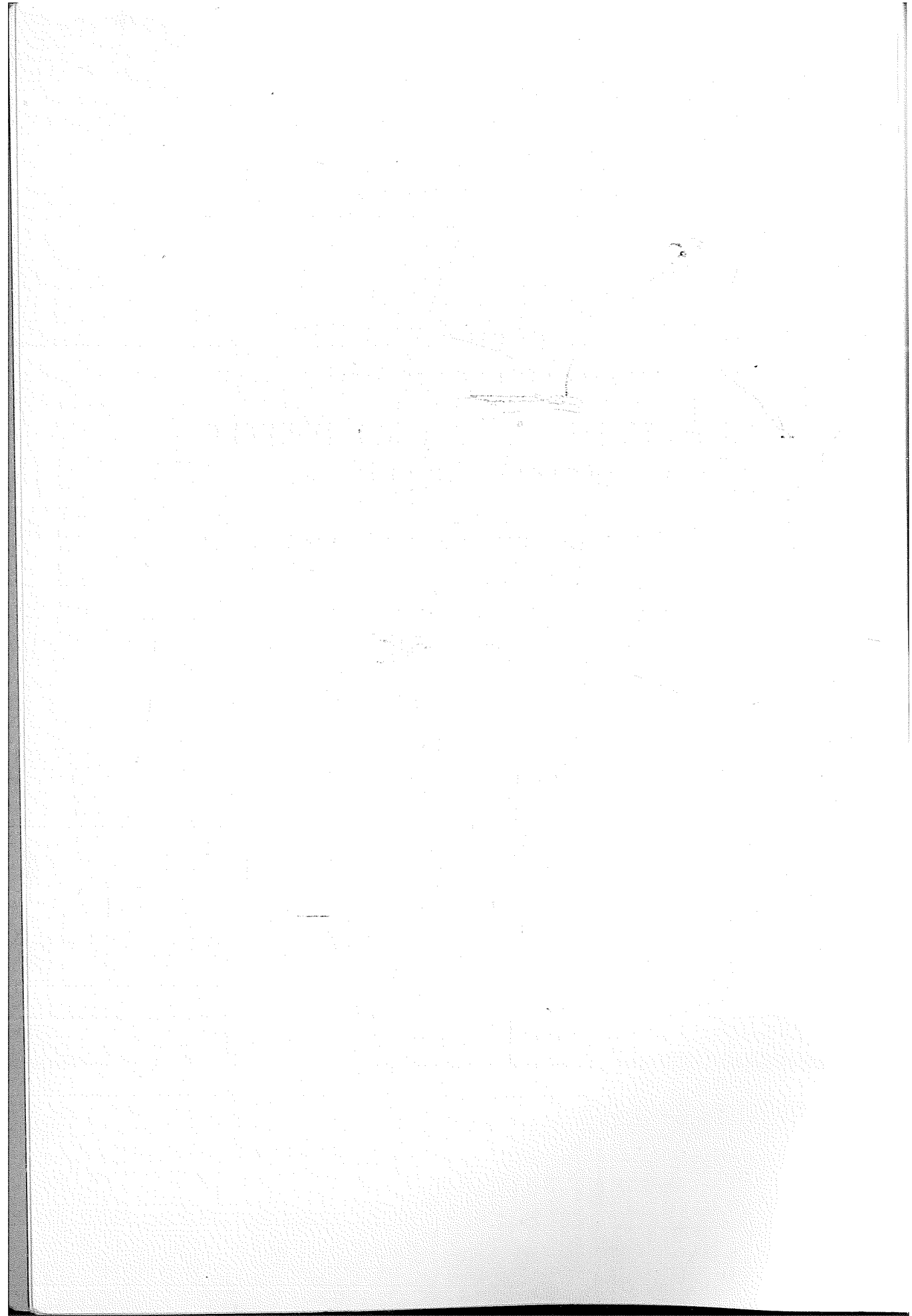
---

REVISTA  
DEL  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO  
RICARDO LEVENE

Número 18

BUENOS AIRES  
Imprenta de la Universidad

1967





**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**RECTOR**

**Dr. LUIS BOTET**



**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**

**DECANO**

**Dr. ROBERTO A. DURRIEU**

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

DIRECTOR

Dr. Ricardo Zorraquín Becú

DIRECTOR INTERINO

Dr. SAMUEL W. MEDRANO

JEFE DE INVESTIGACIONES

Dr. Víctor Tau Anzoátegui

JEFE DE CURSOS Y PUBLICACIONES

Dr. Eduardo Martíre

JEFE DE DEPARTAMENTO

Oswaldo Vinitzky

AYUDANTES DE DOCENCIA

Alicia Rosa Demetrio

María Beatriz Cassoulet

JEFE DE SECCIÓN

Roberto Jorge De Salvo



## PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO RICARDO LEVENE

### COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsímil). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial*, reedición facsímil (1834). Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsímil). Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1949.
- IX. MANUEL J. QUIROGA DE LA ROSA, *Sobre la naturaleza filosófica del Derecho (1837)*, reedición facsímil. Noticia preliminar de Ricardo Levene, Editorial Perrot, 1956.
- X. BARTOLOMÉ MITRE, *Profesión de fe y otros escritos publicados en "Los Debates" de 1852*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1956.

### COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.

- V. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte, 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, 1954.
- VI. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización política argentina en el período hispánico*, 2ª edición, Editorial Perrot, 1962.
- VII. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Formación del Estado Federal Argentino (1820-1852). La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*. Editorial Perrot, 1965.
- VIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Editorial Perrot, 1966.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL  
DERECHO PATRIO EN LAS PROVINCIAS

- I. ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica*. Advertencia de Ricardo Levene, 1947.
- II. MANUEL LIZONDO BORDA, *Nuestro derecho patrio en la legislación de Tucumán, 1810-1870*, Editorial Perrot, 1956.
- III. TEÓFILO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El derecho privado patrio en la legislación de Jujuy*, 1958.
- IV. ARTURO BUSTOS NAVARRO, *El derecho patrio en Santiago del Estero*, 1962.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

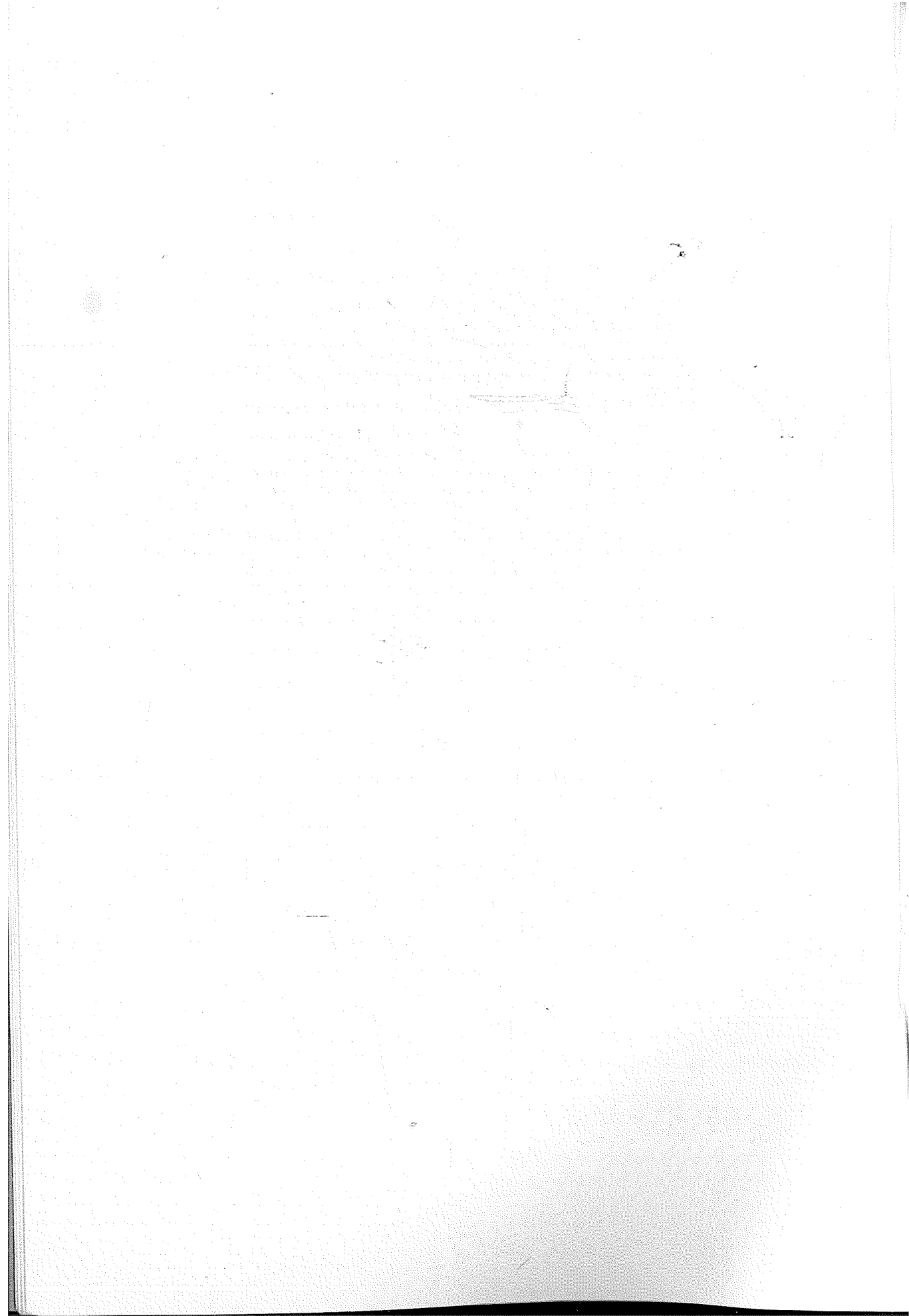
- RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al Derecho*, 1941.
- JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare. Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.
- GUILLERMO J. CAÑO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- JUAN SILVA RUESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.
- RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.
- RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
- ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.



- SIGFRIDO RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
- FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sar- miento*, 1947.
- RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la do- minación española*, 1947.
- SIGFRIDO RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argen- tino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
- VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas, durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
- RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
- RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana" de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.
- VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.
- JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
- RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.
- ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.
- RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del Derecho patrio en la Argen- tina*, 1949.
- ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Panorama de la historiografía jurí- dica chilena*, 1949.
- ARMANDO BRAUN MENÉNDEZ, *José Gabriel Ocampo y el Código de Comercio de Chile*, 1951.
- RICARDO LEVENE, *Contribución a la historia del Tribunal de Re- cursos Extraordinarios*, 1952.

REVISTA DEL INSTITUTO

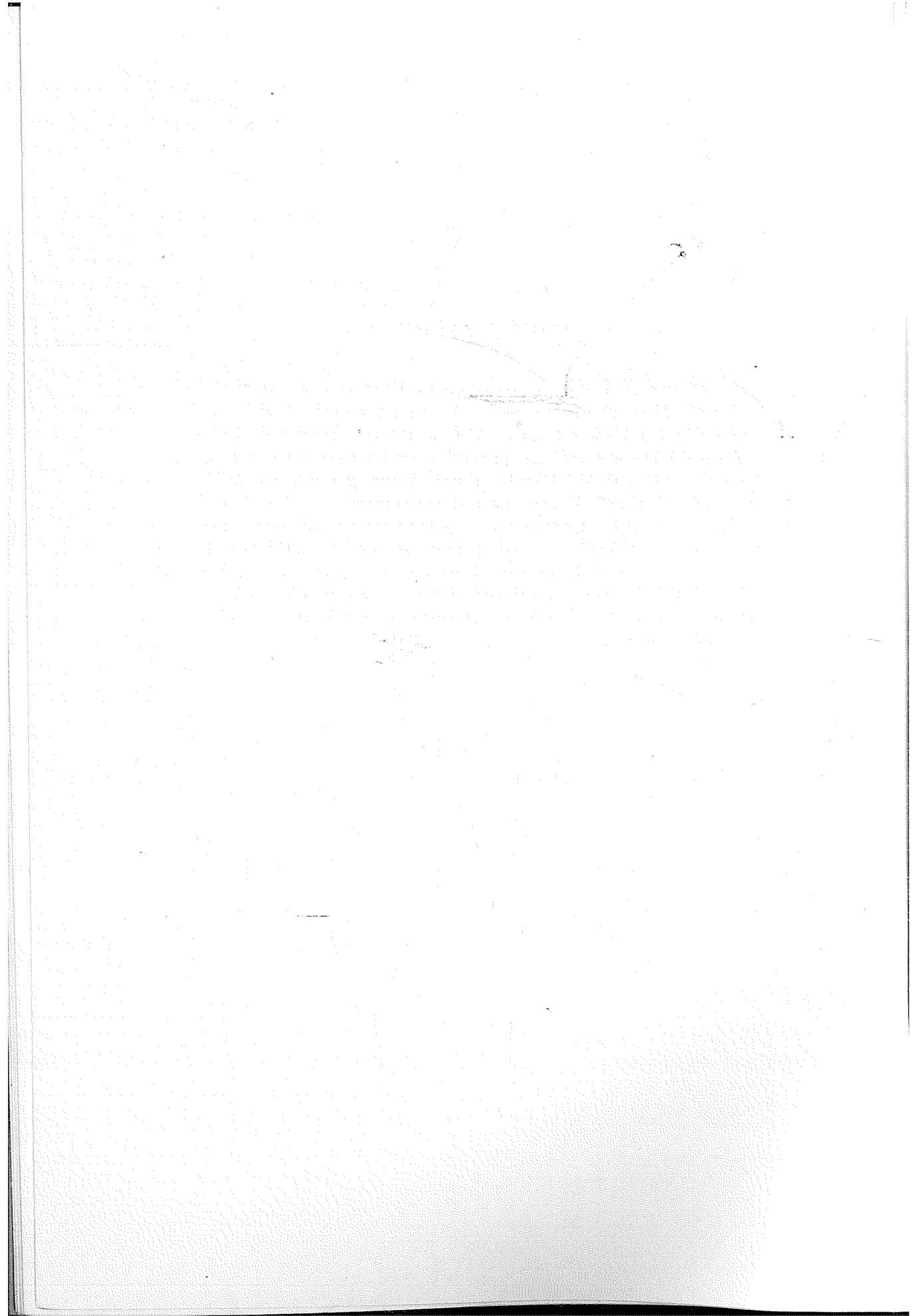
- Número 1, Año 1949 (133 páginas). *Agotado*.
- Número 2, Año 1950 (241 páginas). *Agotado*.
- Número 3, Año 1951 (222 páginas). *Agotado*.
- Número 4, Año 1952 (250 páginas). *Agotado*.
- Número 5, Año 1953 (286 páginas). *Agotado*.
- Número 6, Año 1954 (192 páginas). *Agotado*.
- Número 7, Años 1955-56 (192 páginas). *Agotado*.
- Número 8, Año 1957 (316 páginas). *Agotado*.
- Número 9, Año 1958 (172 páginas).
- Número 10, Año 1959. Homenaje al doctor Ricardo Levene (238 páginas).
- Número 11, Año 1960. Homenaje a la Revolución de Mayo (238 páginas).
- Número 12, Año 1961 (224 páginas).
- Número 13, Año 1962 (226 páginas).
- Número 14, Año 1963 (206 páginas).
- Número 15, Año 1964 (243 páginas).
- Número 16, Año 1965 (259 páginas).
- Número 17, Año 1966. Homenaje al Congreso de Tucumán (340 páginas).
- Número 18, Año 1967 (276 páginas).





## PRESENTACION

Conforme con lo anunciado en nuestro número anterior se efectuó en Buenos Aires, en esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, entre los días 6 y 11 de octubre de 1966, la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, promovida conjuntamente por nuestro Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene y por la Fundación Internacional Ricardo Levene. La presente entrega de la *Revista* está dedicada en su mayor parte a reunir la documentación de esta importante asamblea científica. De esta manera, las secciones habituales de la *Revista* correspondientes a *Investigaciones, Notas y Documentos*, han sido reemplazadas por esta vez para dar así ubicación a los trabajos, informes y actas de la mencionada Reunión. Se mantienen, en cambio, las demás secciones.



# PROBLEMAS METODOLOGICOS DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Por ALFONSO GARCÍA-GALLO

SUMARIO: I. LOS ESTUDIOS DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO Y LA HISTORIA DEL DERECHO: 1. El ahistoricismo de los juristas. 2. La seudohistoria jurídica. 3. Historia del Derecho e Historia de las instituciones. 4. La concepción jurídico-dogmática de la historia del Derecho. 5. La Historia de las instituciones y de los hechos sociales. 6. La Historia jurídica institucional. II. LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DERECHO INDIANO: A) *El Derecho castellano y el indiano*. 7. Cuestiones de terminología. 8. El desconocimiento del Derecho castellano. 9. El estudio exclusivo de la legislación de Indias. 10. La necesidad de coordinar el Derecho castellano con el indiano. 11. Los modos de hacerlo. 12. Las fuentes del Derecho castellano vigentes en Indias: los Fueros. 13. Leyes reales y Partidas. B) *El Derecho indiano general y el especial*. 14. Cuestiones de terminología y de planteamiento. 15. El españolismo de las leyes reales indianas y el americanismo del Derecho criollo. 16. El Derecho general y el provincial. 17. El Derecho indígena. C) *El sistema de fuentes del Derecho indiano*. 18. Interés de la cuestión. 19. La realidad jurídica indiana y el "desprecio de la ley". 20. Las situaciones y los actos antijurídicos. 21. El desconocimiento de la ley. 22. Leyes "muertas", modificadas, programáticas y perjudiciales. 23. La ley aplicada y la costumbre. 24. La literatura jurídica. III. EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO: 25. Un plan de desarrollo. A) *Las tareas urgentes*. 26. Inventario y edición de fuentes. 27. Bibliografía de Historia del Derecho indiano. 28. El estudio de las instituciones. B) *La organización de los estudios*. 29. La enseñanza de la Historia del Derecho indiano. 30. Guía de historiadores del Derecho Indiano. 31. El órgano coordinador. 32. El "Programa de Historia del Derecho indiano". 33. El acceso a las fuentes inéditas o impresos raros.

Esta primera Reunión internacional de historiadores del Derecho indiano, con la que ya hace veinte años soñaba Ricardo Levene y que ahora se celebra en el Instituto que él fundó, nos brinda una ocasión magnífica, a la par que para rendir homenaje al maestro de todos, para, siguiendo lo que hubiera sido su deseo, discurrir juntos sobre los problemas de la ciencia en que todos nos ocupamos. Considero un acierto de los organizadores de esta Reunión haber centrado las tareas de la misma sobre los problemas metodológicos.

Se ha dicho y repetido que de igual manera que el hombre sano no se preocupa de su salud, tampoco la ciencia sana se preocupa de

los problemas de concepto, contenido y método. Si esto fuera cierto, pocas ciencias se hallarían tan en su plenitud como la Historia del Derecho indiano, sobre la que son contadas, al menos las que yo conozco, las publicaciones de este tipo<sup>1</sup>. Desgraciadamente, las cosas no son así. Es evidente que en los últimos años se ha progresado de un modo notable. Pero también lo es que nuestra disciplina, que ya en el siglo XVI comienza a esbozarse, que hacia 1675 tiene su primera *Historia jurídica* escrita por el Márques del Risco, y que desde 1876 empieza a enseñarse en alguna Universidad americana,<sup>2</sup> se halla todavía en un estado de inmadurez, que después de lo dicho no puede atribuirse a su juventud. Creo que el atraso en que se encuentra se debe más que a falta de cultivadores, a la desorientación que ha reinado entre los que se ocupan de ella. Por ello, como he indicado, estimo del mayor interés plantear en esta Reunión los problemas metodológicos de nuestra ciencia.

He hablado de "problemas" y no de simples "cuestiones" metodológicas, porque creo que estas cuestiones tienen tal importancia, y muchas de ellas son tan discutidas, que convierten en problemático no sólo el planteamiento de nuestra disciplina sino también los resultados que puedan conseguirse de seguir una u otra dirección.

No son pocos los que hoy, superadas viejas orientaciones y métodos, se alinean en la posición que yo estimo correcta. Pero no son

<sup>1</sup> Puedo recordar aquí, aparte las breves páginas que en los manuales de nuestra disciplina se dedican a explicar qué es la Historia del Derecho y cuáles son sus métodos, los siguientes estudios: E. MARTÍNEZ PAZ, *Dogmática e Historia del Derecho*, en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *II Congreso internacional de Historia de América reunido en Buenos Aires en los días 5 a 14 de julio de 1937*, III Buenos Aires, 1938, 55-59. A. CHÁNETON, *Temas de Historia jurídica*, y *Programa para un Instituto Argentino de Historia del Derecho*, en *Anuario de la Sociedad de Historia Argentina*, 1, 1940, 559-67 y 568-78, respectivamente. R. SMITH, *Aportaciones al estudio de la Historia del Derecho en Argentina*, Córdoba 1942, donde reúne diversos escritos publicados en los años anteriores. R. ALTAMIRA, *Técnica de investigación en la Historia del Derecho indiano*, Méjico, 1939, luego refundida y ampliada como *Manual de investigación de la Historia del Derecho indiano*, Méjico, 1948. A. GARCÍA-GALLO, *Panorama actual de los estudios de Historia del Derecho indiano*, en *Revista de la Universidad de Madrid*, 1, 1952, 41-64, y *El desarrollo de la historiografía jurídica indiana*, en *Revista de Estudios Políticos*, 70, 1953, 163-85. A. DE ÁVILA MARTEL, *La Storia del Diritto nell'America spagnuola*, en *Annali di Storia del Diritto*, 1, 1957, 153-67. C. A. ROCA, *Sobre el concepto de Historia del Derecho*, en *Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay*, 49, 1963. Ni en los manuales de Historia del Derecho indiano o de cualquier país americano, ni en las reseñas bibliográficas de la *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de Buenos Aires, desde 1949, he encontrado otras referencias.

<sup>2</sup> Véase GARCÍA-GALLO, *El desarrollo de la historiografía jurídica indiana*, citado en la nota anterior.



tampoco escasos los que, por unas u otras causas, se mantienen en aquellas viejas orientaciones y métodos. Esta es ocasión inigualable para contrastar posiciones y llevar a cabo entre todos, sin acrimonia, una crítica constructiva que contribuya al mejoramiento de nuestros estudios.

#### I. — LOS ESTUDIOS DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO Y LA HISTORIA DEL DERECHO

1. Los estudios de Historia del Derecho tropiezan todavía hoy en América con el desinterés que hacia ellos se muestra en muchas partes. Este desinterés por el pasado jurídico contrasta con la enorme curiosidad que en todo el Continente se siente por la Historia en general. A ello, sin duda, contribuyó la actitud de algunas generaciones que a raíz de la consumación de la independencia americana quisieron romper con el pasado de la "colonia" y crearse un nuevo Derecho; en estas circunstancias ninguna curiosidad podía sentirse por el Derecho indiano. A lo sumo, de éste podían interesar tan sólo las normas que habían creado la propiedad, y alguna otra aislada. Lo demás era pura erudición o cultura de historiadores, sin interés directo para el jurista. No puede, pues, extrañar que todavía hoy en no pocas Universidades, bajo una orientación esencialmente técnica o profesional de la formación del jurista, no se enseñe Historia del Derecho. La resolución tercera del Congreso Internacional de Juristas reunido en Lima en 1952, de "sugerir a las Facultades de Jurisprudencia de la América Hispana, que no los tuvieren, la creación de Institutos o Centros de investigación, y cátedras especiales de Historia del Derecho";<sup>3</sup> no parece que haya logrado suficientes resultados. La Historia del Derecho continúa sin incluirse en el plan de estudios de muchas Facultades de Derecho, algunas de ellas ciertamente prestigiosas por muchos conceptos. En estas circunstancias, resulta casi imposible que alguien se interese por esta disciplina, y que de hacerlo consiga formarse debidamente. Los juristas pueden interesarse, y de hecho se interesan, por la Historia; pero no por la del Derecho.

2. En algunas Universidades donde la Historia del Derecho aparece incluida en el plan de estudios de la Facultad de Derecho, aparece enfocada de tal manera que, sin exageración, puede decirse que lo

<sup>3</sup> Véanse las resoluciones del Congreso en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho* Buenos Aires, 7, 1955-1956, 136-37.

que allí se estudia es pseudohistoria del Derecho. Hasta hace no muchos años como historia jurídica se explicaba en algunas Universidades una evolución de tipo sociológico según las directrices de la vieja y ya superada sociología decimonónica; esto parece haber desaparecido. Pero todavía hoy en algunas Universidades se explica una Historia general o universal del Derecho, en la que partiendo de la prehistoria y a través de la China, la India, Egipto, Asiria, Israel, Grecia y Roma se llega a nuestros días. Si hace un siglo el libro de Ahrens gozaba de algún crédito, hoy resulta totalmente rechazable y ha de estimarse desorientadora su difusión<sup>4</sup>. No cabe negar que la Historia universal del Derecho puede tener indudable interés; pero científicamente tratada. Y ésto, actualmente es imposible, porque no existen síntesis serias de la misma<sup>5</sup>, y es difícil para cualquiera manejar la especializada bibliografía que, cuando existe, es necesario utilizar para ello, y no menos difícil trazar un esquema coherente de tan complejo desarrollo. En estas circunstancias todo intento de explicar la Historia general o universal del Derecho no sólo está condenado al fracaso, sino, lo que es peor, a desacreditar por mucho tiempo a la Historia del Derecho.<sup>6</sup> Esta, en el momento presente, sólo puede estudiarse en un ámbito nacional o cultural. Y hacia éste sería de desear que se orientaran todas las cátedras de Historia del Derecho.

3. Es obvio que la historia jurídica debe estudiar la evolución del Derecho en el pasado, y en este sentido desde hace largo tiempo los historiadores del Derecho en Europa vienen esforzándose por aislar lo jurídico de lo que no lo es, para ocuparse sólo de aquello y tratarlo con técnica jurídica. Esta preocupación no ha llegado hasta fechas muy recientes a los historiadores del Derecho indiano,<sup>7</sup> y aun-

<sup>4</sup> Sin embargo, no hace mucho la *Historia del Derecho* de E. AHRENS traduc. por F. GINER y A. G. DE LINARES se ha reimpresso en Buenos Aires, 1945.

<sup>5</sup> Además del libro de Ahrens citado en la nota anterior, pueden recordarse —aunque no recomendarse— algunos otros: J. KOHLER, *Filosofía del Derecho e Historia universal del Derecho*, trad. de J. CASTILLEJO, Madrid, 1910. H. DECUGIS, *Les étapes du Droit des origines o nos jours* 2, París, 1946, 2 vols. A. S. DIAMOND, *L'évolution de la loi et de l'ordre, Les sauvages, les barbares, la civilisation primitive, l'age moderne*, trad. de J. DAVID, París, 1954. W. SEAGLE, *The quest for Law*, Nueva York, 1941; trad. al alemán con el título de *Weltgeschichte des Rechts* por H. THIELE-FREDERSDORF, Munich-Baden, 1951. R. DEKKERS, *El Derecho privado de los pueblos*, trad. F. J. OSET, Madrid, 1957.

<sup>6</sup> En este mismo sentido, ÁVILA MARTEL, *La Storia del Diritto*, (citado en la nota 1), 155 y 156.

<sup>7</sup> En GARCÍA-GALLO, *Panorama* (citado en la nota 1), 49-51 se destaca el predominio de esta concepción hace unos veinte años, y cómo ella inspira la obra de Levene y otros historiadores americanos.

que se ha abierto paso entre algunos de ellos, todavía entre los más la historia jurídica aparece entremezclada y confundida con la política, la social y la económica, cuando menos. Y en consecuencia, que tratando de caracterizar los fines y métodos de la Historia del Derecho americano, sobre la que ellos trabajan de la manera indicada, al compararla con la de los autores europeos, lleguen a la conclusión de que "las doctrinas y los métodos de acuerdo con los cuales se estudia la historia del Derecho en Europa, no sirven para explicar nuestra propia evolución"<sup>8</sup>. Y en efecto, cuando se maneja sobre algún tema de Derecho indiano la bibliografía existente, en muchos casos copiosa y aún valiosa, se observa que, después de utilizada quedan sin respuesta la mayor parte de las cuestiones que un historiador-jurista puede plantearse. La explicación de esto, para mí, es muy sencilla: esa bibliografía no es histórico-jurídica, aunque se ocupe de virreyes, audiencias, municipios, condición de los indios, régimen de tierras, familia, etc.

El Derecho indiano —como todo Derecho— es una ordenación de la vida social; pero en ningún caso es esta misma, ni puede confundirse con ella. La vida social es compleja: en ella coexiste y se entrecruza lo religioso, lo cultural, lo político, lo social, lo económico, etc. En ella se dan situaciones o relaciones de toda índole, que cuando son básicas o fundamentales se denominan *instituciones*: así, v. gr., el Estado, el Municipio, la familia o la propiedad. En cada una de ellas, en mayor o menor medida, a veces de modo predominante, se encuentra en juego lo religioso, lo moral, lo político, lo económico, etc. Tal es el caso, p. ej., de la familia, en la que si importante es el aspecto personal en lo que afecta a los cónyuges y a los hijos, no lo es menos el religioso y moral, o incluso el económico o político. El Derecho constituye tan sólo una ordenación de las instituciones; no es la ordenación misma, ni tampoco algo superficial que se superpone a ellas para regularlas, puesto que esta regulación puede afectar a la esencia misma de la institución. El Derecho es un elemento integrante de la institución, pero no la institución; por ello resulta a veces difícil distinguir en ésta lo jurídico de lo que no lo es. De la misma manera que el sistema nervioso es parte integrante del cuerpo humano que irradia por todos sus órganos sin confundirse con ellos. No cabe

<sup>8</sup> La frase es de CHÁNERON, *Temas de Historia jurídica*, (cit. nota 1) 561, pero la idea está generalizada y se la he oído expresar a otros historiadores americanos.

duda, siguiendo con este paralelo, que lo que al hombre interesa es la integridad y perfecto funcionamiento del cuerpo, y no el de uno de sus elementos. Lo cual no es óbice para que el sistema nervioso se estudie aisladamente en su conjunto.

Las instituciones constituyen los núcleos fundamentales de la vida social, y se comprende perfectamente que sean ellas, con toda su complejidad, las que ante todo atraigan la atención. Pero esta misma complejidad exige la especialización en su estudio. Y esta especialización es la que los historiadores europeos del Derecho han defendido resueltamente. Al decir que la Historia del Derecho tiene que ser estudiada jurídicamente, o "purificada", lo que han querido decir es que la Historia del Derecho sólo debe ocuparse del aspecto jurídico de las instituciones y estudiar éste con método jurídico. En la medida en que los historiadores hispanoamericanos del Derecho se ocupaban de los diferentes aspectos de las instituciones —independientemente de la profundidad o superficialidad con que lo hicieran— y los europeos sólo del aspecto jurídico, la Historia del Derecho indiano se ha diferenciado, hasta ahora, en sus orientaciones y métodos de la Historia del Derecho europeo. El interés dominante por el hecho social más que por la norma jurídica explica algunas preocupaciones características de los historiadores hispanoamericanos del Derecho, incluso de aquellos que conciben jurídicamente la Historia del Derecho. Así, su preocupación por la aplicación del Derecho más que por la norma, por el Derecho vivido o consuetudinario más que por la ley (sobre esto, ver núms. 18-24).

4. Lo que los historiadores europeos del Derecho han hecho no ha sido otra cosa que concebir y estudiar el Derecho como lo hacen el legislador o el jurista. La ley regula el matrimonio, pero no se preocupa de por qué la gente se casa, ni de si al hacerlo encauzará su vida moral o vivirá feliz, ni de si la nueva familia vivirá con estrecheces económicas o logrará reunir un patrimonio considerable. Cuando el jurista estudia la regulación jurídica de las sociedades anónimas no se ocupa de si las mismas logran o no suficientes beneficios, si fomentará el ahorro o la codicia, etc. Todos estos aspectos, incluso si se quiere más importantes para el hombre y la sociedad que los propiamente jurídicos, son estudiados por el sociólogo, el economista o el moralista.

Naturalmente, ni el jurista ni el historiador del Derecho pueden ser especialistas asépticos desentendidos de todo lo que no es jurí-



dico; sin duda alguna, tienen que conocer las instituciones que estudian. Pero su trabajo propio debe realizarse sobre el Derecho.

El triunfo de la consideración jurídica de la Historia del Derecho tuvo como consecuencia la aplicación del método positivo dogmático, entonces dominante, al estudio de los viejos ordenamientos del pasado. La reconstrucción de cada sistema jurídico en sí mismo, a veces convertido en una abstracción desconectada de la vida real de la época, constituyó el objetivo de la tarea investigadora en Europa. La fecha reciente en que esta concepción historiográfica penetró en América, y la escasa medida en que se ha difundido, hacen que la bibliografía del Derecho indiano en su conjunto, también en esto difiera de la europea.

5. Desde hace unos años en la historiografía jurídica europea se va abriendo paso, siempre dentro de una concepción esencialmente jurídica de nuestra disciplina, una marcada reacción contra el método dogmático que reduce el Derecho a sistemas, y un interés mayor por las realidades de la vida que aquel regula.<sup>9</sup> De acuerdo con ello, los cursos de "Historia del Derecho francés" se convierten en otros de "Historia de las instituciones y de los hechos sociales" en el plan de estudios de las Facultades de Derecho francesas<sup>10</sup>. Este hecho ha

<sup>9</sup> K. S. BADER, *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers*, Tubinga, 1951, 17, destaca la aproximación que se opera de la Historia del Derecho y otras disciplinas jurídicas a la Sociología, el menor interés que se concede a la dogmática jurídica, la nueva misión de la teoría jurídica de "acercar a los juristas a las realidades de la vida y enseñarles a concebir el Derecho como función social" y concretamente para los historiadores del Derecho, que en vez de limitarse a elaborar y enseñar conceptos e instituciones históricas, cuiden de destacar los vínculos del Derecho con la vida, y no solamente con esta cómo "debe ser", sino también como "es". Tres prestigiosos profesores de la Universidad de París, los tres historiadores del Derecho, pero que cultivan campos distintos, se manifiestan en un sentido análogo. Entre sus publicaciones, a título de muestra, pueden recordarse: H. LEVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du Droit*, París, 1955; G. LE BRAS, *Histoire du Droit et des institutions de l'Eglise en Occidente, I. Prolegomenes*, París, 1955; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, París, 1963. Expresando el pensamiento de F. CALASSO y el suyo propio, B. PARADISSI, *Considerazioni attuali sulla storiografia giuridica*, en *Annali di Storia del Diritto*, 1, 1957, 49, subraya que los historiadores van comprendiendo que "el Derecho no es sólo norma, sino también, y acaso sobre todo, situación jurídica, Derecho que actúa sobre sí mismo identificándose en determinadas sociedades organizadas. Y la teoría [jurídica], a su vez, ha puesto de relieve la existencia del Derecho como organización y como institución". Y concluye: "El Derecho viene a ser, pues, un aspecto de la realidad. Y la Historia jurídica no es otra cosa, en definitiva, que una situación histórica analizable a través del Derecho". Véase también, de este mismo autor, *Le dogme et l'Histoire vis-a-vis de l'historiographie juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1959, 23-31. El mero título de la reciente obra de ALAN HARDING, *A social History of english Law*, Londres 1966, es ya bastante significativo.

<sup>10</sup> Para el plan de estudios anterior, véase R. BESNIER, *La enseñanza de*

sido recogido,<sup>11</sup> pero no valorada su trascendencia<sup>12</sup>, no obstante que la nueva orientación, al menos en opinión de alguno, aproxima la nueva enseñanza de la Facultad de Derecho francesa a lo que había sido en América.

“En tanto Historia —dice Ellul—, la Historia de las instituciones difiere de la Historia del Derecho en dos puntos de vista: de una parte, su fin es describir la evolución de las reglas y de las estructuras jurídicas en relación con el contexto económico y social; de otra parte, considera los fenómenos jurídicos bastante más en su esencia y su realidad profunda que en su manifestación técnica. El detalle de las reglamentaciones sobre una cuestión dada, no cabe en ella. En el Derecho, en efecto, hay una realidad que expresa un estado determinado de la sociedad, y ciertas formas más o menos contingentes, incidentes, cuya reglamentación contribuye sin duda a dar la imagen del Derecho en un momento, pero que no son forzosamente la expresión de fuerzas o de estructuras económicas, políticas, etc... El Derecho no puede ser considerado en una Historia de las instituciones como una realidad en sí, que evoluciona por razones propias, y estudiado desde un punto de vista intrínseco”.<sup>13</sup> La Historia del Derecho corre el riesgo de verse desvirtuada al reducirse lo jurídico a un aspecto de la evolución institucional.<sup>14</sup>

Pero una cosa es que el Derecho se estudie como un sistema dogmático desconectado de la realidad que regula, y otra que pase a ser objeto de una consideración más o menos secundaria. Interpretándola a su manera de jurista, el profesor francés Lepointe consideraba que “la reforma de nuestros estudios de la Licenciatura de Derecho manifiesta ante todo para los historiadores el cuidado de estar menos estrechamente ligados a no construir sus enseñanzas sino sobre las reglas de Derecho formuladas positivamente en los textos legislativos;

*la Historia del Derecho en la Universidad de París, en Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 7, 1955-1956, 123-24. En 1954 se establece un nuevo plan, que con las modificaciones realizadas en 1961, es el vigente. Sobre éste, R. ZORRAQUÍN, BECÚ, *La enseñanza de la Historia del Derecho en Francia*, en la misma *Revista*, 12, 1961, 203-5.

<sup>11</sup> Véase el artículo de ZORRAQUÍN BECÚ, citado en la nota anterior.

<sup>12</sup> Aparte el cambio de disciplinas, la creación de algunas y su nueva distribución, la reforma de estudios de 1954 supone sobre todo conectar el Derecho con la realidad social.

<sup>13</sup> J. ELLUL, *Histoire des institutions*, I, París 1955, V-VI (en “Themis” *Manuels juridiques, économiques et politiques*).

<sup>14</sup> En el plan francés, sin embargo, aparte los cursos generales de Historia de las instituciones, se incluyen otros de Derecho romano y antiguo Derecho francés sobre materias de Derecho privado, donde el riesgo apuntado en el texto ya no existe.

se les pide a la vez que dominar sus fuentes directas y positivas, asomarse a la realidad más sutil y más matizada, como la vida misma, que el texto rígido no permite percibir". Para él esto no es una novedad porque ya los grandes maestros franceses de la Historia del Derecho se habían ocupado de la costumbre y de la práctica jurídicas y de las relaciones del Derecho con las creencias religiosas, morales y políticas o con la vida económica<sup>15</sup>. Otros profesores han continuado profesando sus enseñanzas a la manera tradicional, resistiéndose a lo que al parecer pretendía la reforma francesa con indudable perjuicio para la Historia del Derecho. Exceptuando el manual de "Historia de las instituciones" de Ellul, los restantes del mismo título suponen una superficial adaptación al nuevo plan de estudios, continuando exponiendo la Historia del Derecho del modo tradicional en Francia.

6. La Historia del Derecho debe ser ante todo una ciencia jurídica y no histórica, aunque opere en parte con método histórico<sup>15</sup>. Recusar la concepción dogmática de la misma —como yo he hecho—<sup>16</sup> y adoptar una orientación institucional, no supone confundir la Historia del Derecho con la de las instituciones, tal como ésta ha quedado antes caracterizada. Supone prescindir de los conceptos y sistemas dogmáticos —que a veces no existen más que en la mente del investigador y no en el Derecho que estudia— y tomar como base las instituciones. No para estudiarlas —ésta no es tarea del jurista aunque sea historiador—, sino para partir de ellas, por la sencilla razón de que son ellas las que determinan la existencia del Derecho y de sus normas<sup>17</sup>. Pueden existir situaciones y relaciones no reguladas por el Derecho, y muchas no lo son aún habiendo aparecido en la vida social. Pero lo que no cabe

<sup>15</sup> GARCÍA-GALLO, *Panorama* (cit. en la nota 1) 52, 61-62 y *Manual de Historia del Derecho español* I<sup>2</sup>, Madrid 1954, § 38.

<sup>16</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual* I<sup>2</sup> § 39-40.

<sup>17</sup> En mi *Manual*, I<sup>2</sup> § 3, he insistido en que en toda institución jurídica hay que distinguir: a) la institución o situación de hecho que es objeto de regulación; b) la valoración que la sociedad hace de ella; y c) la regulación, lo único de todo ello que es propiamente jurídico, y, en consecuencia, lo que ha de ser objeto de estudio por la Historia del Derecho. La orientación institucional que propugno no se refiere a adoptar un plan de exposición por instituciones en lugar de por épocas, como parece entender ZORRAQUÍN BECÚ al comentar mi *Manual* en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 14, 1963, 184; aunque este plan resulte el más adecuado para ello. Lo que yo pretendo es lo que justamente el Prof. Zorraquín destaca unas líneas antes, aunque al calificar de "consideración historicista" la que yo considero "institucional" deja a esta sin relieve: "mostrar de qué manera los problemas planteados por la convivencia humana [es decir, las instituciones, situaciones y relaciones; la aclaración en este lugar es mía] fueron resueltos anteriormente". No deja de ser interesante que un libro que yo he concebido como jurídico y para juristas, esforzándome en tratar lo que a éstos interesa, pueda ser considerado como inspirado en una "consideración historicista".

concebir son normas jurídicas sin que se dé una situación o relación que regular; y si esto ocurre alguna vez<sup>18</sup>, tales normas aunque estén contenidas en un código, son algo muerto y sin vida, de lo que no vale la pena ocuparse. Pero de lo que, sin embargo, se ocupa el jurista dogmático porque tales normas aparecen en su sistema.

## II. — LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DERECHO INDIANO

### A) *El Derecho castellano y el indiano.*

7. Es bien sabido que el Derecho castellano se transplantó al Nuevo Mundo desde el primer momento, como también que la necesidad de resolver los problemas que en éste se fueron presentando, dió lugar a una nueva legislación peculiar de las Indias, quedando aquél como supletorio o subsidiario de ésta<sup>19</sup>. El uso ha hecho que todos hablemos de "Derecho castellano" y de "Derecho indiano", identificando este último, casi siempre, con la legislación especial dictada para Indias. Esto no deja de ser incorrecto. Si como "indiano" queremos designar el Derecho *vigente* en Indias, entonces éste abarca tanto aquellas leyes especiales como las de Castilla o cualesquiera otras fuentes que rijan en la América española, incluso las costumbres indígenas. De igual forma que el Derecho catalán se integra no sólo con las disposiciones dictadas por los reyes y las Cortes de Cataluña y las costumbres del país, sino también con las del Derecho canónico y romano. Sin embargo, nunca en la práctica se califica de "indiano" al Derecho indígena vigente en Indias. Ni tampoco, puesto que en lugar de Indias se habla habitualmente de América a partir de su independencia, se considera "indiano" al Derecho de los nuevos países, calificado de "intermedio" y, con mayor acierto y generalidad, más recientemente, de "patrio".

Aquella imprecisión en los modos de expresarse trasciende al de estudiar el Derecho "indiano", reducido casi siempre a la exclusiva legislación dictada para el Nuevo Mundo.

8. A veces esto ocurre porque no se conoce, o se conoce mal, el Derecho castellano de la Baja Edad Media y de la Moderna. Aunque parezca extraño, no es raro que para el americanista de uno y otro lado del Atlántico, de hecho todo comience con el descubrimiento de América, y no se interese por lo que antes ocurrió. El Derecho español

<sup>18</sup> Véanse los lugares correspondientes a la nota 84.

<sup>19</sup> A. GARCÍA-GALLO, *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en *Atlántida*, 2, 1964, 339-59.



medieval y moderno de hecho no ha interesado a los americanos, salvo honrosas excepciones<sup>20</sup>, y asombra ver el desconocimiento que se tiene de la bibliografía española de los últimos sesenta años, no ya de la especializada sino incluso de los manuales y obras generales<sup>21</sup>. Aunque es natural que los historiadores hispanoamericanos del Derecho no hayan de investigar sobre el español, por la dificultad de utilizar sus fuentes<sup>22</sup>, sí ha de insistirse en la necesidad de conocer, al menos en cuanto puede afectar al Derecho indiano, la moderna bibliografía. Los viejos libros están superados en su casi totalidad.

9. También es frecuente que los que a uno y otro lado del Atlántico se ocupan del Derecho indiano se satisfagan con investigar, a veces intensamente, sobre la legislación indiana, prescindiendo por completo de la castellana. Esto desde luego es correcto cuando se estudian instituciones que se dan exclusivamente en Indias y no en España, sobre las que, como es natural, faltan disposiciones en el Derecho castellano. Pero no en los demás casos. Y aún en aquél no convendría prescindir en absoluto del Derecho de Castilla, porque con arreglo a los principios y normas de éste se trató de regular las situaciones nuevas, hasta que su peculiaridad provocó la aparición de leyes nuevas y adecuadas. Los americanistas han propendido a ver lo que en América hay de "americano"; no, lo que en ella hay de "español". Y esto constituye un defecto grave de planteamiento, que repercute en el método de trabajo.

10. A América se pensó desde el primer momento transplantar el Derecho de Castilla. En las Capitulaciones de Santa Fe, firmadas antes de iniciarse el viaje que habría de lograr el descubrimiento del Nuevo Mundo, se dio a éste una organización que era la castellana: un almirante, como el de Castilla; un virrey y gobernador, como los de Castilla; unos oficiales, como los de Castilla. A los castellanos que desde el primer momento pasaron a Indias no se les dio un Derecho nuevo, sino que continuaron rigiéndose por el de origen. A los indios

<sup>20</sup> Merece destacarse la abundante y segura información que hasta la época musulmana, en que concluye la parte publicada de la obra, ofrece el *Curso de Historia del Derecho*, I, Santiago de Chile, 1955 de A. DE ÁVILA MARTEL.

<sup>21</sup> Un espíritu cultivado y agudo como el de ABEL CHÁNETON, en su *Programa* (cit. nota 1), 568-69, en 1939, parece considerar como máximas y últimas aportaciones a la Historia del Derecho español "los trabajos de Berni y Catalá, Asso y del Río, Martínez Marina, Hinojosa, Costa o Altamira". Y lo mismo ocurre en las notas que en 1945 el prof. L. ALZAMORA SILVA pone, para revisarlo y actualizarlo, al *Curso de Historia del Derecho peruano* de R. ALZAMORA, Lima, 1945. Los ejemplos podrían multiplicarse.

<sup>22</sup> En este sentido, ÁVILA MARTEL, *La Storia del Diritto* (cit. nota 1), 154.

se les trató, como Castilla había tratado a los canarios. Los Municipios se organizaron como los de Castilla, sin que hubiera necesidad de dictar una norma para que así se hiciera. Cuando en el Nuevo Mundo se plantearon problemas nuevos, trataron de regularse *adaptando* las leyes de Castilla, y cuando esto no fue posible, dictando nuevas leyes *basadas* en los principios del Derecho de Castilla. Sólo cuando esto no fue suficiente, o las soluciones a que se había llegado parecieron injustas, se revisó el Derecho de Castilla y se buscaron nuevos principios que al ser desarrollados y aplicados dieran lugar a normas justas. Las reformas que luego experimentó el propio Derecho castellano, especialmente en el siglo XVIII, se transplantaron también al Nuevo Mundo<sup>23</sup>. Es, pues, absolutamente indispensable conocer el Derecho de Castilla —el del siglo XV y el posterior— para poder conocer y comprender el *origen* del Derecho indiano.

Y no sólo para esto. El Derecho indiano fue un Derecho especial —“municipal”, decían los juristas de la época— que únicamente regulaba aquello en que las situaciones del Nuevo Mundo diferían de las castellanas. Y esto, salvo en instituciones que sólo existían en América o en algunas Ordenanzas que refundieron y regularon todos los aspectos de una institución, no afectaba más que algunos aspectos más o menos característicos. En todo lo demás, regía el Derecho castellano. Si el proyecto de código u *Ordenanzas de las Indias* de Juan de Ovando hubiera prosperado, puesto que en ellas trataba de dar una regulación completísima para el Nuevo Mundo, el Derecho de Castilla no hubiera tenido que regir en él más que en lo no regulado en las mismas<sup>24</sup>. Y si el propósito del presidente del Consejo de Indias, Fernando Carrillo, que quiso que Aguiar y Acuña no sólo recopilase las leyes de Indias sino que las glosase o al menos concordase con las de Castilla y el Derecho común<sup>25</sup>, hubiera llegado a prosperar, acaso se hubiera conseguido aquel resultado. Pero como nada de esto ocurrió, el Derecho castellano siguió rigiendo en Indias. Resulta, pues, también indispensable el conocimiento del Derecho castellano como elemento integrante del vigente en Indias, como *complemento* de la legislación dictada para éstas.

Pretender conocer el Derecho vigente en América sólo a través

<sup>23</sup> Ver sobre esto GARCÍA-GALLO, *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, citado en la nota 19.

<sup>24</sup> Véase J. MANZANO, *Historia de las recopilaciones de Indias*, I, Siglo XVI, Madrid, 1950, 137-274.

<sup>25</sup> R. DE AGUIAR Y ACUÑA, *Sumarios de la Recopilación general de las Leyes, Ordenanzas... de las Indias occidentales...*, Madrid, 1628, dedicatoria.

de la legislación indiana, es como querer apreciar una imagen a través de unos cristales que únicamente permitan apreciar un color. Una exposición del Derecho indiano hecha de tal forma resulta tan incompleta y falsa como la reproducción de un cuadro cuando sólo se ha impreso una de las planchas de la polieromía.

11. Por esto, aunque estudia el Derecho castellano, es recusable el plan adoptado por Ots Capdequí y seguido por Marsal, de exponer por un lado el Derecho de Castilla, que rigió en Indias, y por otro los datos de la legislación indiana<sup>26</sup>. Por seguir con la comparación anterior, esto es como pretender darnos una imagen imprimiendo las planchas del grabado por separado, sin superponerlas.

Los tratadistas indianos no trabajaron de esta manera. La última obra de conjunto publicada cuando todavía regía el Derecho indiano en América, las *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* de José M. Alvarez<sup>27</sup> combinan las disposiciones de uno y otro en una exposición única. Lo mejor sin duda para exponer el Derecho vigente en Indias es tomar como base el castellano, recogiendo los preceptos de éste, salvo en aquellos puntos en que existan normas especiales indianas, que entonces deberán ser recogidas y preferidas. Bien entendido, siempre que, con arreglo a las normas que regulan el valor de cada fuente, las disposiciones indianas hayan de prevalecer sobre las castellanas. Por otra parte, habrá también que distinguir según la época. Hasta el siglo XVII toda ley de carácter general dictada para Castilla vale al mismo tiempo para Indias, e incluso puede derogar disposiciones dictadas especialmente para éstas<sup>28</sup>. En cambio, desde 1614, y la disposición se ratifica en 1625 y 1645, las nuevas leyes que se dictan para Castilla sólo rigen en América cuando reciben el pase expreso del Consejo de Indias<sup>29</sup>. El problema se plantea porque no sabemos qué disposiciones castellanas recibieron este pase del Consejo. Altamira

<sup>26</sup> J. M. OTS CAPDEQUÍ, *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*, Prólogo de R. LEVENE, Buenos Aires, 1943, 2 vols.; 2ª ed. Buenos Aires, 1945, 1 vol. e *Instituciones*, Barcelona, 1958, en la "Historia de América y de los pueblos americanos" dirigida por A. BALLESTEROS, XIV, J. M. MARSAL y MARCE, *Síntesis histórica del Derecho español y del indiano*, Bogotá, 1959.

<sup>27</sup> Impresas en Méjico en 1826, en 2 vols. Una segunda edición, con el título de *Instituciones de Der. real de España*, en la que se suprimen las referencias al Derecho indiano, se publicó en Madrid en 1829.

<sup>28</sup> Véase sobre esto A. GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 21, 1951, 607-730, en especial 611-18 sobre "las leyes de Castilla y las de Indias".

<sup>29</sup> Estas disposiciones están recogidas en la *Recopilación de Indias* de 1680, 2, 1, 39.

encontró en la *Recopilación de Indias* de 1680 hasta 261 leyes en las que expresamente se indica que en determinados casos se aplicarán las leyes de Castilla en el Nuevo Mundo, y reduce a ellos su vigencia<sup>30</sup>. Pero esto no es decisivo; en todo caso, vale tan sólo para las disposiciones castellanas dictadas con posterioridad a 1614, y no excluye la vigencia del resto del Derecho castellano anterior a esta fecha.

Como ejemplos de este método de exponer el Derecho indiano combinando las disposiciones castellanas y las dictadas para Indias, pueden recordarse aquí diversos estudios realizados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Chile, bajo la dirección primero del profesor Aníbal Bascuñán, y después del profesor Alamiro de Avila Martel<sup>31</sup>.

12. Si en el estado actual de la investigación y referido a una determinada provincia de las Indias el método anterior parece viable y recomendable, no deja, sin embargo, de suscitar ciertas reservas cuando se trata de estudiar el Derecho indiano en todas las Indias.

La razón de ello es bien sencilla: las leyes de Indias, por lo menos durante un cierto tiempo —de ello se tratará más adelante (núm. 16)—, no son las mismas en todas las provincias, ni por su número ni por el contenido de las normas que establecen. Entonces, hay que ir señalando en cada caso particular, dónde rige el Derecho de Castilla y dónde en su lugar se aplica una ley especial indiana; y si ésta no es la misma en todas partes, cuáles son las reglas en cada una de ellas. Esto nos descubre un hecho: si en relación con el indiano el Derecho de Castilla es el derecho común y aquél el especial, ello no quiere decir que, por ser común, la vigencia del castellano sea uniforme en todo el Nuevo Mundo, ya que hay disposiciones del mismo que se aplican en unas partes y no en otras.

Y aún cabe plantear respecto del Derecho de Castilla otra cuestión, que no ha sido debidamente considerada. Se habla del Derecho de Castilla como de un sistema jurídico cerrado y uniforme, cuando en

<sup>30</sup> R. ALTAMIRA, *Penetración del Derecho castellano en la legislación indiana*, en *Revista de Historia de América*, 23, 1947, 1-53; 24, 1947, 313-41; y 25, 1948, 69-134.

<sup>31</sup> A. DE ÁVILA MARTEL, *Esquema de Derecho penal indiano*, Santiago de Chile 1941. E. ZORRILLA CONCHA, *Esquema de la justicia en Chile colonial*, Santiago 1942. E. MADRID REPOLLEDO, *El ministerio público en el Derecho indiano*; P. TOLEDO SÁNCHEZ, *Derecho penal militar indiano*; y G. ROCHEFORT ERNST, *Derecho de minas en Chile colonial*, en *Memorias de Licenciados*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, VI, *Historia del Derecho*, Santiago 1950. J. CORVALÁN MELÉNDEZ y V. CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho procesal indiano*, en las citadas *Memorias*, XX, *Historia del Derecho*, Santiago, 1951.

realidad no lo es. La legislación real y de Cortes es la misma para toda Castilla, y también las *Partidas* rigen en toda esta. Pero en defecto de aquella legislación y antes que las *Partidas* debe aplicarse en cada lugar su Fuero municipal en aquello que se observe; y este Fuero puede diferir de unos lugares a otros. Dado el contenido de los Fueros, su vigencia puede afectar tanto a la esfera de la organización municipal como a la del Derecho privado, penal y procesal; no, en cambio, a la del Derecho político y gobierno provincial. Esto se ha tenido en cuenta en la Península. ¿Se ha tenido en cuenta también en América? Hasta ahora se ha venido admitiendo que como a las ciudades indianas no se les concedieron Fueros, esta fuente intermedia entre la legislación real y de Cortes y las *Partidas* no existe en Indias<sup>32</sup>.

Sin embargo, algún dato, hasta ahora aislado, nos muestra que en Indias, al menos en algún caso, rigieron los Fueros. En efecto, sabemos que la ciudad de Panamá recibió el Fuero de Sevilla y que tenía copia del mismo; y que su interés por tenerlo era tal, que habiéndose perdido el texto al ser incendiada y destruida la ciudad, solicitó nueva copia, recibíendola de los distintos privilegios a partir del 15 de junio de 1250 hasta 1592<sup>33</sup>. ¿Cuándo y quién concedió el Fuero de Sevilla a Panamá? ¿O es que el Fuero de Sevilla regía no sólo en Panamá sino en todas las Indias, de igual modo que todas éstas en un principio dependieron en lo eclesiástico de la archidiócesis de Sevilla, y de hecho, por razón de la navegación, se relacionaban directamente con ésta? ¿Qué supuso la concesión del Fuero? ¿Suponía que el Fuero Juzgo —que con algunos privilegios adicionales constituía el Fuero de Sevilla— debía regir en América antes que las *Partidas*? ¿Suponía que la organización municipal de Panamá sería igual a la de Sevilla? No lo sabemos. Pero sin duda algo debía significar para la ciudad americana, cuando ésta se mostró tan acuciosa de obtener nueva copia del Fuero<sup>34</sup>. En todo caso, el Fuero local va cayendo en

<sup>32</sup> A. BASCUÑÁN, *El lecho cotidiano*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santiago de Chile*, 1947, 19 y 21, se plantea, pero no resuelve, si las ciudades indianas, "que corresponden, no pocas veces a ciudades y lugares fundados de acuerdo con las garantías jurídicas de las poblaciones de origen de sus futuros vecinos, aplicaban los fueros municipales peninsulares". Sin embargo, carecemos de datos sobre si en las provincias que llevaban los nombres de Nueva Galicia, Nuevo León, Nueva Castilla, Nueva Vizcaya, Nueva Andalucía, etc., o en las ciudades que repiten nombres de otras de la Península, regía el Derecho de la región o lugar del mismo nombre.

<sup>33</sup> Véase J. GONZÁLEZ, *Repartimiento de Sevilla, estudio y edición*, I, Madrid 1951, 326, n. 1.

<sup>34</sup> Tampoco sabemos si los andaluces, extremeños, castellanos, leoneses, cántabros o vascos —estos, especialmente, tan apegados a su fuero— que pasaron a

desuso en la propia Castilla<sup>35</sup>, y sin duda con mayor razón en Indias, donde carecía de arraigo. Así, pues, no es de extrañar que la ley que en tiempos de Felipe IV se pone en la *Recopilación de Indias* y que en sus últimas palabras dice expresamente se guarden las leyes de Castilla en el orden establecido en la ley de Toro —leyes reales y de Cortes, Fueros y Partidas—, diga dos líneas antes que las que deben guardarse en Indias, son “las leyes de la Recopilación y Partidas de estos Reynos de Castilla”, sin mencionar para nada los Fueros<sup>36</sup>. Los juristas indianos no citan el Fuero Juzgo<sup>37</sup>.

13. Pero aún hay más. Se viene repitiendo —y aquí se ha dicho— que en defecto de las leyes de Indias rigen las de Castilla, como expresamente dicen algunas de aquéllas. En este punto ha habido una interesante evolución. La vez primera que se alude a ello es en las Ordenanzas de Audiencias de la Española de 1528, cap. 52, y éste se repite a la letra en las de Méjico de 1528 cap. 54, Méjico de 1530 cap. 57 y Panamá de 1538 cap. 57<sup>38</sup>. En este capítulo se alude a la peculiaridad de la Audiencia —los oidores tienen jurisdicción civil y criminal, faltan oficiales y no todo está regulado en las Ordenanzas—, por todo lo cual el rey ordena “que cada y quando acaesiere alguna

América, y que se regían en la Península por su Derecho local, en lo que este se observaba, al pasar a Indias continuaron guardándolo de igual modo, al menos durante la primera generación, o al mezclarse unos con otros en el Nuevo Mundo aquello se perdió. Los reyes entre andaluces y viscaínos en algunas regiones de América, ¿pueden guardar alguna relación con esto?

<sup>35</sup> A. GARCÍA-GALLO, *Crisis de los Derechos locales y su vigencia en la Edad Moderna*, en *IV Jornadas Franco-Españolas de Derecho Comparado* (Barcelona 1958) 69-81, o en *Cuadernos de Derecho francés* 10-11 (Barcelona 1958) 69-81. También, en *Manual* I<sup>2</sup> §§ 751 y 752.

<sup>36</sup> *Recopilación de Indias* 2, 1, 1: “y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme a la ley siguiente”. Véase esta luego en el texto.

<sup>37</sup> Así, v. gr., ALVAREZ, *Instituciones* (cit. en la nota 27) sólo cita dos veces el *Fuero Juzgo* (I págs. 89 y 114 de la edición de Madrid) y treinta y una el *Fuero real* ÁVILA MARTEL, *Esquema del Derecho penal indiano* (cit. nota 31), 30 observa que “en los expedientes coloniales sólo se citan disposiciones de las Partidas y de la Recopilación y Autos, aun sin guardar la prelación legal entre estos cuerpos”. En el juicio del libro anterior, ANÍBAL BASCUÑÁN, (pág. 12, nota 2) considera criticable en el autor “la categórica afirmación de la inaplicabilidad en América del Fuero Juzgo y demás fueros municipales siendo que las Audiencias americanas son asimiladas a las hispanas de primera categoría y las Ordenanzas de éstas les son supletorias, y además, pueden los fueros, mantenerse como Derecho consuetudinario”. Pero este es un problema distinto; el fuero observado, como la ley observada, no es una costumbre; y por otra parte, la vigencia de la costumbre en esta época descansa en otros fundamentos, que no son los de la ley de Toro: véase GARCÍA-GALLO, *Manual*, I<sup>2</sup> §§ 370-375, y II, F 85-99.

<sup>38</sup> El texto lo reproduce el *Cedulario de Encinas* II, 5.

cosa que no esté proveída y declarada en estas nuestras Ordenanças y en las Leyes de Madrid fechas el año de quinientos y dos, se guarden las Leyes y Pregmáticas de nuestros Reynos conforme a la Ley de Toro, ora sea de horden o forma, o de sustança que toque a la ordenación o decisión de los negocios y pleitos de la dicha Audiencia y fuera della". Es decir, la supletoriedad del Derecho castellano se ve únicamente en orden a la organización de la Audiencia y en lo que es competencia de ella o en materia judicial; el "fuera de ella", la Audiencia, con que acaba la ley se refiere sin duda a lo procesal y decisión "de los negocios y pleitos". Con otras palabras, el mismo planteamiento y alcance limitado tiene el cap. 18 de las Leyes nuevas de 1542, cuando tras regular la organización y actuación de las Audiencias indianas, dice que los presidentes y oidores de ellas "sean obligados a guardar, y guarden, las Ordenanças que por Nos les están dadas, y las Ordenanças hechas para las nuestras Abdiencias que residen en la cibdad de Granada e villa de Valladolid, y los Capítulos de correidores y juezes de residencia, y las Leyes destos nuestros Reynos y Pregmáticas y Ordenanças dellos"<sup>39</sup>.

En las nuevas y más extensas Ordenanzas de Audiencias de Quito cap. 311, de Panamá cap. 310, de Chareas cap. 309 —todas ellas de 1563—, de Chile y Lima cap. 311 —de 1565—, y de Manila, de 1583, cap. 312, el texto adquiere una nueva redacción, al no referirse expresamente sólo a lo judicial: "Item, hordenamos y mandamos que cada y quando que acalhesgiere alguna cosa que no esté prohibida ni declarada en estas Ordenanças, y en las demás Cédulas y Provisiones y Ordenanças dadas para las dichas Provincias, y en las Leyes de Madrid fechas año de quinientos y dos, se guarden las Leyes y Pregmáticas destos nuestros Reynos, y lo en ellas provehido"<sup>40</sup>.

Estas disposiciones, que por estar incluidas en las Ordenanzas de Audiencias indudablemente se referían al Derecho castellano en lo que era incumbencia de aquellas, se reforman y generalizan al pasar a la *Recopilación de Indias* 2, 1, 2, y la novedad se destaca al señalar que ello se debe a "D. Felipe IV, en esta Recopilación". La disposición no se inserta ya al tratar de las Audiencias, sino "de las Leyes, Provisiones, Cédulas y Ordenanzas Reales", en general (lib. 2, título 1). Por su parte, el Sumario de la ley se expresa también con toda

<sup>39</sup> Véase el texto en A. MUÑO OREJÓN, *Las Leyes nuevas de 1542-1543*, 2, Sevilla, 1961, 10-11. La primera edición se publicó en el *Anuario de Estudios Americanos*, 2, 1945, 809-36.

<sup>40</sup> Véase el texto en *Cedulario de Encinas*, II, 5.



amplitud: "Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias". Y el nuevo texto, dice así: "Ordenamos y mandamos, que en *todos los casos, negocios y pleytos* en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas *para las Indias*, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme a la de Toro, así en quanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleytos, como a la forma y orden de substanciar".

Es interesante observar que tanto en las Ordenanzas antiguas, como en las Leyes nuevas y en las Ordenanzas nuevas y la ley recopilada se remiten al Derecho castellano aludiendo únicamente a las leyes reales ("Leyes y Premáticas", 1528 y 1563; "Leyes, Pregmáticas y Ordenças", 1542; "Leyes", Ley recopilada), si bien luego —salvo las Ordenanzas de 1563— se remiten a la ley de Toro, que coloca los Fueros municipales y las Partidas como supletorias de aquellas. Es la ley primera del título primero libro II de la *Recopilación*, redactada para uno de los proyectos de ésta, la que por vez primera habla de las *Partidas*, aunque no de los Fueros, como antes se ha indicado. Tras hablar en general de las leyes de Indias dictadas por el rey o las autoridades del Nuevo Mundo, concluye: "Y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las *decisiones de las causas y su determinación*, se guarden las leyes de la Recopilación y *Partidas* de estos Reinos de Castilla, conforme a la ley siguiente"; que es la antes analizada. ¿Quiere esto decir que las Partidas sólo rigen en cuestiones civiles y criminales, y no en las demás? Esta restricción de su vigencia a las *causas* parece coincidir con lo que disponían los capítulos anteriores referentes a la actuación de las Audiencias.

Sin embargo, no parece claro que sólo se limitarán a ello. La necesidad del "pase" que desde 1614 el Consejo de Indias ha de dar a las nuevas disposiciones del Derecho de Castilla para que puedan regir en Indias (véase núm. 11), parece abonar lo contrario para tiempos anteriores. Pero no es posible resolver aquí la cuestión. Quede planteada como un problema a resolver.

#### B) *El Derecho indiano general y el especial.*

14. En el conjunto del Derecho *indiano*, tomado en su acepción estricta de normas dictadas para el Nuevo Mundo —excluyendo el Derecho castellano vigente en ellas—, se distinguen ante todo dos tipos de disposiciones: las dictadas por los reyes de España y las dic-

tadas por las autoridades españolas residentes en América (virreyes, gobernadores, Audiencias, Cabildos, etc.) para su provincia o ciudad. La poca atención hasta ahora dedicada a estas últimas explica que el calificativo de *indianas* se les haya atribuido sólo a las primeras. Aunque también las segundas lo son. Al conjunto de éstas lo designaré, por razones que no necesitan explicación, como Derecho indiano *criollo*, mejor que Derecho *patrio*, como alguien ha hecho<sup>41</sup>, por la confusión que esto pudiera producir con el Derecho formado a partir de la Independencia.

Se supone que las leyes dictadas por los reyes reflejan la mentalidad española; las disposiciones emanadas de las autoridades residentes en Indias, la americana<sup>42</sup>.

Después de hablar reiteradamente del Derecho castellano como común, y del indiano como especial, al encontrar en el último unas disposiciones de vigencia general en todas las Indias y otras privativas de una provincia o de un lugar, se tiende a considerar aquéllas como un Derecho indiano común, y éstas como uno especial que adapta a determinados lugares las disposiciones de aquél<sup>43</sup>.

Por último, se tiende a destacar la importancia del Derecho indiano *criollo* y de la costumbre indiana, como muy diversos del Derecho legal promulgado por los reyes de España, que queda como un intento teórico de expresión de una unidad política<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> S. RADAELLI, *Derecho patrio argentino*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 1, 1949, 60: alude a las leyes de Indias y la legislación que emanaba de las instituciones regionales, "o sea el Derecho indiano propiamente dicho, llamado también *Derecho patrio*". "*Derecho patrio argentino*" es el que se forma a partir de 1810 (págs. 60-61).

<sup>42</sup> Así, últimamente, ZORRAQUÍN BECÚ, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 16, 1965, 239: "este sistema [el de las leyes reales de Indias] se inspiró siempre, y fundamentalmente, en las ideas predominantes en España y no en las realidades sociales y económicas del Nuevo Mundo. Fue un Derecho que, en lo substancial, derivó del pensamiento de juristas que no conocían las Indias y que trataban de implantar en ellas sus propias concepciones con independencia de las necesidades regionales". La población del Nuevo Mundo se fue diferenciando de la española y "surgieron intereses, aspiraciones y tendencias que chocaban con las normas impuestas por las altas autoridades indianas. De esta manera el Derecho que se aplicaba a las Indias sólo en parte respondía al medo de ser y al pensamiento de quienes debían cumplirlo".

<sup>43</sup> Véase la nota siguiente.

<sup>44</sup> R. LEVENE, *Nuevas investigaciones históricas sobre el régimen político y jurídico de España en Indias hasta la Recopilación de Leyes de 1680*, en *Cahiers d'Histoire mondiale*, 1-2, París, 1953: Las leyes de Indias constituyen un intento de unidad, en parte teórico, como lo demuestra que "cada sección del Imperio indiano se constituiría de conformidad con una legislación que especialmente se había dictado para cada una de ellas por sus propios órganos institucionales con potestad legislativa o por los órganos legislativos peninsulares, pero teniendo por motivo y fundamento el caso particular". "Las virtudes de la Recopilación de

15. Comentando un estudio mío sobre la evolución del Derecho indiano<sup>45</sup>, se ha dicho que de él se desprende que la legislación real dictada para las Indias "se inspiró siempre, y fundamentalmente, en las ideas predominantes en España y no en las realidades sociales y económicas del Nuevo Mundo"<sup>46</sup>. He de excusarme por mi torpeza al no haber sabido expresar mi pensamiento. Lo que en dicho estudio yo he tratado de explicar es que los españoles al enfrentarse por vez primera con los problemas americanos trataron, como no podía ser de otro modo, de resolverlos conforme a sus ideas, a las que dominaban entonces en España y en el resto de Europa; pero sólo en los primeros años. Ya hacia 1499 destaco que empiezan a buscarse nuevas soluciones para "las situaciones nuevas o distintas con que se tropieza en Indias"<sup>47</sup>. Especialmente a partir de 1513 he tratado de destacar las sugerencias de los españoles que viven en América para, conforme a su personal visión del mundo indiano, tratar de crear un nuevo Derecho; el casuismo y contradicción frecuente de la legislación indiana lo he atribuido, precisamente, al deseo de atender a la realidad<sup>48</sup>, se haya conseguido o no.

Los hechos prueban hasta la saciedad que, a lo largo de más de tres siglos, los reyes españoles y sus asesores trataron de acomodarse a las realidades del Nuevo Mundo. Así, cuando en las sucesivas Instrucciones que dan a Colón los Reyes Católicos van concediéndole un margen mayor de decisión, porque ellos desde España no pueden saber lo que convendrá en las Indias<sup>49</sup>. Cuando a Nicolás de Ovando se le piden informes constantemente. Cuando se envía a la Española a los Jerónimos para que informen con objetividad. Cuando en todas las Capitulaciones se exige a los descubridores y pobladores que se informen, e informen, sobre las condiciones de la tierra. Cuando se reiteran los experimentos para llegar a conocer la capacidad de los indios... La creación del cargo de Cosmógrafo y cronista, y las Instrucciones sobre "descripciones", con una riqueza de temario fran-

Indias, aunque teóricas, como expresión de una unidad política, frente a la diversidad del Nuevo Mundo, se concretan en su originalidad, en su sentido ético y en el espíritu de justicia social que la alienta". *Fid.* C. MOUCHET, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 6, 1954, 156 y 157.

<sup>45</sup> GARCÍA-GALLO, *Génesis y desarrollo del Derecho indiano* (citado en la nota 19).

<sup>46</sup> Véase la nota 42.

<sup>47</sup> GARCÍA-GALLO, *Génesis*, 342.

<sup>48</sup> GARCÍA-GALLO, *Génesis*, 346-48.

<sup>49</sup> A. GARCÍA-GALLO, *Los orígenes de la Administración territorial de las Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 15, 1944, 66-67.

caamente abrumadora, reflejan bien claro el deseo de conocer la realidad indiana en todos sus aspectos<sup>50</sup>. La correspondencia del rey con las autoridades y de éstas con aquel, informando sobre los problemas del país es constante<sup>51</sup>. Que la realidad fuese bien comprendida y que se acertara a legislar de acuerdo con ella, es otra cuestión. ¿Pero, acaso todo Gobierno sabe gobernar sobre realidades?

La legislación real española para las Indias no se aferró a las ideas dominantes en la Península, sino que siguió a la evolución de éstas<sup>52</sup>. Las Ordenanzas de Burgos de 1512 y las Leyes nuevas de 1542, por citar sólo dos textos fundamentales, estuvieron inspiradas por los informes de algunas personas que conocían América. La solución dada al problema de las encomiendas fue precedido de amplia información de los españoles y autoridades residentes en América. Esta legislación no fue impermeable a los problemas americanos.

Por otra parte, tampoco cabe exagerar el carácter u origen americano del Derecho criollo, ni que éste representa la reacción de las fuerzas locales contra el Poder central. Es evidente que la presión de las condiciones locales actuaba con mayor fuerza en el propio ambiente americano que en el seno del Consejo de Indias a través de los informes. Es también evidente que la minuciosa regulación de las cuestiones sólo se podía efectuar de un modo efectivo en el propio lugar. Pero de esto a considerar que el Derecho criollo refleja una mentalidad americana distinta de la española, hay gran distancia. No cabe duda que, en algunos casos, como en las Ordenanzas de Francisco de Toledo sobre tambos, mitas, aguas, etc. se recogen y españolizan prácticas indígenas; no, criollas. Pero en la generalidad de las veces las Ordenanzas, Mandamientos y Autos de las autoridades del Nuevo Mundo<sup>53</sup> responden a los mismos principios que las leyes reales dictadas para Indias. Y esto, por varias razones. En primer lugar, por la necesidad de acomodarse a las leyes del rey, de lo que tan celosos

<sup>50</sup> Sobre las "descripciones", MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de Indias* (cit. nota 24), I, 221-28.

<sup>51</sup> Alude a ello ALTAMIRA, *Manual de investigación* (cit. n. 1), 129, 139-40, 141-46, con cita de textos legales sobre ellos. No existe un estudio sobre la preocupación del Gobierno español para conocer la realidad indiana como base de su política legislativa.

<sup>52</sup> R. ALTAMIRA, *La legislación indiana como elemento de la historia de las ideas coloniales españolas*, en *Revista de Historia de América*, 1, 1938, 1-24.

<sup>53</sup> Véase sobre esto R. ALTAMIRA, *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español, siglos XVI a XVIII*, en *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra* 20, 1944, 1-71 y *La aprobación y confirmación de las leyes dadas por las autoridades coloniales españolas, siglos XVI y XVII*, en *Homenaje a E. Ravignani*, 39-52.

eran los gobernantes de Indias. Las Ordenanzas de la Audiencia de Méjico —concedidas luego al Perú— del virrey Antonio de Mendoza, una de las primeras y más importantes fuentes del Derecho criollo, no eran otra cosa que una adaptación a Indias de las Ordenanzas de las Chancillerías de Valladolid y Granada. En segundo lugar, porque estos gobernantes —virreyes, gobernadores, oidores, etc.— eran castellanos con mentalidad peninsular, y no criollos. Lo que no quiere decir que no hubiera también criollos que, como asesores de los virreyes, influyeron en sus disposiciones; v. gr. Polo de Ondegardo, Gaspar de Escalona y Agüero, etc. En último término, puesto que las Ordenanzas de las autoridades indianas para regir con carácter firme habían de ser aprobadas y confirmadas por el rey, estas fuentes jurídicas, criollas por su origen, concluyen por integrarse entre las de carácter real.

Americanas, en la medida en que sean obra de los criollos y no mera adaptación de otras tomadas de cualquier parte, son las Ordenanzas dictadas por los Cabildos indianos, ya que sus miembros son criollos. E igual carácter presenta la costumbre local.

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

En la etapa colombina, cuando lo único descubierto y poblado son algunas islas y se desconoce aún la magnitud de las tierras del Nuevo Mundo, las normas dictadas por los reyes españoles para encauzar las situaciones planteadas en el mismo se establecen con carácter general —para “las islas y tierras firmes del mar Océano”—, aunque de hecho quedan circunscritas al reducido ámbito en que se mueven los españoles. Pero desde 1500, cuando el panorama del mundo americano comienza a desvelarse y con un ritmo acelerado la acción española se extiende por más amplios horizontes; cuando junto a los territorios del Caribe, con su área cultural indígena característica, comienzan a entrar en la órbita española el área mejicana, la chibcha y la incaica a la vez que la pampeana o la de las praderas de Norteamérica, ofreciendo todo ello un mosaico de las más variadas culturas, con situaciones y problemas sumamente diversos, la política colonizadora, aunque en sus principios pueda ser la misma, no puede manifestarse de igual forma en todas partes, y forzosamente se diversifica.

El contraste profundo se manifiesta por vez primera al conquistarse Méjico, y son los propios conquistadores —Hernán Cortés el primero— los que advierten la imposibilidad de continuar la misma política. La Española y las islas son cosa distinta de la Nueva España. Son distintos el país, los indios, su cultura, su estructura social y económica, sus formas de organización. Por otra parte, como aún se piensa en transplantar al Nuevo Mundo en su conjunto el Derecho de Castilla y falta una experiencia indiana —la diversidad de las provincias hace difícil conseguirla—, la legislación real va tratando de adaptar aquella a las peculiares situaciones de cada provincia americana a medida que los problemas se van presentando. Por ello, el Derecho indiano durante la primera mitad del siglo XVI tiene un alcance geográfico limitado —una provincia, una región o un lugar— y es casuístico —resuelve sólo situaciones o problemas concretos—<sup>54</sup>. No existe apenas un Derecho indiano general formado por unas disposiciones dictadas para toda América. La legislación indiana es casi toda ella provincial. Constituida en su casi totalidad —con escasas excepciones— por *mandamientos de gobernación*, “habla” con las personas que ejercen los cargos, y no con éstos, y en consecuencia sólo a ellas obliga; no, a sus sucesores<sup>55</sup>. El carácter provincial de esta legislación se comprueba por el hecho de que las disposiciones dictadas para las Indias se recogen en los libros *registros* que se van abriendo para cada provincia americana, hoy conservados en el Archivo de Indias. El Derecho general y común a toda América, en este tiempo, es fundamentalmente el Derecho castellano.

El Derecho indiano general se va formando muy pausadamente hasta mediados del siglo XVI, y se limita a alguna disposición de excepcional importancia. Así, v. gr., la Ordenanza para descubrimientos y poblaciones de 1526; pero aún en este caso el texto de la misma se reproduce íntegra y literalmente en las Capitulaciones que se dan a cada futuro poblador y gobernador. No basta la promulgación general; la disposición general se hace provincial para asegurar su vigencia. Otras veces, cuando así parece oportuno, la disposición dictada para una provincia se reitera, en la misma o distinta fecha, para otras provincia<sup>56</sup>. Indudablemente, se consigue así unificar el régimen de

<sup>54</sup> GARCÍA-GALLO, *Génesis* (cit. nota 19), 345-49.

<sup>55</sup> GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho en Indias* (cit. nota 28) 631-37.

<sup>56</sup> Esta reiteración de una misma disposición para diferentes provincias se aprecia fácilmente en el índice de disposiciones que hoy conocemos con el nombre de *Copilata de leyes de Indias* y que con el título de *Libro de la gobernación*

ciertas instituciones, por vía de extensión. Tal es el caso de las Ordenanzas de Audiencias concedidas a la Española y Méjico en 1528, a Méjico en 1530 y a Panamá en 1538, que con leves modificaciones reproducen el mismo texto. Sólo medio siglo más tarde se aludirá a ellas como "Ordenanzas antiguas", como si constituyeran una única disposición, cuando en realidad son cuatro diferentes. Otro tanto pudiera decirse de las Ordenanzas e Instrucciones de corregidores, oficiales reales, etc. A la generalización del Derecho provincial indiano contribuye, también, en esta época el celo que los funcionarios y juristas radicados en una provincia muestran por conocer las disposiciones reales todas, cualquiera que sea la región para la que se han concedido; en ellas encuentran criterios seguros.

Si se tiene en cuenta la profusión legislativa, que las disposiciones se referían a una u otra provincia, y que muchas de ellas se modificaron para alguna de éstas por otras posteriores, se explicará la confusión reinante, y que Juan de Ovando pudiera decir, esquematizando, como él planteaba las cosas, que ni en el Consejo ni en las Indias tenían noticia de las Leyes y Ordenanzas por donde se regían y gobernaban todos aquellos Estados<sup>57</sup>.

Es el propio Ovando el que elabora su proyecto de Código o de *Ordenanzas* refundiendo cuantas disposiciones se habían dictado para el Nuevo Mundo, y desarrollándolas, el que inicia la generalización del Derecho indiano, hasta entonces esencialmente provincial. En su proyecto, lo dispuesto hasta entonces únicamente para una sola o algunas provincias se va a convertir en norma general<sup>58</sup>. Esta generalización del Derecho indiano no llega a efectuarse de momento, por el fracaso y no finalización de los trabajos de Ovando. Pero los funcionarios y magistrados, aunque han de acomodarse a la legislación de su provincia, siguen interesándose por la de otras; aunque no siempre puedan llegar a conocerla<sup>59</sup>. Diego de Encinas reproduce en su *Cedulario* las de toda procedencia, y esto facilita su aplicación en todas partes.

*espiritual y temporal de las Indias* se publicó por la ACADEMIA DE LA HISTORIA en la *Colección de documentos inéditos... de Ultramar XX-XXV*, Madrid, 1927-1932; 6 vols.

<sup>57</sup> El texto de la Consulta de Ovando al rey, de 1571, en V. M. MAURTUA, *Antecedentes de la Recopilación de Indias*. Madrid, 1906, 6-9; reproducido en GARCÍA-GALLO, *Manual II*<sup>2</sup> F 338.

<sup>58</sup> La parte conocida del proyecto de Ovando, la publica MAURTUA en la obra citada en la nota anterior.

<sup>59</sup> Alonso de Zorita en el prólogo de su proyecto de Recopilación, hacia 1570, se lamenta de no haber podido manejar la legislación del Perú: MANZANO, *Historia de las Recopilaciones de Indias* (cit. nota 24) I, 287.



Los proyectos de recopilación reúnen, y tienden a generalizar, esta legislación indiana.

La *Recopilación* de 1680, tanto en la Ley que le da fuerza y autoridad como en la que en el cuerpo de ella declara su fuerza (2, 1, 1), da valor general para todas las Indias a todas las leyes en ella recopiladas, que en su mayor parte habían regido sólo en alguna provincia; excepto, naturalmente, aquellas que en la propia Recopilación se expresa que rijan solo en algún lugar. El Derecho indiano recopilado es desde ahora Derecho general. Sin embargo, esta misma ley, que deroga todas las disposiciones no recopiladas, respeta, en defecto de la *Recopilación*, "las Cédulas y Ordenanzas dadas a nuestras Reales Audiencias, en lo que no fueren contrarias a las leyes de ella"<sup>60</sup>. Estas leyes no recopiladas y dirigidas a las Audiencias, junto con las que constituyen el Derecho criollo, integran a partir de ahora el Derecho provincial o local indiano. Derecho ahora especial, que presupone un Derecho general, el de la *Recopilación* y disposiciones posteriores complementarias.

17. Como Derecho especial en las Indias hay que considerar también el indígena —o más propiamente, los Derechos indígenas—, cuya importancia es evidente, dado el elevado número de indios. No se trata de referirse a él antes de la ocupación española del país, sino precisamente durante ésta.

Si hubiéramos de juzgar respecto de su vigencia por los antecedentes legislativos, habría que restringir ésta a algún caso particular. La *Recopilación* de 1680, que declara "se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que se hicieren de nuevo", se limita a refundir una sola Cédula de 1555 dirigida a los caciques indios de la Verapaz<sup>62</sup>, como si no hubiera otras. Y las hubo ciertamente, siete en total, entre 1555 y 1568<sup>63</sup>; aunque dirigidas al virrey de la Nueva España, referentes a los indios de la Verapaz o a los de Tlascala. ¿Sólo a partir de 1555 se permitió a los indios regirse por sus costumbres? Sabemos que no. En 1542 las Leyes nuevas (cap. 20), ordenan a las Audiencias "que no den lugar a que en los pleitos de

<sup>60</sup> La ley de promulgación se remite expresamente a la *Recopilación de Indias*: 2, 1, 2, donde se dice: "se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas, y no revocadas, para las Indias".

<sup>61</sup> *Rec. Indias* 2, 1, 4.

<sup>62</sup> Publicada en el *Cedulario de Encinas* IV, 355-56. Sumario de ella, en la *Copulata* (véase nota 63) 3, 10, 57. El texto de ella y el de la Recopilación, a dos columnas para su fácil cotejo, en GARCÍA-GALLO, *Manuel II*<sup>2</sup>, F 348.

<sup>63</sup> Pueden verse resumidas en la *Copulata de Indias* 3, 10, 37, 48, 49, 57, 60, 61 y 62 (en *Collec. Doc. Ultramar*, [cit. en nota 56]. XXV, págs. 314 y sigts.).

entre indios, o con ellos, se hagan processos ordinarios ni aya alargas, como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores; sino que sumariante sean determinados guardando sus<sup>64</sup> usos y costumbres, no siendo claramente injustos, y que tengan las dichas Abdiencias cuidado que así se guarde por los otros juezes inferiores”<sup>64</sup>. ¿Se mantuvo esto para todos los indios o sólo para los indios —o algunos indios— de la Nueva España y Guatemala? La *Copilata de leyes de Indias*, que ofrece un índice de todas las disposiciones recogidas en los registros cedularios del Consejo de Indias hasta 1570<sup>65</sup>, sólo alude a aquellas disposiciones antes citadas. El Cedulario de Encinas recogió sólo una de ellas<sup>66</sup> y ésta fue la única que conocieron —o al menos recogieron— tan buenos conocedores de la legislación indiana, que según ellos repasaron todos los registros, como Pinelo y Solórzano<sup>67</sup>, y la única que pasó a la Recopilación de 1680. Tampoco Manuel José de Ayala conoció más ley que la que fue recopilada<sup>68</sup> y sin embargo, hubo al menos una para el Perú, en 1580<sup>69</sup>. Ante tantas confusiones

<sup>64</sup> MUÑOZ, *Las Leyes nuevas*<sup>2</sup> (cit. nota 39), 11-12. Ya antes de esto, en 1535, VASCO DE QUIROGA, *Información en Derecho aen Colección documentos de América* [cit. nota 69] X, 349-50); escribe que en la Audiencia de Méjico a diario un oidor resuelve en forma sumaria los pleitos de indios, acompañado de cuatro jueces, de los mayores que los indios tenían, para que presencien los hechos, e informen acerca de sus costumbres. En las Ordenanzas de los Hospitales de Santa Fe de Méjico y Michoacan § 6, redactadas por el mismo (publicadas por R. AGUAYO SPENCER, *Don Vasco de Quiroga, Documentos...* [Méjico 1939], 252) se anuncia el propósito de conservar a los indios sus costumbres, mejorándolas.

<sup>65</sup> Esta es la fecha probable en que deja de ponerse al día la *Copilata*, de donde procede nuestra información: MANZANO, *Historia Recopilaciones de Indias* (cit. nota 24) I, 123-24.

<sup>66</sup> Véase nota 62.

<sup>67</sup> J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Política indiana*, Madrid 1647, lib. 2, cap. 25, n. 12. Unas líneas antes (n. 10), tratando de la dificultad de que las leyes se adapten a todos, observa “que aunque nuestro principal deseo ha de ser procurar traerles [a los indios] poco a poco a vida de verdaderos y perfectos christianos, todavía no les debemos querer quitar de una vez todas las costumbres que tenían y usaban en su infidelidad, aunque tengan algo de barbarismo, como no repugnen del todo a la ley natural y doctrina del Evangelio”.

<sup>68</sup> M. J. DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias*, transcripción de J. MANZANO, II, Madrid, 1946, 10-11.

<sup>69</sup> R. C. de 28 de septiembre de 1580, para que en los pleitos en que fueren parte los indios se respeten en lo posible los usos y fueros de los indios. Véase G. LOHMANN VILLENA, *El corregidor de Indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid 1957, 250-51. A raíz de la conquista del Perú, en 1539, el Obispo de Cuzco había escrito al rey que, “porque los caciques destas tierras tienen algunas leyes injustas y cruelmente las executan contra sus indios muchas veces en sus pueblos, pues V. M. es señor desta tierra, no lo debe consentir, sino que sus leyes se guarden y executen, y mandar prohibir que no se hagan semejantes crueldades” (*Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Occania* III, Madrid, 1865, 118). Este mismo Obispo (1 ob. cit.) pidió que se enseñen las leyes españolas a los

y contradicciones, no es posible en este lugar dar una opinión sobre la cuestión. Es un problema que está por estudiar.

C) *El sistema de fuentes del Derecho indiano*

18. Para estudiar el Derecho en cualquier tiempo pasado el historiador debe colocarse, en cuanto le sea posible, en la misma actitud que el jurista de la época, utilizar las mismas fuentes que él utilizaría y proceder con el mismo método que él aplicaría. Esto parece obvio, pero no siempre el historiador jurista procede de esta manera. Para él las fuentes del Derecho son o fuentes de conocimiento de éste, o monumentos jurídicos representativos de una determinada concepción jurídica, a manera de jalones que van marcando el hilo de la evolución histórica<sup>70</sup>. Y como tal las estudia y valora. Ambas cosas son indispensables. Pero también lo es, al utilizar las fuentes para estudiar un sistema jurídico pasado, utilizarlas y valorarlas como jurista. No con mentalidad actual, sino con la del jurista de la época<sup>71</sup>.

indios para que se les pudiera exigir su cumplimiento. Hacia 1570, J. DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, Buenos Aires, 1910, lib. 1, cap. 3, pág. 14, escribe que "en aquél Reyno de los indios [!] tienen gran contento de estar sujetos a Su Magestad y bivar conforme a sus leyes, todas en su favor y libertad"; estas leyes son las españolas, según se ve a continuación por el contenido de las mismas. R. DE LIZARRAGA, *Descripción de toda la tierra del Perú*, en *Nueva Biblioteca de Autores Españoles*, XV, 1909, 566, recuerda que los oidores de la Audiencia de la Plata quisieron que los pleitos de los indios se resolvieran a su modo, pero que el intento fracasó ante la oposición de los secretarios y procuradores, temerosos de perder sus derechos de arancel. La Cédula de 1580 trata, aunque tímidamente, de asegurar la vigencia de las costumbres indígenas. Que Solórzano, que ha vivido en el Perú, no la conozca puede ser indicio de su desuso.

<sup>70</sup> En el primer sentido, catálogos de fuentes de conocimiento, están concebidas, o realizadas, la mayor parte de las *Historia de las fuentes* (o *Historia externa del Derecho*) del Derecho romano o de los Derechos nacionales, y los capítulos destinados a las mismas en las obras generales de *Historia del Derecho*. Por ello, no es raro encontrar en estas obras capítulos sobre "el Derecho en las fuentes no jurídicas". Estas obras tratan de Derecho y son indispensables al historiador jurista; pero no son obras jurídicas, sino eurísticas, como dice F. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del Diritto comune*, I, Milán 1938, 15 y 16-17 y *Medio evo del Diritto*, I, Milán, 1954, 6. Este último adopta la última posición indicada en el texto.

<sup>71</sup> Así se procede respecto de las fuentes del Derecho indiano en la monografía citada en la nota 31, que responden todas a un mismo método de trabajo. En el mismo sentido, tratando de hacer no un inventario de fuentes, sino de exponer el sistema de las de cada época, he procedido en mi *Manual de Historia del Derecho*, I<sup>2</sup> §§ 619 y sigts. Sin embargo, los que han comentado esta obra, salvo excepción, al juzgar esta parte se han referido a la mayor o menor riqueza de la información, pero no se han percatado del planteamiento peculiar de la misma; lo valora J. MARTÍNEZ GILJÓN, *Ante una nueva exposición de conjunto de la Historia del Derecho español*, en *Anuario de Historia del Derecho, Español* 32, 1962, 591-92.

Desde la Baja Edad Media a nuestros días la ley ha ido adquiriendo progresivamente un relieve especial, por encima de todas las otras fuentes, que el jusnaturalismo racionalista —que encontró en ella el instrumento con que llevar a la práctica sus concepciones— y el dogmatismo jurídico no han hecho sino acentuar. Se ha podido hablar del “mito de la ley”. Mito, porque en ningún sistema jurídico la ley es la única fuente creadora del Derecho; aunque así lo declare la propia ley y lo pretenda el legislador. A su lado, y con mayor intensidad, crean Derecho la costumbre, las decisiones de los tribunales y la ciencia jurídica. Esto no lo pone en duda nadie. Pero la facilidad relativa, de conocer la ley y estudiarla, y la dificultad, a veces considerable, de conocer las otras fuentes del Derecho, hace que los juristas y los historiadores del Derecho se limiten al estudio de los textos legales, aún conscientes de que la ley no es el Derecho.

El conocimiento de la ley basado en el estudio exclusivo de los textos legales, por concienzudo que sea, nunca es suficiente. Por perfecta que sea técnicamente la redacción del texto, éste resulta siempre poco expresivo. Del mismo modo que el verdadero sentido de una frase no sólo se capta por la acepción literal de las palabras, sino por la entonación de las mismas —y a veces ésta da a aquella una significación totalmente opuesta—, así también el sentido de la ley no puede apreciarse sólo por su contexto. Las reglas de la interpretación jurídica con frecuencia no bastan para ello. Independientemente de lo que el legislador se propuso al promulgar la ley, ésta, una vez establecida, adquiere vida propia, se le atribuyen unos fines, se la entiende de una determinada manera, se la aplica de un cierto modo. El texto de la ley no permite conocer nada de esto. No es raro en estudios de Derecho comparado atribuir a un sistema jurídico extranjero una determinada posición, que sorprende a los juristas que viven conforme a él, porque el texto legal es interpretado de distinta manera y no en función del sistema jurídico a que pertenece. El sentido de un texto legal, aun en el caso de que prevalezca sobre cualquier otra fuente del Derecho, está determinado por la costumbre, la doctrina y la interpretación judicial <sup>72</sup>.

<sup>72</sup> R. DAVID, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, París, 1966; “*Precis Dalloz*”, insiste en ello. “Lo esencial en esta enseñanza no es presentar las normas jurídicas actuales, sino familiarizar al estudiante con la estructura, las categorías y los conceptos de un Derecho dado, enseñándole el *vocabulario* de este Derecho; enseñar los métodos con ayuda de los cuales podrá encontrar las reglas apropiadas a la solución de un problema dado; desarrollar en él una cierta sensibilidad, que le permita “sentir” esta solución conforme a los standards, frecuentemente imprecisos y a veces ilógicos, que están aceptados en una civilización dada” (pág. 16). Véanse también págs. 100, 103, 104-5 y 106-7.

El planteamiento de la prioridad de las fuentes del Derecho entre sí, tal como acostumbra a exponerse, puede ser muy claro y útil; pero casi siempre peca de simplicidad.

19. El Derecho indiano se ha estudiado casi exclusivamente sobre la ley, porque ésta, aún con todas las dificultades que entraña su estudio, ha sido la más accesible. A lo sumo, se ha completado su estudio con el manejo de la obra de algún tratadista de la época, fundamentalmente Solórzano, o alguna referencia a la costumbre. No se ha tenido en cuenta la jurisprudencia de los tribunales, salvo alguna excepción. Si la ley no es el Derecho, no puede extrañar que aunque sepamos mucho de legislación indiana, sepamos poco de Derecho indiano.

La preocupación histórica o sociológica con que frecuentemente se han examinado las instituciones indianas<sup>73</sup>, ha permitido observar ciertos fenómenos que el simple análisis de la legislación no permite captar: distinta forma de concebir o actuar las instituciones; situaciones distintas o contrarias de las previstas por la ley. Historiadores y sociólogos han destacado esto, y lo han subrayado. Los juristas han tenido que aceptarlo, y han admitido la existencia de una realidad distinta de la que presentan las leyes. De ello se han derivado varias consecuencias importantes de planteamiento y método en el estudio del Derecho indiano. Por un lado, la singularidad de la Historia de éste frente a la del europeo, porque ha de ocuparse no sólo del Derecho —mejor fuera decir, de la ley— sino también de los hechos sociales, políticos, etc.<sup>74</sup>. Por otra parte, la contraposición de un Derecho *teórico* —la ley— formado en España para Indias, y de un Derecho aplicado, nacido éste en América<sup>75</sup>; se admite como hecho probado “el divorcio de la realidad con la ley”<sup>76</sup>. Y para explicar el origen de éste, la atribución a los españoles, especialmente a los residentes en Indias, de un “desprecio de la ley”, que cristaliza en la expresión “la ley se obedece y no se cumple”<sup>77</sup>, que alguien supone acuñada por Belalcázar en los primeros años de la conquista de América<sup>78</sup>.

Sin embargo; ni la legislación ni la literatura jurídica indianas

<sup>73</sup> Véanse los núms. 3 y 4 de este estudio.

<sup>74</sup> Véase nota 8.

<sup>75</sup> Véase nota 44.

<sup>76</sup> J. B. TERÁN, *El nacimiento de la América española*, Tucumán, 1927, 247-74.

<sup>77</sup> J. A. GARCÍA, *La ciudad indiana*, Buenos Aires, 1900, 35, y siguiéndole, R. LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, I, Buenos Aires, 1945, 94-95.

<sup>78</sup> CHÁNETON, *Temas de Historia jurídica*, en *Anuario de la Sociedad de Historia Argentina*, 1, 1939, 561. La frase ya la había recogido TERÁN, *El nacimiento de la América española*, cit., 254.

permiten sospechar la existencia de una realidad jurídica tan radicalmente distinta. Las Cédulas y las cartas reales aluden, es cierto, a abusos, corruptelas y prácticas diversas, a que tratan de salir al paso poniendo los oportunos remedios. En esto los reyes se muestran muy celosos de que prevalezca la ley. Pero si la realidad hubiera sido tan abiertamente distinta, y no siempre hubieran faltado informadores celosos que se la dieran a conocer, el tono de sus disposiciones habría tenido que ser tremendamente violento y riguroso. Y esto no ocurre. Los juristas, y muchos vivieron largos años o toda su vida en Indias —Matienzo, Polo de Ondegardo, Pinelo, Solórzano, Escalona y Agüero, Cerdán y Pontero, Lebrón, por citar sólo algunos de los más ilustres—, recogen a menudo lo que de hecho ocurría en el Nuevo Mundo, pero de sus obras no se desprende esa visión negra y pavorosa del radical incumplimiento de la legislación. Los memoriales, cartas, crónicas, etc. que se escriben en las Indias, salvo los de tono sensacionalista o los que buscando una reforma de la legislación acentúan los defectos del sistema —que atribuyen más a desconocimiento de la ley que trata de corregirlos que a incumplimiento malicioso de la misma—, tampoco denuncian ese desprecio sistemático de la ley y esa realidad en pleno divorcio de la misma. En unos casos, o en muchos, si se quiere, podría este silencio atribuirse a conformismo o complicidad. Es difícil admitir que esto se diera en todos, cuando tan sueltos de lengua y pluma solían ser los españoles del Nuevo Mundo<sup>79</sup>, o tan cuidadosos otros de granjearse el favor real sirviendo su política. ¿O que fueran tan ciegos todos para no darse cuenta de lo que ocurría? ¿O tan malvados e hipócritas que unos legislaban para América y otros justificaban y defendían un Derecho que no le convenía, porque así podrían entretenerse en juegos de quiromancia y estériles discusiones, sin preocuparse de examinar la realidad circunstante?<sup>80</sup>

La generalidad del silencio de los contemporáneos sobre tan absoluto divorcio de la ley y del Derecho vivido, fuerza a plantear las cosas de otro modo. Por un lado, a revisar los hechos que se vienen presentando como expresivos de esa realidad, para precisar su alcance. De otro lado, a examinar si esa realidad era o no compatible con el sistema legal indiano.

20. Entre los hechos que revelan una situación o unos actos distin-

<sup>79</sup> Sobre esto L. HANKE, *La lucha por la Justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949, 79-94.

<sup>80</sup> TERÁN, *El nacimiento de la América española*, 251, 254-56, 260, 264, 265-68, etc.

tos o contrarios a lo que la ley prevé, cabe distinguir, sin pretender una clasificación exhaustiva, varios tipos de ellos.

En primer lugar, aquellos que suponen una violación de la ley y que podrían calificarse de infracciones dolosas de la misma. Común a todos ellos es el conocimiento de la ley o del orden jurídico establecido, la rebeldía ante ello con desprecio de la norma o de la autoridad que la ha establecido, y un comportamiento antijurídico. Y aún en este tipo, podríamos destacar dos grupos diferentes. Aquellos actos que pudieran considerarse inspirados tan sólo por la soberbia, la pasión o el interés, como pura manifestación delictiva, y aquellos que, por ser opuestos a la ley, han de considerarse antijurídicos, pero que responden a una cierta concepción ideal del orden social, no reputada como legítima<sup>81</sup>. Como ejemplo de lo primero podrían citarse todas las habitualmente consideradas actitudes delictivas, y, por referirme concretamente a ejemplos indianos frecuentemente alegados, los malos tratos a los indios —nunca autorizados por la ley ni por la moral—, la corrupción de los funcionarios, etc. Entre los segundos, aquellos que quienes los realizan creen obrar rectamente en justicia —aunque la idea que de ésta tengan pueda no ser la oficial o comúnmente admitida—, como son a veces las rebeliones contra el Poder —v. gr., en el Perú, con ocasión de las Leyes nuevas; los movimientos por la Independencia; el ejercicio de autoridad sobre los indios (no, los malos tratos); en ocasiones, el contrabando; etc. El que estos actos se realicen, constituye una prueba de que la norma que se viola, o la situación jurídica contra la que se protesta, están vivas en la práctica; nadie realiza clandestinamente lo que puede hacer públicamente, ni lucha contra algo inexistente.

En el primer caso, nos hallamos ante una manifestación, más o menos extendida, de criminalidad y patología social, cuyo estudio y apreciación puede ser del más alto interés, pero que evidentemente no supone la existencia de un Derecho distinto al legislado. El fenómeno, por otra parte, no es privativo del Derecho indiano, ni por su naturaleza ni por su generalidad, si es que ésta llegara a probarse. Los archivos judiciales de cualquier país están llenos de expedientes de esta naturaleza. El caso de los actos reputados antijurídicos, pero a los que sus autores atribuyen de buena fe una justificación, es distinto. Se trata de una concepción jurídica diferente de la oficial, que pugna por

<sup>81</sup> Sobre lo antijurídico y su consideración, véase R. ALTAMIRA, *Historia del Derecho Español, cuestiones preliminares*, Madrid, 1903, 6-9, 20-21. GARCÍA-GALLO, *Manual I*<sup>2</sup>, § 45.



abrirse paso. La Historia jurídica conoce bien el hecho en todos los pueblos y en todos los tiempos: lo que en un momento dado es ilícito y reprimido, acaso más tarde es lo que se considera lícito. Las grandes revoluciones jurídicas han conocido, hasta que se han consumado, una primera etapa en que sus ideales han sido condenados y perseguidos. Si esto ocurrió en el Derecho indiano, y con qué generalidad, es cosa que debe estudiarse, evitando las generalizaciones fáciles, no dejándose arrastrar por lo espectacular de una reacción determinada o por las palabras o escritos de un personaje apasionado. En todo caso, conviene también examinar si ha habido reacción del legislador o de las autoridades, y cuál ha sido ésta. Una tolerancia, o reacción suave, ante tales hechos les priva de su antijuricidad. La disparidad de ideas y de actos, y aun una oposición ordenada, no suponen una violación del Derecho ni una vida social divorciada de lo que la ley establece.

21. Otro caso distinto es el de la inobservancia de la ley por desconocimiento de ésta. La naturaleza misma de la legislación indiana da lugar a su ignorancia. Constituía aquella por multitud de disposiciones, de vigencia provincial, casuísticas y que con frecuencia rectifican otra anterior, en gran parte no publicadas por dirigirse a autoridades determinadas, que en ocasiones por la humedad, la polilla o el frecuente manejo de los papeles se destruyen, resulta inevitable, sin malicia por parte de nadie, que esta legislación se desconozca y que para resolver los problemas se busquen las normas apropiadas por otros conductos. Los sistemas arbitrados para hacer posible el conocimiento de las leyes no surtieron el efecto apetecido hasta la *Recopilación* de 1680, y de nuevo al cabo de unos años volvió a renacer el problema <sup>52</sup>.

Las quejas constantes de las autoridades y de los juristas por este desconocimiento, porque a cada paso y en todo momento tropezaban con ello, no deben ser sobreestimadas; en todo caso, es necesaria una investigación e inventario de los archivos americanos para comprobar lo que podía haber de verdad en ello. La existencia de una ordenación jurídica distinta de la legal en el lugar donde la ley es desconocida debe ser estudiada y contrastada, para ver en qué medida las autoridades y pobladores trataron de acomodarse a lo que ellos recordaban, con más o menos fidelidad, de las leyes indianas, y en qué medida, procediendo por su cuenta, establecieron libremente unas nor-

<sup>52</sup> Sobre esto, GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho indiano* (cit. nota 28), 717-30.

mas jurídicas. El Derecho así surgido, en todo caso, no puede considerarse establecido en desprecio de la ley. Como también ha de estudiarse cuál es la reacción del legislador ante esta situación,<sup>83</sup> y de ser adversa al orden establecido, la de los pobladores del lugar.

22. La contradicción entre la ley y el Derecho realmente vivido se produce frecuentemente en el Derecho indiano —pero no sólo en él— como consecuencia de la técnica legislativa y recopiladora, siendo en realidad más aparente que efectiva. El hecho se produce más fácilmente en la vida indiana que en otras partes, porque en ella asistimos al proceso de formación de un sistema jurídico que trata de acomodarse a un mundo mal conocido y en gestación, en el que los ensayos y las rectificaciones han de hacerse a cada paso, y en el que la disposición dictada un día deja de ser necesaria y cae en el olvido sin haber sido derogada. En el sistema legal de la época la disposición no derogada se mantiene en vigor, sin que sobre ella pueda alegarse su desuso<sup>83</sup>, y, en consecuencia, al procederse a la recopilación de las leyes, aquellas disposiciones entran a formar parte del cuerpo legal y reciben nueva promulgación. Este defecto de la técnica recopiladora hace aparecer como vivas, leyes en realidad muertas y no aplicadas. Y al mismo tiempo, da lugar a que se contraponga a tales leyes, que de hecho no lo son, una realidad distinta. Tal es el caso, v. gr., de aquella ley que crea los Congresos de ciudades en Indias, o aquellas otras que atribuyen a las ciudades de Cuzco y Méjico la representación de los Reinos respectivos y asiento y voto en las Cortes de Castilla. Leyes que respondieron a exigencias del momento, pero que nunca llegaron a aplicarse<sup>84</sup> ¿Cuántas leyes como estas hay en las recopilaciones indianas?. No lo sabemos. La importancia que cabía atribuir a aquéllas, llamó la atención de un investigador. Sin duda, no pocas otras se hallan en la misma situación, pero no han encontrado quien destaque su olvido. Sobre esto he de insistir más adelante.

Otras veces, no se trata de leyes muertas, pero sí tan retocadas y matizadas por otras posteriores que lo que aquellas proclaman rotunda y abiertamente queda sumamente restringido por el propio legislador. Sin embargo, no es raro que tratándose de leyes que sientan

<sup>83</sup> En la *Ley de Toro* 1 —reproducida en la *Recopilación de Castilla* 2, 1, 3 y en la *Novísima Recopilación de España* 3, 2, 3— se dice que las leyes “se sigan e guarden como en ellas se contiene, no enbargante que contra las dichas leyes de Ordenamientos e Premáticas se diga e alegue que no son usadas ni guardadas”.

<sup>84</sup> Véase sobre esto G. LOHMANN, *Las Cortes en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18, 1947, 655-62.

principios generales, se hayan recopilado a la letra, sin perjuicio de recogerse también las disposiciones que las modifican. En realidad, la norma jurídica resulta de la combinación de las distintas disposiciones. Pero no es raro que un investigador al encontrar la norma principal y observar su importancia la destaque como si fuera la única —acaso, la única que él conoce—, y observe y ponga de relieve lo muy distinto que ocurre en la realidad. La oposición entre ésta y la ley, es en este caso sólo aparente. Tal ocurre, v. gr., con las Leyes nuevas de 1542 en lo referente a las encomiendas. O con la prohibición general de que pasen extranjeros a Indias, atenuada por numerosas Cédulas de composición.

La consolidación del Derecho que llevan a cabo las recopilaciones supone, también, en algunos casos, reunir un conjunto de leyes que regulan minuciosamente una institución, que ahora apenas tiene vida, pero de cuya importancia parece dar idea el número de disposiciones o de reglas que la regulan<sup>85</sup>. Tampoco en este caso la realidad coincide con lo preceptuado por la ley.

Pueden incluirse aquí, asimismo, aquellas leyes que pudiéramos calificar de “programáticas”, que se dan en todos los sistemas jurídicos, que con todo optimismo proclaman principios o establecen situaciones: el orden público, la justicia social, el bienestar de los indios, el acceso de todos a la propiedad, la posibilidad de quedar en libertad bajo fianza, la estabilidad de los precios, etc. Por buena que sea la disposición del legislador y aunque para conseguirlo ponga todos los medios a su alcance, en multitud de casos difícilmente consigue convertir su propósito en realidad, porque en ésta juegan situaciones y factores que escapan a su control. Ningún legislador ha renunciado nunca a proclamar estos u otros principios semejantes, y en todas las legislaciones podemos encontrarlos; en la de Indias acaso más que en ninguna, porque quiso establecer un orden contra el que conspiraban las pasiones y los intereses. No ha de extrañar, por ello, que, sin que nadie ose contradecir tales principios, la realidad de lo efectivamente conseguido esté, a veces, muy lejos de lo que de conformidad con ellos cabría esperar. Y no obstante que este ideal se vea frustrado, ningún legislador, ni ningún pueblo, renuncia a proclamarlo y conservarlo en los textos legales. Ciertamente que no puede aceptarse al pie de la letra como algo conseguido lo que en ellos se dice; pero sí como proclama-

<sup>85</sup> El fenómeno se da en todos los sistemas jurídicos. Así, p. ej., contrastando con la minuciosa regulación de la dote en el Derecho catalán, la institución apenas tiene vida.

ción de principios y espíritu con el que han de interpretarse los preceptos de la ley.

Por último, han de considerarse aquellas leyes que, aun inspiradas en principios de justicia, por ignorancia de los hechos o falsa información sobre los mismos, disponen algo injusto, perjudicial al bien común, imposible de cumplir, o que de rechazo provocan un mal mayor que el que tratan de remediar. La doctrina imperante sobre lo que la ley debe ser, y la propia legislación que desde la época visigoda la recoge, declara la invalidez de tales leyes. En consecuencia, ya desde el siglo XIV —siglo y medio antes de la supuesta declaración de Belalcázar<sup>86</sup>— la legislación castellana prevé que las disposiciones en que aquello se produzca “sean obdeçidas e non cumplidas”<sup>87</sup>. Naturalmente, en las leyes dictadas para el Nuevo Mundo desde la Península fácilmente se podía incurrir en tales vicios. Por ello, ya en las Instrucciones secretas que los Reyes Católicos dan a Nicolás de Ovando en 1503, al final de ellas se prevé la conveniencia de no aplicar las disposiciones que puedan resultar contraproducentes: “E porqu'en los capítulos de las Hordenanzas imbiamos a mandar algunas cosas que eumple para la buena manera del vevir e reximiento de los indios, las quales cosas aunque sean buenas, por ser nuevas a ellos, podría ser que por agora non viniesen a ello con buena voluntad, o que se les faga agravio, abeis de thener todas las maneras e templanzas que podiere ser, por atraer los dichos indios a ello de su gana e voluntad, e con la menos premia que podría ser, por que non tomen resabios de cosa alguna dello”<sup>88</sup>. Y no sólo la lesión del interés común, sino del de la Corona, priva de fuerza a una disposición: “porque podría ser que por Yo no ser bien informado —dice el Rey Católico en Cédula de 1508 al gobernador Diego Colón— mandé despachar algunas Cartas para las dichas Indias, en cosa que viniese perjuicio a nuestro servicio, Yo vos mando que veais las tales Cartas y las obedezcais, y en cuanto al cumplimiento nos lo hagais luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se-haga”<sup>89</sup>. Para dejar constancia de que el incumplimiento de la ley no supone desprecio ni violación de la misma —como

<sup>86</sup> Véase la nota 78.

<sup>87</sup> Sobre esto, GARCÍA-GALLO, *La ley como fuente del Derecho indiano* (cit. nota 28), 646-54.

<sup>88</sup> En *Colección de documentos inéditos... de América* (cit. nota 69), XXXI, 178-79.

<sup>89</sup> Reproducida por B. de LAS CASAS, *Historia de las Indias*, lib. 2, cap. 49, ed. MILLARES, II, Méjico, 1951, 366.

en los casos anteriormente considerados— se procede a su *obediencia*, es decir a manifestar respeto a su autor.

Obedecer y no cumplir una ley no supone un acto de rebeldía—aunque en ocasiones quien lo haga proceda íntimamente con malicia—, ni es una vía que el legislador hipócritamente proporciona para legitimar la desobediencia a lo mandado, sino un procedimiento legal y razonable para evitar que una ley que, por ignorancia o error, no cumple con sus requisitos internos y por ello puede ser inválida, produzca los efectos de una verdadera ley; y un medio, también, luego de suspendida la ley y comunicadas las razones al legislador, de que una ley rectificadora se aproxime a la realidad.

Naturalmente, la injusticia, el daño al bien común o la magnitud de los perjuicios que una ley puede causar, pueden ser apreciados por quien ha de cuidar de su cumplimiento de modo distinto a como pudo preverlos el legislador. Las ideas de uno y otro, la apreciación de la realidad, la valoración de los principios, de los hechos y de sus consecuencias, pueden ser diferentes en quien legisla en España y en quien vive en América en contacto inmediato con los problemas. Cuando algún virrey, en la Memoria que redacta sobre su gestión de gobierno, advierte a su sucesor de que en el archivo encontrará multitud de Cédulas reales que no se han aplicado<sup>90</sup>, no hace un inútil, y peligroso, alarde de cinismo o de exaltación de su arbitrariedad; simplemente, le llama la atención sobre la prolijidad e inconveniencia de aquellas disposiciones, que el Consejo estimó oportunas y que no lo parecieron donde debían aplicarse. Y no por ello tal virrey fue sancionado por exceso de poder o negligencia, sino que el propio rey apreció el acierto de su gestión, y sin necesidad de revocar lo ordenado lo dejó morir en el olvido.

Hubo, sin duda, incumplimientos maliciosos. Queda por ver los resultados. Los historiadores han recordado casos en que se acuerda obedecer y no cumplir una ley; pero se han olvidado de decirnos cuál

<sup>90</sup> Memoria del Marqués de Montesclaros al Príncipe de Esquilache, en 1615 (publicada por R. BELTRÁN y RÓZPIDE, *Colección de las Memorias o Relaciones que escribieron los virreyes del Perú acerca del estado en que dejaban las cosas generales del Reino*, I, Madrid, 1921), 156: "En cuanto a las Cédulas de S. M., aviso a V. E. hallará muchas por cumplir de todos tiempos; en las del mío de que no diere noticia este papel, verá V. E. glosado en la cubierta cómo y cuándo se replicó a lo que en ellas se manda; para las demás, consulte V. E. dos amigos, con que me hallé yo bien: son el recato y la sospecha". TERÁN, *El nacimiento de la América española*, 260, apostilla: "La ambición legislativa, la ley improvisada y, por tanto, no cumplida crearon un ambiente ideal para el legista disputador, para el rábula embaidor y enredista".

fue la reacción del rey al ser informado de ello. Si aceptó las razones y modificó la ley —v. gr., el caso de las Leyes nuevas de 1542—, no se creó un divorcio entre la ley y la vida real, porque aquella quedó derogada o modificada. Si rechazó tales razones e insistió en el cumplimiento, tal divorcio sólo existiría en el caso de que la nueva disposición quedara por segunda vez incumplida. Esto es lo que no se ha estudiado, y lo que interesa que se haga. De otro modo se corre el riesgo de contraponer el Derecho vivido a una legislación inexistente, por derogada o modificada al poco de nacer. Que tales leyes aparezcan todavía en la *Recopilación* de 1680, puede responder a que su derogación se efectuó sólo para alguna provincia y continuó rigiendo en otras, donde no provocaron problemas: así, p. ej., la supresión total de la encomienda de servicio fue revocada para algunas provincias y subsistió en otras. Sería interesante estudiar el caso de aquellas disposiciones derogadas en una provincia, que vuelven a regir en ella por el hecho de estar incorporadas en la *Recopilación*, cuya vigencia se extiende sobre todas las Indias sin que se haya hecho la salvedad oportuna.

En los casos examinados, no existe un divorcio entre la ley vigente y el Derecho realmente vivido, sino tan sólo una apariencia de él. Los textos legales inobservados o contradichos, aunque en su día fueron promulgados, carecen de fuerza legal, como leyes muertas, modificadas, derogadas o simplemente programáticas. Un estado de violencia y antijuridicidad, por difundido que esté, no puede ser considerado como un régimen jurídico. El sentimiento jurídico del pueblo español, claramente manifestado en sus costumbres, en refranes, en el romancero y en cantares, en los tiempos medievales y en los modernos, cuando se puebla América, es evidente. Su fe en la Justicia y en la Ley se manifiesta en su afán pleitista; no litigaría si no tuviera confianza en la Ley y en los tribunales, aunque luego surja en él el desengaño. No cabe duda que la colonización americana exaltó en él sus cualidades y sus defectos, y relajó en él los frenos morales y jurídicos. Pero no pocas veces eso que se ha llamado “desprecio de la ley” y ese obedecer y no cumplir las leyes no representa un estado de antijuridicidad, sino, al contrario, una actitud de respeto a las mismas, que se expresa en su deseo de hacerlas más justas y viables; no se quiere vivir al margen de la ley, sino dentro de una ley conveniente.

23. Como antes se ha destacado, el Derecho de un pueblo, aún en aquellos en que la legislación constituye la fuente fundamental del mismo, no puede conocerse sólo por la lectura de sus textos legales, sino entendiendo estos como lo hace la costumbre, el estilo de los tri-

bunales y la doctrina. Lo mismo ocurre con el Derecho indiano: el mero estudio de las leyes de Indias no permite conocer siquiera lo que éstas fueron. No me parece correcto contraponer la ley a la costumbre, a la jurisprudencia o a la doctrina, más que en contados casos. Creo que lo correcto es conjugar todas estas fuentes, como de hecho hicieron los juristas indianos. Solórzano, Pinelo, etc., estudian la legislación indiana, pero al hacerlo nos dicen cómo la entienden los jurisconsultos y como la aplican las Audiencias. Cuando algún virrey en la Memoria que redacta sobre su gestión de gobierno informa a su sucesor sobre la multitud de Cédulas reales que encontrará en el archivo y que no se han aplicado, no hace un inútil y peligroso alarde de cinismo.

La costumbre es fuente del Derecho en Indias, como lo es en España<sup>91</sup>. En las leyes constantemente se alude a la misma, para remitirse a ella o para prohibirla. Y sin embargo, las únicas leyes indianas que conozcamos<sup>92</sup>, en que se trata de precisar los requisitos que debe reunir para que sea válida, son tardías —de 1628 y 1636—, poco expresivas —repetición de muchos actos (no, solo dos o tres) continuados, ininterrumpidos y no contradichos—, y se refieren únicamente —esto se reitera— a la costumbre seguida en la concesión de mercedes reales. Únicamente en relación con esta regalía del Poder soberano, el monarca, sin ir contra la costumbre, se ocupa de precisar lo que por tal debe entenderse. Nada, en cambio, se dice sobre la costumbre en el inmenso campo del Derecho indiano. Prueba indirecta del reconocimiento de su vigencia, sin perjuicio de que se controle su contenido.

Al hablar de la costumbre insensiblemente se tiende a fijarse en una de sus manifestaciones: la costumbre *contra legem*. Pero no es la única. Hay una costumbre *secundum legem*, que no se limita a la mera aplicación de ésta, sino que la confirma y le da fuerza, la interpreta y la matiza. Una ley que no se *usa*, aunque el legislador otra cosa pretenda, no es ley viva y aplicable; es una de aquellas leyes “muertas” de que antes se ha hablado. Son la práctica administrativa y notarial, el estilo judicial, la aplicación diaria de las normas legales por el pueblo, los que dan vida y fluidez a los preceptos legales. Existe también, pese a la masa inmensa de la legislación indiana, una cos-

<sup>91</sup> R. LEVENE, *El Derecho consuetudinario indiano y la doctrina de los juristas*, en *The Hispanic American Historical Review*, 3, 1920. R. ALTAMIRA, *La costumbre jurídica en la colonización española*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 31-40, Méjico, 1949. GARCÍA-GALLO, *Manual* (cit. nota 15) I<sup>2</sup> §§ 370-75 y II<sup>2</sup> F 86-99 (amplia selección de textos de la época).

<sup>92</sup> *Rec. Indias* 2, 2, 21.



tumbre *praeter legem*, que abarca campos inmensos de la vida jurídica del Nuevo Mundo: todo el Derecho político o constitucional, amplios sectores de la vida local —v. gr., el Cabildo abierto—, etc. En estas materias la legislación —real o criolla— apenas ha intervenido para nada. El Derecho consuetudinario no se ha enfrentado con la ley; ha coexistido con ella. El contraste surge cuando nos encontramos con una costumbre contraria a la ley: a la de Castilla, a la general de Indias o a la privativa de una provincia. Aunque en las leyes se siente el principio general de que la ley prevalece sobre la costumbre contraria —y esto lo recojan fácilmente los historiadores del Derecho—, los juristas de la Edad Moderna —y entre ellos se reclutan parte de los consejeros de Indias, todos los magistrados de la Audiencias y buena parte de otros funcionarios— están muy lejos de aceptar aquella posición. Para ellos, aunque no haya, ni mucho menos, unanimidad en sus opiniones, la costumbre contraria a la ley —y no todos son muy exigentes en los requisitos que ha de reunir para valer jurídicamente— prevalece en numerosas ocasiones<sup>93</sup>. Por ello, hay que romper con el hábito generalizado de reducir el estudio del Derecho indiano al de la legislación.

Es imposible, sin un estudio previo amplio y sistemático, apreciar hasta qué punto el Derecho indiano vivido se aparta *substancialmente* del legislador. No creo, sin embargo, demasiado aventurado conjeturar que ese Derecho vivido —en realidad, simplemente, el Derecho— no ha de diferir en lo *esencial* del que nos da a conocer la legislación, en las materias reguladas por ésta. Me baso, para ello, en las distintas manifestaciones en que puede manifestarse ese Derecho consuetudinario. En la esfera administrativa, existe un riguroso control al que están sujetos los funcionarios y organismos públicos —no sólo por las autoridades superiores y los visitadores, sino también por cualquiera de los vecinos, y en especial por aquellos deseosos de congraciarse con los supremos gobernantes y ganarse el favor real—; los actos de cierta importancia han de ser aprobados por la superioridad; cualquiera de ellos que suponga una transgresión de las facultades que les son propias, le puede ser imputado en el juicio de residencia; se ha dicho que este juicio se convierte muchas veces en un trámite casi formulario, sin ninguna efectividad. Aparte el caso

<sup>93</sup> Véase, p. ej., J. F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765, lib. 2, disc. 5 (tomo I, 161-83). Una amplia selección de sus páginas, en GARCÍA-GALLO, *Manual* (cit. nota 15) II<sup>2</sup> F 99.

de ocultación o falseamiento de los hechos, los autos formados se elevan a la aprobación de la superioridad. El que ciertos hechos no se castiguen por ésta, salvo lenidad manifiesta, supone que no son reputados punibles; lo que vale tanto como decir que la práctica denunciada por alguno recibe una aprobación tácita.

La costumbre y el estilo judicial se extienden sobre todo por el campo del Derecho privado, menos regulado por las leyes de Indias, y en el que el sistema vigente en Castilla ha de aplicarse en un medio radicalmente distinto. Aunque las instituciones en lo esencial se mantengan, sufren una matización. La literatura jurídica de la época es casi inexistente en este aspecto y nada expresiva. Lo único que podría darnos idea del Derecho vivido es el estudio de los protocolos notariales y de los pleitos. Pero esto está sin hacer.

24. El estudio del Derecho indiano a través de la ley y de su interpretación y aplicación consuetudinaria, judicial y doctrinal, constituye una tarea complicada y lenta, que ha de tardar en dar frutos sazonados. Es, en cambio, fácil encontrar juicios de conjunto de la vida jurídica americana o sobre determinados aspectos de la misma. Ante éstos hay que adoptar una postura de prudente reserva. Aparte la que pueda provocar la exactitud de la información de quien los formula, por el carácter y finalidad de estos juicios. Todo juicio demasiado categórico suele pecar de parcialidad. Y en efecto, se trata casi siempre más que de exposiciones serenas de una realidad, de alegatos en contra o en favor de algo o de alguien; recuérdense, v. gr., los escritos sobre la condición de los indios y sobre el gobierno o determinados gobernantes. El tono polémico dominante en estos escritos trasluce una opinión o una postura personal, que exalta las propias virtudes y carga las tintas sobre la contraria.

De estos inconvenientes se libra en gran parte la literatura jurídica que se limita a exponer o analizar las instituciones en general o problemas determinados. Ella suele utilizar los textos en vigor e interpretarlos conforme a la práctica usual o jurisprudencial, sin olvidar las opiniones de los juristas. Pero hasta ahora falta incluso un inventario de esta clase de obras: tratados, dictámenes, alegatos procesales, etc.

### III. — EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

25. Dado el estado actual de los estudios de Historia del Derecho Indiano, que, no obstante la aportación de los viejos grandes maestros

y de la última generación, se encuentra todavía en un estado que no puede satisfacer, en esta última parte quiero ocuparme de algunas cuestiones relacionadas con el estudio de nuestra disciplina, tanto en orden a su enseñanza cómo, y principalmente, a su investigación. Y voy a procurar hacerlo con sentido eminentemente práctico y realista, sin olvidar nuestra situación actual ni los medios de que disponemos. Mi experiencia de treinta y seis años, desde que comencé a dedicar mi atención a una ciencia que entonces aún era joven y se encontraba en un estado no muy diferente del en que hoy se halla la nuestra, y que se ha ido formando a lo largo de una vida dedicada exclusiva e ininterrumpidamente en la cátedra y en centros de investigación, creo que puede aportar alguna orientación aprovechable.

Acerea de lo que debe ser la Historia del Derecho indiano y de cómo debe estudiarse, se van abriendo paso ideas claras. Pero al concebir nuestra ciencia en sus amplios horizontes y contemplando el punto en que hoy nos encontramos, aquellos se presentan tan remotos e inasequibles, que en lugar de despertarse el entusiasmo del estudioso y estimular su esfuerzo, no pocas veces infunde un desánimo que le enerva. En efecto, es mucho, muchísimo, lo que hay que hacer, comenzando por revisar en parte lo ya hecho. Pero por querer hacerlo todo, no quedemos sin hacer nada. No olvidemos la sabiduría del dicho español, de que "lo mejor es enemigo de lo bueno". Mantengamos nuestro ideal y tratemos de alcanzarlo, pero conformémonos cada día con realizar lo posible. Hoy, cuando en el mundo entero se habla de planes de desarrollo, tracemos también el nuestro. Fijémonos tareas inmediatas y asequibles para realizarlas en un futuro próximo, y dejemos para luego, sin perderlas nunca de vista, realizaciones más perfectas, para acometer las cuales aún carecemos de medios.

Es evidente, que este plan no en todas partes podrá acometerse de la misma manera. En algunos centros de trabajo existe ya una conciencia clara de lo que hay que hacer y se cuenta con una labor positiva. En otros, por desgracia, habrá que comenzar por despertar el interés y comenzar desde el principio. Indudablemente, esto retrasará a los primeros. Pero es algo inevitable, con lo que hay que contar.

#### A) *Las tareas urgentes*

26. La primera tarea ha de cifrarse en poner a disposición de los investigadores las fuentes de conocimiento del Derecho indiano, ya que sin ellas no puede realizarse ninguna obra seria. Naturalmente,

por un elemental principio de distribución de trabajo, los historiadores del Derecho deben poner su atención en las fuentes jurídicas, cualquiera que sea su clase: leyes de todo orden (reales y criollas);<sup>94</sup> literatura jurídica, jurisprudencia de los tribunales, documentos administrativos, notariales y judiciales, etc. El volumen de todo ello es inmenso e inabarcable. Conviene, pues, formar un inventario mínimo de fuentes que hay que utilizar, y en una primera etapa conseguir que éstas puedan ser manejadas con cierta facilidad. Para ello puede tomarse como punto de partida el trabajo realizado por el Prof. Ismael Sánchez Bella, *Edición y utilización de nuevas fuentes para el estudio de las instituciones indianas*<sup>94</sup>, poniéndolo al día, e incluyendo no sólo las fuentes impresas sino también las inéditas.

En cuanto a la legislación real convendrá distinguir entre las colecciones o recopilaciones generales que recogen disposiciones referentes a las distintas provincias indianas y las que sólo recogen las de una sola provincia. De los registros del Consejo de Indias, de carácter general o por provincias, conservados en el Archivo de Indias de Sevilla se ha publicado su inventario<sup>95</sup>. Hasta 1570 la *Copulata* de leyes de Indias ofrece un índice por materias de todas las disposiciones contenidas en ellos, con indicación de libros y folios; por estar impresa su manejo resulta fácil y hace las veces de un catálogo de aquellos registros<sup>96</sup>. Existen otras colecciones de carácter oficial o privado, casi ninguna completa. Las recopilaciones ofrecen indudable interés, pero la mayor parte tienen un valor histórico limitado, pues recogen tan sólo las disposiciones no derogadas o que se consideraban vigentes en el momento de redactarse. De los registros que pertenecieron a las autoridades indianas que contienen copias de las disposiciones contenidas en los registros del consejo, en su mayor parte se hallan dispersos en los Archivos de Hispanoamérica; de ellos, por lo común no existen inventarios ni catálogos. Su valor principal es el de reunir las disposiciones dadas para una provincia o autoridad, y

<sup>94</sup> Publicado en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 18, 1947, 762-814. Ha de completarse con su *Reseña de Historia del Derecho indiano*, 1948, en el mismo *Anuario*, 19, 1948-1949, 738-54.

<sup>95</sup> L. RUBIO MORENO, *Inventario general de Registros Cedularios del Archivo General de Indias de Sevilla* (Madrid s. a; en la "Colección de documentos inéditos para la Historia de Hispano-América" V. Hay edición manual). El trabajo anterior debe completarse con el de A. MUÑO OREJÓN, *Antonio de León Pinelo, "Libros reales de gobierno y gracia..."*, contribución al conocimiento de los Cedularios del Archivo General de Indias, en *Anuario de Estudios Americanos*, 17, 1960, 537-602.

<sup>96</sup> Véase la nota 56.

en los casos en que se han perdido los registros del Consejo, suplir su falta. Los de alguna provincia se han publicado, o están en publicación; disposiciones sueltas se han publicado a veces en las Revistas o Boletines de los Archivos Nacionales o en otras obras. Urge, por de pronto, un inventario general de los registros conservados, análoga a los publicados sobre el de Indias, así como de los publicados o de las revistas o colecciones en que se contienen<sup>97</sup>. Sería también de desear un catálogo detallado de las Cédulas conservadas, inéditas o publicadas, aunque esto supondría más tiempo. En muchos casos, puesto que la misma disposición se repite para diferentes provincias con sólo cambiar la dirección y las referencias de tipo local, bastaría con tener constancia de la disposición, sin tener que editarlos una y otra vez<sup>98</sup>. Ello bastaría para conocer cada disposición y las provincias a que se dirigió. Igualmente, sería interesante saber, pero no siempre es factible, si en los diferentes lugares la disposición aparte de ser obedecida, fue o no cumplida.

Al mismo tiempo que se procede al inventario de la legislación real urge proceder al de las fuentes legales criollas, tanto más cuanto que esto ha quedado lamentablemente postergado. Excepto algunas colecciones, no siempre completas, de Ordenanzas y Mandamientos de virreyes, gobernadores o Audiencias del Perú y de Méjico, lo que se ha impreso ha sido de modo aislado y prácticamente ha quedado olvidado.

Con la misma urgencia procede formar un inventario de la literatura jurídica indiana, entendida en amplio sentido, abarcando los tratados, monografías, opúsculos, opiniones y dictámenes sobre materia jurídica, sean o no juristas sus autores. En este inventario deberían recogerse no sólo las obras impresas sino también las manuscritas. Que el trabajo no pueda ser concluído durante mucho tiempo, no debe

<sup>97</sup> R. ALTAMIRA, *Los Cedularios como fuente histórica de la legislación indiana* en *Revista de Historia de América*, 10, 1940, 5-86 y 19, 1945, 61-127, proporciona una base, pero requiere ser rectificado y completado. Numerosos extractos de registros del Consejo hasta 1638, hechos por A. de León Pinelo, se publicaron, con el título de *Índice general de los papeles del Consejo de Indias*, en la *Colección de documentos... de Ultramar* (cit. nota 56) XIV-XVIII, Madrid, 1923-26. Sobre la identificación de los registros utilizados —varios, hoy perdidos— y su colocación actual en el Archivo de Indias, G. LOHMANN VILLENA, *El "Índice general de los papeles del Consejo de Indias"*, en *Revista de Historia de América*, 51, 1961, 137-62.

<sup>98</sup> ALTAMIRA, *Manual de investigación*, 38-39 y 149 aconseja consultar todas las copias de un documento. El consejo es correcto, pero en la práctica imposible de seguir.

ser obstáculo para proceder a este inventario e ir dando a conocer sus resultados, aún con conciencia de su provisionalidad.

El inventario del resto de la documentación administrativa, judicial y notarial ha de ser forzosamente más lento, por su inmenso volumen y su dispersión. Reconociendo siempre su importancia, entiendo que debe quedar para una segunda etapa, si no queremos que al atender a todo se desperdigen los esfuerzos. De momento sería suficiente con inventariar lo que hasta ahora se ha publicado. Por lo demás, el inventario y en su caso catalogación de todo ello, puede ser tarea del personal facultativo de archivos, y no del historiador del Derecho.

He hablado más de inventario que de catalogación, no porque considere ésta menos importante —la creo imprescindible—, sino porque siendo lo de más urgencia localizar los fondos existentes, puede bastar de momento, para orientación del investigador, un mero inventario que centre sus pesquisas. En todo caso, inventario y catalogación conviene que sean hechas con arreglo a unas normas uniformes. Del mismo modo, convendría acabar con la anarquía de criterios que impera en la transcripción y edición de textos y adoptar unas normas uniformes y científicas<sup>99</sup>.

En aquellos casos, muy frecuentes, en especial cuando se trata de Ordenanzas, Instrucciones, etc., que en lo esencial las distintas disposiciones reproducen un mismo texto sin perjuicio de introducir modificaciones —adiciones, supresiones, alteraciones—, puede resultar del máximo interés editarlos de tal forma que fácilmente pueda percibir la evolución del texto en sus sucesivas redacciones, destacando lo que es común a todas y lo que es peculiar de cada una. Esta edición crítica se ha preparado, bajo mi dirección en la Universidad de Madrid, respecto de dos textos fundamentales en la Historia del Derecho Indiano. La edición crítica de las Ordenanzas de Audiencias de Indias, antiguas y modernas, ha sido preparada por la Dra. Isabel Elena González. La de las Ordenanzas de intendentes de Indias, por la Dra. Gisela Morazzani de Pérez Eneiso. Ambas serán publicadas por la Universidad de Caracas. En una y otra edición se reproduce a todo el anejo de la caja el texto de cada capítulo cuando éste es el mismo en todas las Ordenanzas, y en diferentes columnas los textos discordantes. Además se indican en cada caso, cuando las hay, las disposiciones anteriores a las Ordenanzas que pueden considerarse como antecedente de cada capítulo, y las que posteriormente lo han modificado. El estudioso encuentra de este modo, con facilidad, el origen, fijación y ulterior evolución

de cada norma, y puede abarcar de una sola ojeada el texto de las diferentes Ordenanzas.

27. No existe actualmente ninguna bibliografía de Historia del Derecho indiano<sup>99</sup>, ni tampoco en los manuales de ésta se recoge. Menos aun cabe buscarla en los de Historia de América o de los países hispanoamericanos, en los que lo jurídico suele ocupar un lugar secundario<sup>100</sup>. No es excesiva, la bibliografía, pero tampoco escasa; y en no pocos casos, permanece ignorada. Como ayuda a los investigadores, y orientación y estímulo a los estudiosos en general, urge formar esta bibliografía.

En ella, por ser tan poco lo escrito con estricto criterio histórico-jurídico, ha de recogerse, con criterio amplio, cuanto se ha publicado sobre Historia del Derecho y sobre Historia de las instituciones, que aporte datos, orientaciones o resultados positivos. Deben quedar, en cambio, fuera de ella los escritos que nada aporten. La dificultad de encontrar las publicaciones americanas fuera del país en que se han editado, con frecuencia convierte en un problema la lectura de un trabajo. Evítese al estudioso tal problema, cuando nada ha de sacar de su lectura.

En esta bibliografía deben recogerse también las Revistas y publicaciones periódicas, aun no siendo de carácter histórico o jurídico, en cuyas páginas suelen aparecer trabajos de interés.

28. El estudio de las instituciones indianas requiere especial atención, si deseamos dar al mismo un carácter científico y poner a nuestra disciplina al nivel necesario. Si realmente se quiere hacer Historia del Derecho, es necesario dejar a un lado las preocupaciones historicistas y sociológicas, la atención predominante por los aspectos políticos, sociales, económicos, etc. de las instituciones, y proceder como juristas. Sencillamente, estudiar el Derecho con espíritu y con técnica de juristas. No hay en ello crítica ni menosprecio de otras preocupaciones; hay tan sólo el convencimiento de la necesidad de la especialización.

<sup>99</sup> Pueden verse en A. MILLARES CARLÓ y J. I. MANTECÓN, *Album de Paleografía Hispanoamericana de los siglos XVI y XVII*. I, *Introducción*, Méjico, 1955 96-100. En ellas, y en otras normas sobre edición de documentos de épocas antiguas, se inspiran las que se recogen en mi *Manual II*<sup>2</sup> (cit. nota 15) págs. 4-9.

<sup>100</sup> R. ALTAMIRA, *Nota bibliográfica de orientación para el estudio de la Historia de las instituciones políticas y civiles de América*, Madrid, 1926, ofreció un buen repertorio seleccionado de estudios, interesante para la iniciación. Pero, aparte su fecha, el que este folleto sea casi imposible de encontrar, hace que no pueda tomarse como ayuda.

Estudiar el Derecho indiano, no quiere decir limitarse a estudiar la legislación, aunque ésta sea fuente primaria del mismo. La ley debe ser estudiada juntamente con la costumbre, con la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina jurídica, que la completan, la interpretan y la adaptan, como en otra parte he explicado. No creo justificado, ni fecundo, estudiar la ley por un lado y contraponer a ella la realidad vivida, como no sea en un momento dado y para explicar luego como se llegó por una simbiosis a formar el ordenamiento jurídico.

Puesto que hay que trabajar con método de jurista, no creo aceptable el sistema, que puede parecer objetivo, de acumular, ordenar y repetir unas fichas, como si fuera un repertorio de normas de cualquier tipo. Ni tampoco la exposición de un sistema jurídico puede hacerse mediante un relato o narración en que vayan presentándose las diversas normas a medida que aparecen. Si el Derecho es un Ordenamiento, un sistema, sin caer en excesos dogmáticos, hay que reconstruir éste, a base de las fichas, sin duda alguna, pero tratando de caracterizarlo, de destacar su naturaleza, sus principios, su lógica y de analizar sus disposiciones. Como procede un jurista con el Derecho vigente. Pero sin olvidar que a la vez se trata de reconstruir el origen y la evolución de las instituciones, y que aquel sistema ha podido no ser siempre el mismo o modificarse en puntos esenciales<sup>101</sup>; que la exposición sistemática no debe oscurecer ni ocultar el proceso de la evolución, y a la vez, que ésta es la evolución de un sistema. Que posiblemente, al estudiar esta evolución tiene que apreciar como el sistema originario se desarticula, y no de un modo uniforme, porque dada la vigencia provincial o local de la mayoría de las normas, las alteraciones se producen sólo en unas partes, o en unas antes que otras.

La fuerte tensión a que se ve sometido el Derecho de Castilla cuando tiene que adaptarse a una realidad tan distinta de la peninsular, tensión que provoca la formación de un Derecho nuevo —nuevo no sólo en sus normas concretas sino en sus principios—, hace casi imposible exponer el conjunto del Derecho indiano dentro de los cuadros sistemáticos de aquél. Creo preferible, y aquí encuentra una fuerte justificación, estudiar el Derecho indiano sobre una base institucional; que en realidad, es como se formó. Los problemas de convivencia, con-

<sup>101</sup> A pesar del interés personal que en otros trabajos muestra por la Historia jurídica, SILVIO ZAVALA, *Programa de Historia de América en la época colonial*; Méjico, 1961; publicado por el Instituto Panamericano de Geografía e Historia, prescinde casi en absoluto de cuanto se refiere al Derecho indiano.



versión, explotación de las riquezas, mano de obra, gobierno local y general, etc., son los que fuerzan a abandonar el viejo Derecho castellano y a crear uno nuevo; y continúan siendo los problemas los que condicionan el desarrollo ulterior de éste. Mientras estos problemas se enjuician con la vieja mentalidad medieval, el Derecho de Castilla o su mera adaptación a Indias proporcionan unas soluciones que parecen justas. Cuando la vieja mentalidad cede a una nueva, estas soluciones no se consideran satisfactorias y se buscan unas nuevas. Las instituciones —en toda su complejidad social, política, económica, religiosa, etc.— deben constituir la base del estudio del Derecho indiano. Pero sin olvidar que es este, lo jurídico, y no las instituciones o la mentalidad con que se encaran, lo que ha de constituir el objetivo de la investigación y de que ésta ha de realizarse con técnica de jurista.

En la imposibilidad de acometer hoy el estudio del Derecho indiano en toda su complejidad, y ante la conveniencia de avanzar gradualmente en él, puede ser recomendable el estudio inicial de la legislación indiana, que en definitiva constituye la base del régimen jurídico del Nuevo Mundo, para conseguir un cuadro de conjunto, sin duda provisional, que luego habrá de ser perfeccionado con ulteriores investigaciones<sup>102</sup>. Enfrentarse con el examen de los documentos administrativos, judiciales o notariales o con las fuentes de tipo no jurídico, es comenzar la casa por el tejado. Todos ellos se refieren a un sistema jurídico, que en ellos naturalmente se da por conocido y no se explica, con lo que las dificultades se multiplican, y que en cambio puede ser conocido en sus líneas fundamentales mediante el estudio de la legislación.

<sup>102</sup> No ha debido entenderme Roca, *Sobre el concepto de Historia del Derecho* (cit. nota 1) 13, cuando considera errónea mi opinión al diferenciar al jurista dogmático del historiador. Yo he afirmado (*Historia, Derecho e Historia del Derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 [1953] 34), y sigo manteniéndolo, que mientras el dogmático “trata de buscar la unidad y concordancia de las normas en el sistema, el historiador ha de prestar especial atención a las divergencias y contradicciones que denuncian cambios de principios o criterios”. En efecto, en cualquier sistema jurídico en que el conjunto de sus normas procede, como suele ocurrir, de muy distintas fechas —así, v. gr., en el Derecho indiano—, puesto que es un principio jurídico el de no contradicción de las normas, tarea fundamental del jurista es la de armonizar todas ellas, como si hubieran surgido de la mente de un legislador único, y, como ya hizo Graciano, tratar de resolver antinomias y concordar las normas discordantes. Cualquier jurista indiano o contemporáneo, que no haga historia, procede así. El historiador jurista, por el contrario, debe prestar especial atención a estas antinomias, contradicciones y discordancias, porque al darse entre textos de distinta fecha, descubre un cambio de criterio en el legislador, que acaso de otra forma no hubiera percibido; o si las disposiciones son de la misma fecha, criterio distinto en los autores de unas y otras. La evolución del Derecho rara vez es brusca y casi nunca los contemporáneos

Una diferencia de actitud análoga a la del romanista que estudia el Derecho romano y su adaptación a las provincias del Imperio y a la del historiador del Derecho español que estudia la recepción del Derecho romano en España y su evolución en ésta, puede también apreciarse entre el historiador español que estudia la evolución del Derecho indiano y la del historiador americano que estudia este mismo Derecho. Pero que aquél o éste pongan mayor interés en conocer uno u otro aspecto del mismo problema, no puede afectar a los resultados científicos de su investigación: se trata de puntos de vista que se complementan.

Lo que sí resulta extraño es que los historiadores americanos concedan escasa o ninguna atención al Derecho indígena. Si bien esto se explica porque el gobierno y la dirección de la sociedad ha estado en manos de descendientes de españoles o a lo sumo de mestizos españolizados, y que la legislación hasta la Independencia, y aun en parte después, ha sido la española, no deja de suponer una visión unilateral de la vida jurídica americana, ya que una parte considerable de la sociedad ha vivido con arreglo a sus costumbres tradicionales o a un sistema en que éstas se han mezclado con las españolas. Este mestizaje jurídico ofrece un interés considerable, aunque no es fácil de estudiar<sup>103</sup>.

#### B) *La organización de los estudios.*

29. La tarea que hay que realizar para que el estudio de la Historia del Derecho indiano avance con firmeza requiere un esfuerzo considerable y multiplicado. No puede ser realizado ni siquiera por un Centro de investigación, por bien dotado que esté. Ha de ser obra colectiva e internacional, porque los documentos que hay que inventariar y utilizar se hallan desperdigados por los Archivos y bibliotecas... de España y de América, y en cada uno de los países de ésta se plantearon problemas que sólo sobre el terreno pueden ser bien comprendidos.

se han dado cuenta de ella; por eso la historia jurídica aparece mucho más tarde que la historia política. Los contemporáneos no se enteraron de cuándo nacieron las Cortes, o el Municipio; o de cuándo aquéllas y éste se transformaron. La pequeña modificación de un precepto legal, la adopción de un criterio restrictivo o más amplio, que el dogmático recoge para absorberla en el sistema y a lo sumo matizarlo, para el historiador jurista constituyen las *pistas* —por decirlo en términos policíacos— que le descubren algo que está ocurriendo.

<sup>103</sup> En este sentido ALTAMIRA, *Manual de investigación* (cit. nota 1) 121, y las monografías citadas en la nota 31.

Para ello considero indispensable despertar o avivar en todas partes de América el interés por el Derecho indiano. El entusiasmo que por él sentía Ricardo Levene debe encontrar eco en todas partes. En las esferas no especializadas pero con preocupación social, porque, como tantas veces insistió en ello Levene, el Derecho indiano fue un elemento decisivo en la forja de los pueblos de América a los que inculcó los ideales de Justicia y Libertad, a los que condujo por la vía del Derecho a conseguir su independencia; y porque este Derecho indiano, porque fue común a todos los pueblos de habla española, junto con la lengua, constituye el sustrato de su comunidad cultural. Entre los historiadores, a los que hoy la especialización se hace necesaria, porque el conocimiento del Derecho indiano resulta indispensable para conocer la historia de los pueblos americanos, que en su casi totalidad se centra en los problemas de estructura y ordenación de los mismos. Entre los juristas, porque el Derecho indiano, aunque hoy ya no esté vigente constituye la base de partida de la vida jurídica posterior. Si es cierto que el pasado vive en el presente, también lo es que el Derecho actual es hoy como es porque antes fue de otra manera.

Porque la Historia del Derecho no es sólo materia de erudición sino elemento básico de formación del jurista, se ha incluido en los planes de estudios de las Facultades de Derecho, y casi siempre en los primeros cursos, para que pueda desde un principio ejercer su acción formativa. América, tan progresiva y precursora en tantos campos del Derecho, no puede quedar atrás.

En consecuencia, e insistiendo en el acuerdo del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Lima en 1952<sup>104</sup>, creo que sería oportuno, en esta Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, sugerir a las Facultades o Escuelas de Derecho de los Países Hispanoamericanos, si no las tuvieran, la creación de cátedras especiales de Historia del Derecho, como materia básica de las enseñanzas de la Facultad o Escuela, centrandó aquellas en el estudio del Derecho indiano y patrio. ---

Y aun me atrevería a extender esta sugerencia a las Facultades

<sup>104</sup> Al estudiar las costumbres indígenas se echa de menos, en la mayoría de los juristas que lo han intentado, un conocimiento suficiente de las modernas concepciones y métodos etnológicos. No basta reunir y ordenar un conjunto de datos espigados en las obras de los viejos cronistas indianos; esto carece casi siempre de sentido. Una orientación bibliográfica moderna puede encontrarse en J. COMAS, *Bibliografía selectiva de las culturas indígenas de América*, Méjico, 1953, y P. ARMILLAS, *Programa de Historia de América, periodo indígena*, Méjico, 1962, abarcando también la época postcolombina.

de Humanidades y Departamentos de Historia, siguiendo el precedente del plan de estudios de la Sección de Historia de América de las Facultades de Filosofía y Letras españolas, donde no sólo se estudia un curso de Historia del Derecho Indiano, sino otro de Instituciones canónicas indianas y un tercero de Instituciones americanas contemporáneas.

30. Al mismo tiempo urge coordinar la labor de cuantos se consagran al estudio del Derecho Indiano.

Para ello, habría que comenzar por formar una relación de los mismos, análoga a las *Guías* ya existentes de medievalistas o de americanistas, con indicación de nombre, dirección, títulos, cargos, Centro en que enseña o investiga, especialidad y publicaciones. Dado el estado de nuestra ciencia la inclusión en la *Guía* a título de especialista debería realizarse con un criterio relativamente amplio, pero indicando siempre los temas de especialización y sus publicaciones.

Complemento de esta *Guía* personal debería ser otra de Centros de investigación consagrados enteramente o en parte al estudio del Derecho Indiano.

La existencia de una *Guía* general de americanistas hace que, aun adoptando para la inclusión un criterio amplio, la *Guía* que aquí se propugna deba ser de auténticos especialistas. Habiendo de servir esta *Guía* para la coordinación de trabajos e investigadores sería perturbador incluir en ella a quienes no puedan colaborar eficazmente en este campo restringido.

31. Para la coordinación de las investigaciones el Congreso internacional de Juristas de Lima patrocinó la idea de crear un Instituto Central de Historia del Derecho<sup>105</sup>. Esta fue también idea de Levene, que concibió este Instituto de ámbito continental, con sede rotativa<sup>106</sup>. Me permito disentir de estas autorizadas opiniones. No creo que un Instituto de esta índole, que ha de tener a su cargo tareas concretas y permanentes, pueda estar supeditado a un continuo desplazamiento,

<sup>105</sup> Véanse las *Resoluciones*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 7, 1955-1956, 136-37.

<sup>106</sup> Acuerdo 19: "Dirigirse a la Comisión de Historia del Instituto Panamericano de Geografía e Historia proponiendo el establecimiento de una Comisión especial de Historia del Derecho". Acuerdo 69: "Auspiciar el establecimiento de un Instituto Central de Historia del Derecho que proyecte y realice investigaciones y publicaciones atinentes al proceso histórico del Derecho Hispano Americano, con la cooperación de las entidades singularizadas en los acuerdos números 1 y 3" [La Comisión de Historia del Instituto Panamericano de Geografía e Historia y las Facultades de Jurisprudencia de la América Hispana]. Véase *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 7, 1955-1956, 136.

a los naturales cambios de criterio de quienes periódicamente hayan de dirigirlo, y a las posibilidades variables del centro nacional o de la persona que por un tiempo haya de atenderlo.

Creo preferible, incluso, prescindir de la creación de tal Instituto Internacional de Historia del Derecho, y confiar las tareas permanentes que aquél hubiera de realizar, a alguno de los Institutos o Centros hoy existentes y en pleno funcionamiento. En sucesivas Reuniones de historiadores del Derecho Indiano, y éstas sí podrían tener sede rotativa, sería la ocasión de establecer proyectos de investigación, sugerir publicaciones y coordinar trabajos<sup>107</sup>. Ante la improbabilidad de la creación de un Instituto Internacional de Historia del Derecho con medios propios y suficientes para realizar investigaciones por su cuenta, éstas han de correr a cargo de Institutos o investigadores determinados.

El Instituto que tuviera a su cargo la coordinación de trabajos, sería conveniente distribuyera periódicamente, sin necesidad de imprimirlo, un Boletín informativo que sirviera de órgano de enlace entre los investigadores de los distintos países.

32. Dada la disparidad de criterios imperantes entre los cultivadores del Derecho indiano, la desorientación reinante en muchos sectores, la diferencia de puntos de vista, la dificultad de conocer la bibliografía y el distinto rigor metodológico con que se trabaja, parece que una tarea urgente pudiera ser la de poner un poco de orden en todo ello, replantear las cuestiones, facilitar una información básica y coordinar un poco los métodos. Es decir, elaborar un *Programa de Historia del Derecho indiano*, al estilo, salvando todas las diferencias, de los que para la Historia de América preparó el Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

La elaboración de este *Programa* habría de seguir varias etapas. En primer lugar habría que redactar un Cuestionario, señalando los propósitos, lo que habría de contener el Programa, la información que se solicita, etc., y remitirlo a los especialistas de los diversos países para obtener sus sugerencias. A la vista de ello, habría que elaborar un Cuestionario más preciso que el anterior, centrando ya la tarea concreta, que esta vez habría de solicitarse, referida a cada país, de un especialista del mismo que se responsabilizara de ella, sin perjuicio de solicitar las colaboraciones que creyera oportunas. En caso de que no pudiera obtenerse la colaboración de un especialista nacional, habría que contar con la de otro de cualquier país; y aun en último tér-

<sup>107</sup> A. BASCUÑÁN, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 6, 1954, 173.

mino prescindir de ella, a conciencia de las limitaciones que de esto resultarían para la obra de conjunto. A la vista de los informes recibidos, uno de los especialistas debería encargarse de su refundición y de la redacción definitiva.

Este *Programa* debería contener:

Una orientación práctica sobre la forma de concebir y estudiar la Historia del Derecho indiano.

Un cuestionario razonado de los temas del Derecho indiano, con orientaciones sobre su contenido, importancia, problemas, relaciones, etc., acompañado de una bibliografía básica, con indicaciones en su caso, sobre su orientación, método y valor.

Un inventario mínimo de fuentes impresas e inéditas para la investigación del Derecho indiano.

Una metodología práctica sobre la técnica de la investigación del Derecho indiano.

33. Para concluir, debería estudiarse la forma de poner al alcance de los investigadores y Centros de los distintos países, por cualquiera de los medios de reproducción actuales —sin necesidad de acudir a la imprenta, siempre más costosa— copia de las fuentes fundamentales del Derecho indiano que por estar todavía inéditos o en ediciones inaccesibles, de hecho quedan sin posible utilización.

## LAS LEYES Y COSTUMBRES INDIGENAS EN EL ORDEN DE PRELACION DE FUENTES DEL DERECHO INDIANO

Por JUAN MANZANO MANZANO

En la ley 4ª, del título 1º del Libro II de la Recopilación de Indias de 1680 dispone Carlos II “que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este Libro... se guarden y executen; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y al nuestro, y a la conservación y policía christiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos”.

En el precepto antecedente los codificadores dejaron fijado el criterio oficial sobre el problema de la persistencia del Derecho indígena; pero en él no cuidaron de aclararnos suficientemente el valor de estos estatutos antiguos de los indios, o más concretamente, el lugar que debían ocupar u ocupaban entre las fuentes del Derecho Indiano. Ante este vacío dejado por el legislador, no tenemos más remedio que acudir al derecho supletorio del indiano, al derecho castellano. Éste, en la ley 1ª de Toro, de 1505 —vigente en los nuevos territorios, a tenor de la ley 2ª, titº. 1º del Libro II de la recopilación carolina— establece que los jueces, para la determinación de las causas y los pleitos, tanto civiles como criminales, aplicarán, en primer lugar, el derecho contenido en los Ordenamientos y Pragmáticas, principales elementos integrantes del nuevo derecho territorial castellano; derecho territorial llamado en aquella época “municipal”, en contraposición al derecho común romano-canónico. Este nuevo derecho es el que se recoge en las Recopilaciones oficiales y privadas de la Edad Moderna.

Cuando no existe norma especial, deberán aplicarse “las leyes de los fueros” (las del Fuero Real y las de los fueros municipales), siempre y cuando éstas se sigan aplicando (usando) en los lugares respec-

tivos, y su contenido no se oponga a la ley de Dios, a la razón, o a las anteriores normas recopiladas.

Al faltar norma especial y fuero, el juez tendrá que recurrir a las leyes de las Siete Partidas.

Este es el orden de prelación de las fuentes castellanas en el instante en que las Indias Occidentales se incorporan a la Real Corona de Castilla. Desde el primer momento, las nuevas tierras constituyen un Reino de la Monarquía castellana, al que se extiende el viejo derecho de ésta; el cual, poco a poco, irá siendo desplazado por un nuevo derecho, adaptado a las peculiares necesidades de la vida ultramarina. Este es el derecho "municipal" indiano, llamado así por los juristas contemporáneos para diferenciarlo del "común" castellano. Un derecho, en suma, *especial* del nuevo reino de las Indias, contenido en una serie innumerable de disposiciones de toda clase (Reales Cédulas, Ordenanzas, Capítulos de Cartas, etc., etc.), y que es el que recoge la Recopilación general de leyes de 1680.

Aplicando, pues, al nuevo Reino, incorporado en forma accesoria a la Corona de Castilla, el orden de prelación de fuentes establecido para los Reinos matrices o principales (Castilla y León), nos encontramos con que, para el mantenimiento de la "república de los españoles en paz y justicia", los gobernantes y jueces han de tener en cuenta: 1º el derecho nuevo, municipal, recogido en la Recopilación de 1680, equivalente al castellano de los ordenamientos y pragmáticas; 2º, en defecto de norma especial indiana, el juez acudirá al derecho común, que en este caso es el de Castilla, incluido en la Recopilación vigente y en las Siete Partidas ("y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación [de Indias] —dice la ley 1ª, titº. 1º, lib. II— para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación y Partidas de estos Reinos de Castilla conforme a la ley siguiente"). La ley 2ª, siguiente, dispone especialmente: "Que se guarden las leyes de Castilla, en lo que no estuviera decidido por las de Indias", observando el orden de prelación de fuentes establecido en la ley de Toro, ya referido anteriormente.

Es decir, que, según la ley 1-1-2 de Indias, a falta de norma especial, se aplicará el derecho común castellano de la Recopilación de 1567 y de las Siete Partidas. Pero, ¿y el derecho local contenido en los fueros municipales, antepuesto al común de las Partidas en el orden de prelación de fuentes de la ley de Toro, mandado observar por la ley 2-1-2 de Indias?



En el nuevo derecho indiano, por lo que a la "República de los españoles" se refiere, el viejo derecho local de los fueros municipales castellanos no cuenta. Salvo casos sumamente raros —como, por ej., el de Panamá, cuyo cabildo solicita el Fuero de Sevilla, interesado, probablemente, por la estructura del cabildo hispalense; o el caso del Fuero de Vizcaya, estatuto éste de carácter personal, quizá reclamado por individuos de esta región española residentes en Indias— los nuevos núcleos de población, formados a base de elementos peninsulares de diversa procedencia, no tienen, como las viejas ciudades y villas de la Metrópoli, un derecho propio, concedido por reyes anteriores, y conservados por ellos como una verdadera reliquia. En Indias, los soberanos españoles, cuya tendencia en Castilla es la de sustituir los antiguos derechos locales por un derecho único, de carácter territorial, no encuentran obstáculos en este sentido al tratar de organizar el nuevo Reino; allí no tropiezan con la rémora de unos estatutos locales, comprensivos de las libertades y privilegios de los habitantes de las ciudades y villas. Por esta razón, el legislador indiano omite el segundo término de la relación: los fueros municipales; y a falta de norma especial indiana, manda guardar las leyes castellanas de la Recopilación y de las Partidas.

Ahora bien, todo lo expuesto hasta este momento se refiere al gobierno y administración de la "República de los españoles". Pero ¿qué ocurre con la "república de los indios"? ¿Con arreglo a qué leyes se mantendría a ésta en paz y justicia? Respecto a los indígenas, el problema es un poco más complejo, pero de normal solución, con sólo tener a la vista el patrón castellano. Ni qué decir tiene que en este caso, como antes en el de los españoles, goza de prioridad el derecho municipal o especial de Indias, contenido, a partir de 1680, en la Recopilación de Carlos II, y anteriormente en una cantidad inmensa de disposiciones de toda clase (Ordenanzas, Instrucciones, etc., etc.).

El problema se plantea cuando falta norma especial indiana. En el derecho castellano se resuelve acudiendo a los fueros locales. Pues bien, de idéntica forma se plantea y resuelve el problema en el caso de los indios. Éstos tenían en la época de la gentilidad leyes y costumbres, con arreglo a las cuales sus reyes y señores habían organizado desde tiempo inmemorial la vida de sus comunidades. Cada "nación" o grupo indígena tenía sus normas, por regla general de carácter consuetudinario, con arreglo a las cuales vivían estas comunidades pre-

hispánicas hasta el momento en que fueron descubiertas por los españoles. Pues bien, a estas leyes y costumbres de las diferentes agrupaciones indígenas el legislador español concedió el mismo valor que a los viejos fueros castellanos. Incluso algún famoso jurista de la época aplica a aquéllas la misma denominación que a éstos: Fueros. En prueba de ello, bastará recordar la conocida "Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros", redactada en 26 de junio de 1571 por Juan Polo de Ondegardo.

Ésta, y no otra, es la razón que explica la extraordinaria similitud de conjunto que guarda la referida ley 2-1-2 de Indias, en que se mandan guardar las antiguas costumbres de los indios, con el pasaje de la ley 1ª de Toro, referente a los fueros municipales. Veámosla más detenidamente:

*Ley de Toro*

"establecemos y mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que nos halláremos que se deven emendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios y contra razón y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen".

*Ley de Indias*

"ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios... observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este Libro... se guarden y executen... con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene".

Con otra redacción, la idea, el sentido, es el mismo en ambos preceptos. Las costumbres antiguas de los indios, como anteriormente los fueros castellanos, tienen fuerza de obligar en tanto en cuanto no estuvieran en contradicción con el derecho especial indiano, contenido en la *Recopilación* de 1680, y con los preceptos de la religión y moral cristianas.

En el orden de prelación de fuentes del derecho indiano, con relación a las comunidades indígenas, los antiguos usos y costumbres se mantenían en segundo lugar, inmediatamente después del derecho castellano especial de los reinos de las Indias. Y que esto ocurría así lo prueba, aparte otros testimonios que pudiéramos aportar, un curioso pasaje, inserto en el acta de confirmación de la famosa capitulación concertada, en el Perú, entre el gobernador español Lope García de Castro, en nombre de Felipe II —capitulación que fue confirmada

después por el rey— con el Inca Tito Cusi Yupanqui, descendiente de los antiguos emperadores, señores universales de aquellos estados. En el artículo 1º de la capitulación el Inca Tito se somete voluntariamente al rey español, y como tal vasallo se muestra dispuesto a recibir y obedecer al corregidor que le envíe el Gobernador para que le mantenga a él y a sus gentes en paz y justicia. El 9 de julio de 1567 tiene lugar, en las montañas de Vilcabamba, paraje donde vivía refugiado el Inca y sus leales, el acto de obediencia por éste del corregidor nombrado por García de Castro, en virtud de lo estipulado en la cláusula 1ª de la capitulación concertada el año anterior. Veamos lo que se dice en el acta levantada ese día, inserta en la confirmación de la capitulación, cuyo original se conserva en el Archivo de Indias, Lima, 578, libro 2º, fol. 407.

“En este mismo día, mes e año susodichos (9-julio-1567) el dicho Ynga Tito Cusi Yupanqui hizo leer la provisión del muy ilustre señor Licenciado Castro, para desde luego empear a cumplir lo que hera obligado de su parte, e siendo testigos a ello los dichos. E visto que por el primer capítulo hera obligado a rrecibir, como vasallo de su magestad, corregidor en nombré de su magestad, que le mantuviese a él e a su gente en justicia, e que el dicho Diego Rodriguez venía nombrado para ello, dixo que le avía e ovo e thenía por tal corregidor en toda su tierra para que libremente administrase justicia SEGUND EL USO E FUERO DE ESPAÑA E USSOS DEL DICHO YNGA E SUS GENTES, LOS QUE SE LLEGASEN A LEY E RRAZÓN NATURAL”.

He aquí un texto en donde vemos plenamente confirmada la doctrina expuesta con anterioridad. Los “usos del Inca” no deberían ser desconocidos por el corregidor español mientras no contradijeran el “uso e fuero de España” o la “ley e rrazón natural”.

Es evidente que en la frase “uso e fuero de España”, empleada en esta ocasión, se comprende todo el derecho de esta procedencia (tanto el *especial* indiano como el *común* de la Recopilación castellana vigente y el de las Siete Partidas). Indudablemente, esto se ha hecho por simplificar. Sin embargo, como ambos no están colocados en el mismo plano, como no tienen el mismo valor, conviene insistir un poco más sobre este punto, a fin de comprobar lo que ocurre en la práctica.

Ya dijimos que en los nuevos territorios, en todos los casos o situaciones en que se encuentran implicados los indígenas, cuando no

existe norma *especial* aplicable, y falta también la correspondiente costumbre indígena, o existiendo ésta es contraria a la "ley e rrazón natural", el juez o cualquiera otra autoridad competente deberá recurrir a las leyes de Castilla, o como dice el legislador a las "leyes destos nuestros reynos".

Un ejemplo claro de esto último nos lo ofrece una Real Cédula de 26 de octubre de 1541, en la que se prohíbe a los caciques del Perú hacer esclavos conforme a su costumbre antigua, ordenándoles se atengan en este punto a lo establecido en las leyes castellanas. Para que todos puedan percibir el alcance y sentido de esta interesante disposición, nos vamos a permitir dar su texto. Dice así:

"Don Carlos, etc., por quanto nos somos ynformados que los caciques y prencipales de la prouincia del Peru *tenian de costumbre* de hazer y tomar por esclauos de los naturales que les heran sujetos por muy libianas cosas, e con mucha facilidad los venden e tratan como tales a los españoles que an ydo a conquistar y poblar la dicha tierra y ellos entresy; e como quiera que siendo ynformados de la desorden y exceso que en esto ha havido, por una nuestra prouision de la data desta avemos proybido que por ninguna via ningund español pueda de aquí adelante comprar ni aver por via de rescate ni en otra manera esclauo alguno de los dichos yndios, como más largo en la dicha nuestra prouisión se contiene; *todavía por escusar cosa tan mal hecha y los ynconuenientes que de la dicha costumbre suçeden e podrían suçeder*, visto y platicado por los de nuestro Consejo de las Indias, fue acordado que deuíamos mandar dar esta nuestra carta, e nos tuuimoslo por bien, por la qual mandamos e defendemos firmemente que agora ni de aquí adelante ninguno de los dichos caciques ni prencipales, ni otro yndio alguno puedan hazer ni hagan esclavos yndios algunos, ni los vender ni rresqatar a persona alguna, e si alguno hizieren, por la presente los damos por libres, para que hagan de sy lo que quisieren e por bien tovieren, syn que por persona alguna les sea puesto en ello embargo ni ynpedimento alguno, por quanto siendo como son nuestros subditos e vasallos, SON OBLIGADOS EN ESTO A GUARDAR E BIUIR POR LAS LEYES DESTOS NUESTROS REYNOS, .....

El pensamiento del legislador aparece perfectamente diáfano. Por eso no merece la pena insistir sobre él. En la precedente Real Cédula se ofrece un claro ejemplo de costumbre "antigua", que por ser contraria a la ley natural, es abolida por el soberano, y en su lugar éste manda "guardar las leyes destos nuestros reynos" reguladoras de la esclavitud.

Comprobamos que en el sistema indiano de fuentes, las antiguas y justas leyes y costumbres indígenas se aplican, a falta de normas especiales recopiladas, antes que las leyes comunes castellanas de la Recopilación y las Partidas. Estos usos y costumbres, en el orden de prelación de las normas indianas, se equiparan y ocupan el mismo

lugar que los antiguos fueros municipales castellanos; cosa que no debe sorprendernos, si tenemos en cuenta que éstos se encontraban ya en esta época, en España, en completa decadencia, pues habían perdido casi toda su vigencia, y al requerirse, para su aplicación, la ineludible prueba de su uso, se habían convertido en auténticas costumbres.

## LA HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL Y EL DERECHO INDIANO

Por JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

1. — La orden del Ministerio español de Educación y Ciencia de 13 de agosto de 1965 por la que se reforman los estudios de la Licenciatura en Derecho, ha planteado una vez más el problema de la enseñanza de la Historia del Derecho en las Universidades españolas. En esta ocasión, las consecuencias de la reforma, aunque limitada su aplicación a las Facultades de Derecho de las Universidades de Sevilla y Valencia, han sido a nuestro juicio beneficiosas para el desarrollo de la disciplina. Detengámonos brevemente en describir el lugar que la Historia del Derecho ocupaba dentro de los planes docentes que han tenido vigencia en España durante los últimos veinte años, y ello nos permitirá comprender el alcance de la reforma actual.

Según el Plan de 1943, la Historia del Derecho se enseñaba con el carácter de disciplina cuatrimestral en el primero y cuarto cursos de la Licenciatura; en el primer curso se explicaba la Historia de las fuentes y la del Derecho público, y en el cuarto la relativa a la del Derecho privado, penal y procesal. En 1953, un nuevo Plan de estudios situó la Historia del Derecho en el primer año de la carrera, otorgándole la consideración de disciplina que debía profesarse a lo largo de todo el curso académico.

Ahora bien, si desde el plano puramente conceptual el Plan de 1953 era acertado, en cuanto que los alumnos entraban en contacto con la evolución histórica de las instituciones jurídicas antes que con el Derecho vigente, la docencia sufrió con esta reforma, porque con frecuencia —la mayor parte de las veces por escasez de horas lectivas—, la que podríamos llamar parte especial —Derecho privado, penal y procesal— de la Historia del Derecho, o dejó de explicarse a los alumnos o sólo fue objeto de una enseñanza breve y superficial. Ciertamente que la enseñanza de estas parcelas de la Historia jurídica presentaba inconvenientes difíciles de vencer, al no existir ni siquiera un Manual en el que fuesen objeto de una exposición sistemática, pero no es menos evidente que con el nuevo Plan el estímulo que para el profesor suponía la obligación de explicar una disciplina específica

bajo el título de "Historia del Derecho privado, penal y procesal", también desapareció. Los alumnos conocieron entonces la Historia del Derecho privado, la de las instituciones penales y la del proceso a través de los capítulos que en los Manuales o Tratados de Derecho civil, penal y procesal se dedican al estudio de los antecedentes históricos de las instituciones, cuyo valor es, salvo honradas excepciones, nulo. Como es sabido, dichos capítulos no son el resultado de un trabajo serio sobre las fuentes de conocimiento, sino el que puede obtenerse después de consultar algunas de ellas, que por lo común suelen ser el Fuero Juzgo, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro, que por sí solas no resuelven el problema histórico de las instituciones.

Mientras tanto, la investigación histórica de nuestro Derecho privado ha progresado considerablemente, porque los cultivadores españoles de la Historia del Derecho han mostrado en los últimos años sus preferencias por esta parcela del ordenamiento jurídico. Las páginas del Anuario de Historia del Derecho Español, y en menor medida las de otras revistas jurídicas españolas, son una muestra de este cultivo de la Historia del Derecho privado español.

El desarrollo de la investigación de la Historia del Derecho privado español ha hecho posible la reforma de 1965, por lo que se refiere a lo que en ella hay de nuevo sobre la enseñanza de la Historia del Derecho. Aunque todavía no disponemos de un Manual —sólo el Derecho de personas fue expuesto hace tiempo por el profesor Alfonso García Gallo—, las investigaciones realizadas hasta el momento son suficientes para abordar con cierto orden y método la explicación de los problemas más importantes de esta parte de la Historia jurídica.

En el Plan de 1965 se distinguen los cursos comunes, los tres primeros, de los cursos de iniciación a la especialización, los dos últimos, en las materias de Derecho público, Derecho de la empresa y Derecho privado respectivamente. La Historia del Derecho figura en el primer curso de los comunes, y en el primero de la especialización en Derecho público, e igualmente en el primero de especialización en Derecho privado, bajo los títulos de Historia del Derecho público e Historia del Derecho privado. En los tres la disciplina es anual, y su contenido en el primer curso de los comunes se concreta en el estudio de la evolución general del Derecho español y en la de las fuentes de creación y conocimiento del mismo. Nuestra disciplina, como puede observarse, ha adquirido en el nuevo Plan español una importancia de la que

hasta ahora había carecido, y es que los juristas comienzan a considerar, como algo conveniente y necesario para la formación de los alumnos, que el fenómeno jurídico sea estudiado en íntima conexión con su propia evolución histórica. La amplitud de que gozan los estudios histórico-jurídicos en el nuevo Plan hará posible que las instituciones del Derecho indiano sean estudiadas con mayor profundidad. Podrá considerarse acertado o desacertado que la Historia del Derecho público y la del privado aparezcan situadas en el cuarto curso de la Licenciatura, según se establece en el Plan aludido, pero ello ha sido una consecuencia inevitable y acorde con el espíritu de especialización que lo informa. Los alumnos, sin embargo, ya han recibido una cierta formación histórico-jurídica en el primer curso de sus estudios, con anterioridad por tanto al examen del Derecho positivo.

2. — El nuevo Plan ofrece también la posibilidad de incluir en el grupo B de iniciación a la especialización, relativo al Derecho empresarial, una Historia de las instituciones mercantiles españolas, con la cual quedaría completo el cuadro de las enseñanzas histórico-jurídicas en nuestras Facultades de Derecho. Sin embargo, con plena conciencia de ello, hemos desaprovechado la oportunidad que el Plan nos brindaba. La razón es obvia. Si hasta ahora se ha afirmado que la Historia del Derecho privado estaba por hacer —la afirmación es ya tópica y no debe ser utilizada sin ponderación—, goza de plena validez, en cambio, con relación a la Historia de nuestro Derecho mercantil. Si, en mayor o menor medida, gran parte de las instituciones que integran la Historia del Derecho privado en sus ramas de personas, cosas, derechos reales, contratos, familia y sucesiones han merecido la atención de los investigadores, las referentes al Derecho mercantil han sido descuidadas o muy escasamente cultivadas hasta el momento presente.

No es posible elaborar en esta ocasión un elenco bibliográfico sobre las publicaciones relativas a la Historia del Derecho mercantil, pero de todos es sabido que sólo existen pocas monografías y de muy distinto valor. También lo es que en las ediciones de fuentes, aunque abundan las concernientes a las ordenanzas y reglamentos de los organismos comerciales, se ha descuidado la publicación de aquellas otras en las que se recogen los actos jurídicos concretos de la vida mercantil. Normalmente, salvo escasas excepciones, ha sido imposible la reconstrucción de las instituciones en su conjunto. La publicación de los documentos, en los que como acabamos de decir se plasma la vida



mercantil de cada día, es muy limitada, y aunque disponemos de algunos catálogos, su manejo, si no va acompañado del examen del documento a nada conduce o incluso puede provocar una torcida interpretación de la realidad objeto de estudio. Son frecuentes en cambio las obras sobre Historia del comercio y de la economía, pero en ellas el análisis de las instituciones mercantiles aparece, por la misma naturaleza de esas obras, falto de personalidad.

Es cierto que las dificultades que hay que vencer no son pequeñas, y personalmente las hemos podido comprobar. Ocupados desde hace algunos años en el estudio histórico de las compañías mercantiles y en el de la comenda, no hemos podido ofrecer hasta ahora otra cosa que los resultados parciales de esas investigaciones. La comenda-depósito, trabajo publicado en el tomo XXXIV del Anuario de Historia del Derecho Español, próximo a aparecer, constituye solo una de las manifestaciones de esta institución, cuya variedad de formas es su principal característica. Los problemas relativos a la naturaleza jurídica y a la responsabilidad de las sociedades por acciones en el Derecho español del siglo XVIII, fueron estudiados en otro artículo publicado en *Economía e Storia*, fascículo 2º de 1964, y que ha merecido la benévola atención de José M. Mariluz Urquijo en las páginas de la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, en las cuales él mismo y también otros investigadores han cultivado algunos aspectos de la Historia del Derecho mercantil argentino. Se trata de aportaciones parciales, pero a las que hay que atribuir el valor que realmente tienen, siempre que hayan sido elaboradas con un buen método. Sin ellas difícilmente podrá ser elaborada en su día una Historia del Derecho mercantil nacional.

3. — Sin embargo de que los resultados alcanzados hayan sido pequeños, la experiencia adquirida tras el estudio de algunos problemas de la Historia del Derecho mercantil español, ha sido abundante. Dicha experiencia puede concretarse en las conclusiones siguientes:

a) Es urgente que los historiadores del Derecho se ocupen en investigar la Historia del Derecho mercantil español y que los resultados de sus investigaciones puedan incorporarse a la rica y amplia bibliografía europea sobre esta materia.

b) Es preciso evitar que nuestros mercantilistas a la hora de incluir en sus Manuales la historia de las instituciones mercantiles, no puedan realizarla sino sobre la base de las conclusiones que resul-

tan de las investigaciones italianas, francesas o alemanas, que con frecuencia prescinden del examen de las fuentes españolas.

c) Es necesario señalar la aportación española al Derecho mercantil, porque el origen de las instituciones que integran este ordenamiento jurídico en la Baja Edad Media y en la Moderna no siempre ha sido italiano. Los problemas de filiación, de adaptación y de transformación de las instituciones mercantiles sólo pueden resolverse en la medida en que se profundice en el conocimiento de los Derechos mercantiles nacionales o de grandes áreas geográficas. En contra de A. E. Sayous, defensor de la tesis del origen italiano de las instituciones mercantiles utilizadas en España y en el Nuevo Mundo, Verlin-den mantuvo el criterio de que el acabado estudio de éstas arrojaría conclusiones interesantes sobre la propia personalidad del Derecho mercantil español, y esto no obstante la validez del carácter casi universal del ordenamiento jurídico comercial.

d) El descubrimiento de América, y la consiguiente necesidad de organizar el comercio entre España y los nuevos territorios, marcan el inicio de una nueva etapa en la evolución del Derecho mercantil peninsular.

Y es este hecho, cuya importancia no es preciso destacar, el que determina que la elaboración de la Historia del Derecho mercantil de los siglos XVI y siguientes deba ser una obra en la que participen por igual los historiadores americanos y los españoles del Derecho, porque en realidad no se trata de construir la Historia de los Derechos mercantiles americanos o la Historia del Derecho mercantil español, sino la Historia del Derecho mercantil hispano-americano, ya que el gran desarrollo que nuestro ordenamiento mercantil experimentó a partir del siglo XVI tuvo como base la realidad americana y a ella se condicionó.

Que esto es así, se comprueba al leer la cláusula 50ª de la Real Cédula de 10 de marzo de 1785, por la que Carlos III estableció la Real Compañía de Filipinas. El texto en cuestión no por tardío es menos significativo:

Todas estas gracias, privilegios y exenciones tan ventajosas a la Compañía, y el crecido interés que he tomado en sus acciones, han tenido en mi Real ánimo el preferente objeto del bien general de mis amados vasallos; y que se fomenten la agricultura, e industrias de las Islas Filipinas. Y como su prosperidad refluye en beneficio de las operaciones de este comercio, y que sus progresos tienen íntimo enlace con los de la Compañía, cuya utilidad será mayor, cuanto más se aumenten los frutos y las

artes en aquellos dominios: declaro, que la he concedido, y debe gozar de las franquicias contenidas en los artículos anteriores, con la precisa claridad de aplicar un cuatro por ciento del producto libre de sus ganancias anuales para destinarlo con su misma intervención al fomento de las Islas Filipinas en los dos ramos de agricultura, e industria, y a este fin la Junta de gobierno, que se formará en Manila, propondrá todo lo que tenga conveniente a la de esta Corte, para que examinado con el celo, madurez y pulso, que exige un asunto de tanta importancia, resuelva lo que le parezca más conducente al adelantamiento de dichos ramos, y me dé cuenta de sus acuerdos para que se observen con mi Soberana aprobación.

El desarrollo del comercio con América supuso la utilización cada vez más intensa de una serie de contratos mercantiles, por ejemplo la comisión o el transporte mercantil, cuyos objetivos los había cumplido hasta entonces la comenda. Con frecuencia, las relaciones mercantiles se inician en España para ser realizadas permanentemente en América, lo que implica la necesidad de utilizar la documentación americana para conocerlas en toda su amplitud. Un estudio sobre la historia de las sociedades por acciones quedará incompleto, sin el manejo de la documentación que sobre las actividades de esas compañías pueda conservarse en los territorios americanos donde las han desarrollado. La posibilidad, prevista en los estatutos de la Real Compañía de Filipinas, de suscribir acciones en las factorías americanas, o el establecimiento de una dirección de la compañía en Manila, son hechos que por sí solos obligan a servirse de la documentación filipina para profundizar en los problemas que la suscripción de acciones o la gestión de la dirección de Manila pudieran plantear. Las actividades de los inspectores y directores americanos de la Compañía Marítima de Pesca obligan a proceder de una forma parecida. Aunque es cierto que a veces basta la documentación conservada en el Archivo General de Indias, no lo es menos que en numerosas ocasiones la documentación americana puede resultar imprescindible.

4. — El método de investigación que debe aplicarse a la reconstrucción de esta Historia de las instituciones mercantiles no debe ser otro que el utilizado en el estudio de las otras parcelas de la Historia del Derecho privado. El historiador del Derecho deberá familiarizarse previamente con la bibliografía de la Historia económica y comercial, en cuanto que las instituciones mercantiles pretenden organizar esta última realidad. Pero siempre se debe proceder aplicando el método histórico-jurídico a las fuentes en las que se haga referencia al tema que se investigue.

En esas fuentes cabe distinguir las legislativas generales, que de-

ben ser utilizadas dada la íntima conexión que en todo momento existe entre el ordenamiento jurídico mercantil y el civil, de las legislativas mercantiles propiamente dichas, entre las que se destacan las Ordenanzas de los Consulados, a cuyo conocimiento han contribuido los historiadores americanos y los españoles, y una serie de disposiciones de carácter mercantil que hay que entresacar de las generales puesto que con ellas han sido recopiladas.

La literatura jurídica mercantil española de los siglos XVI al XVIII, constituye otra fuente de manejo imprescindible, siempre que se la utilice con mesura porque a veces la teoría y la práctica mercantiles siguen caminos distintos. Su importancia es mayor en el caso que nos ocupa, porque no se limita tan sólo a describir las prácticas mercantiles peninsulares sino que en ella se da cabida a las de la América española. Una amplia lista de los autores que pueden ser manejados con provecho puede hallarse en mi citado trabajo sobre la comenda-depósito. Siempre se impone una referencia a Tomás de Mercado, con su obra "Suma de tratos y contratos", el autor que con más finura ha captado la vida mercantil y los métodos y prácticas en ella empleados.

Sin embargo, la fuente por excelencia en este campo de la investigación histórico-jurídica es el documento, procedente, a pesar de su dispersión, de los Archivos de Protocolos y de los Archivos de los Consulados. En el Archivo General de Indias se conserva una preciosa documentación sobre las instituciones mercantiles en cuya estructuración y control ha intervenido el poder central. En las secciones de Filipinas, Ultramar y en las de las diferentes Audiencias, hay cuantiosos documentos sobre las compañías de comercio de mayor envergadura; en la de Escribanía de Cámara es frecuente encontrar numerosos pleitos de carácter mercantil vistos en el Consejo de Indias, y lo mismo ocurre en la sección de Consejos del Archivo Histórico Nacional. No hace falta destacar la importancia de los archivos particulares en los que se conserva la documentación privada de algunos comerciantes; es el caso de los Archivos de Simón y Cosme Ruiz.

La simple lectura, sin profundizar más, del "Catálogo de los fondos americanos del Archivo de Protocolos de Sevilla", o la del "Índice y extractos del Archivo de Protocolos de La Habana", edición de María Teresa de Rojas, o la de los "Protocolos del Escribano Hernán Guerra, La Laguna 1508-1510", edición de Emma González Yanes y Manuela Marrero Rodríguez, por citar algunas publicaciones de esta

clase, nos dan idea de la riqueza del contenido mercantil de los Archivos de Protocolos.

Sólo mediante el manejo de los documentos es posible conocer la auténtica realidad de la vida mercantil. La mayor parte de las veces, como hemos dicho, no es suficiente el manejo del documento a través del resumen que se contiene en el catálogo para establecer conclusiones sólidas. Es el caso de Sayous, ampliamente criticado por Verlinden en su trabajo "Modalités et methodes du commerce colonial dan l'Empire espagnol au XVI<sup>e</sup> siècle", publicado en el tomo XII, 1952, de la Revista de Indias, páginas 249 a 276.

Es preciso pues que el investigador entre en contacto con el documento. Sin embargo, no es tan fácil como fuera de desear, porque de todos son conocidas las dificultades que hay que vencer para conseguir el acceso a determinados archivos. Estas dificultades y otras más importantes (localización de los documentos, lectura a veces muy difícil para quienes no hayan hecho de la Paleografía su especialidad), podrían obviarse parcialmente en la medida en que los autores de las colecciones documentales no se limitasen a publicar simples índices, resúmenes o extractos, sino que en ellas incluyeran por la vía de apéndices documentales la transcripción por extenso de los documentos, el documento tipo y sus variantes, relativos a las instituciones que se plasman en ellos. Es una lástima, de otra parte, que las ediciones de fondos documentales de esta clase sean tan escasas, consecuencias sin duda del volumen que a veces alcanzan, de su falta de rentabilidad y de la aridez propia de su elaboración. Es preciso estimular este género de publicaciones, solicitando las ayudas que se precisen y ofreciendo los incentivos propios del caso.

5. — Si la tarea es difícil y larga de conseguir, tiene como acicate el estudio de una serie de temas, casi vírgenes hasta ahora, de los que en cambio será fácil obtener resultados provechosos. La condición jurídica del comerciante, los diversos contratos mercantiles, el Derecho marítimo, la quiebra, la jurisdicción mercantil, etc., que sólo conocemos muy fragmentariamente, deberán ser los objetivos iniciales de la investigación. A las exposiciones de conjunto precederán las investigaciones parciales, en cuanto constituyen los pilares sobre los que aquéllas se asienten.

Al pergeñar estas notas, hemos querido llamar la atención de los cultivadores americanos de la Historia del Derecho sobre la conveniencia de abordar con más intensidad estas investigaciones, bien en-

tendido que sus resultados serán tanto más valiosos cuanto mayor pudiera ser su colaboración con los historiadores del Derecho español. En todo caso, el contacto entre las cátedras de Historia del Derecho de uno y otro hemisferio y la realización de investigaciones paralelas que se complementen, no dejarían de producir sus frutos a corto plazo.

# LEGISLACION GENERAL DE FELIPE V PARA LAS INDIAS

Por ANTONIO MURO OREJÓN

## INTRODUCCIÓN

Es bien sabido por los especialistas en Historia del Derecho Indiano, que mis estudios del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, terminaron con la publicación de mi Tesis Doctoral, sobre *El Nuevo Código de las Leyes de Indias, Proyectos de recopilación legislativa posteriores a 1680*, publicada por la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, en muchos de sus números a partir de 1929. De esta tesis se publicó un sobretiro, en 1929, que tan sólo comprende el estudio de dicha memoria doctoral.

Son por tanto muy antiguas mis investigaciones sobre el pasado legal hispano indiano del siglo XVIII.

Como complemento de la anterior publicación, en fechas posteriores publiqué algunos trabajos complementarios, así *Reguera Valdeomar y el Nuevo Código de las Leyes de Indias; Las Leyes vigentes del Nuevo Código; Las Leyes "nuevas" del Nuevo Código*, siendo todos estos trabajos precedidos por una publicación en el *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas* de la Argentina, donde di un avance de lo que sería mi tesis doctoral.

Ni qué decir tiene que mi monografía sobre el *Nuevo Código* ha sido sumamente aprovechada por otros investigadores posteriores, Torre Revello, de la Hera, Egaña, etc., que la utilizaron para sus trabajos sobre el libro, y las instituciones eclesiásticas indianas. Justo es señalar que el Prof. Dr. Juan Manzano y Manzano, anteriormente catedrático de Historia del Derecho Español de la Universidad de Sevilla y en la actualidad de la misma enseñanza en la de Madrid, descubrió y publicó el proyecto del *Nuevo Código* elaborado por el comisionado Juan Crisóstomo de Ansotegui, al cual yo hacía continuas referencias en la mencionada memoria doctoral. Así mismo sus conocidos y apreciados trabajos sobre el comentarista de la legislación indiana Manuel José de Ayala —como los del Prof. Dr. José M. Ots Capdequi sobre el mismo tratadista— se refieren una y otra vez a

las tareas recopiladoras y comentadoras del siglo XVIII, que fueron el antecedente del citado *Nuevo Código de las Leyes de Indias*.

Al ocupar, tras la correspondiente oposición, mi cátedra de Historia del Derecho Indiano en la Universidad de Sevilla, al ser creada en la Facultad de Filosofía y Letras la Sección de Historia de América, en 8 de julio de 1946, tuve ocasión propicia para continuar mis estudios y dedicación a este tema de la legislación indiana del siglo XVIII.

Observé, razón que no se oculta a mis compañeros los historiadores del Derecho Indiano, que nunca podrían estudiarse de modo veraz y científico las instituciones dieciochescas en las Indias hispanas si no se conocía de modo auténtico la legislación dada para ellas. Sin estos preciosos elementos cualquier trabajo sobre estas materias adolecería de innúmeros defectos.

Por otra parte mi radicación en Sevilla —donde se encuentra el Archivo General de Indias— me ofrecía un vasto campo para la investigación de estas pristinas fuentes del Derecho ultramarino.

En efecto, en el dicho Archivo y distribuido por sus diferentes secciones —*Indiferente general, Audiencias, Ultramar, etc.*— se encontraban los libros registros-cedularios, que contenían de forma completa, auténtica, fidedigna, y fehaciente, la totalidad de la legislación indiana y como es natural la referente al siglo XVIII.

Toda una serie de monografías que he publicado dando a conocer y reiterando en otras ocasiones el valor e importancia de estos cedularios, sólo han sido el precedente obligado para proceder a la publicación de los libros registros de disposiciones legales indianas del siglo XVIII, que repito son las más puras fuentes jurídicas.

Remito a mis compañeros en el profesorado y en la investigación a mis publicaciones: *Los Cedularios del Consejo de Indias*; *Antonio de León Pinelo. Libros Reales de gobierno y gracia. Contribución al conocimiento de los cedularios indianos* y especialmente al Prólogo y Estudio al volumen Iº del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, donde encontrarán plenamente justificadas mis razones para estimar y valorar los Cedularios como las únicas y sin duda las mejores fuentes para el conocimiento de las disposiciones dadas para América y Filipinas. Y debo aquí rendir un tributo de admiración a una serie de colegas que me precedieron —Altamira, Levene, Porrás Barrenechea, Serrano Sanz, etc.—, que igualmente valoraron estos registros, como a mis discípulos y compañeros americanos que siguiendo estas huellas,



publican Cedularios, aportando así unas fuentes jurídicas, que luego al ser por ellos o por otros utilizadas en sus trabajos les otorgan una superior categoría científica. Mi admiración y estima para Molina Argüello, García Gallo, Sánchez Bella, Comadrán, Acevedo, Velázquez, Ildefonso Leal, López Güedes, Guillermo Porrás, Lohmann Villena, González Echenique, Chevalier, Gildas Bernard, y la Dra. Ella Dumber Temple, como mi discípula Inge Wolf.

Con los precedentes enumerados es fácil comprender las razones que me movieron para editar, en el número de volúmenes que fuera necesario, el *Cedulario Americano del Siglo XVIII*.

El primero de sus tomos comprende las disposiciones generales dictadas para las Indias hispanas desde 1679 a 1700, es decir, los últimos años del reinado de Carlos II, a partir del año antes que fuera promulgada por este monarca la Recopilación de Indias de 1680. Consideré obligado este volumen de antecedente para así poder entrar de lleno y con absoluta seguridad en la impresión de las disposiciones legales de los Borbones españoles. Igualmente escogí solamente las normas de carácter general, pues estimé conveniente que era preferible extender el conocimiento de lo que era común para todos los reinos y provincias de América y Filipinas, que no subordinar lo general a la particular legislación de los diversos territorios ultramarinos.

Este primer tomo del *Cedulario Americano del Siglo XVIII. Colección de disposiciones legales indianas desde 1680 a 1800, contenidas en los Cedularios del Archivo General de Indias. Volumen I. Cédulas de Carlos II (1679-1700)*, fue publicado por la *Escuela de Estudios Hispano Americanos*, de Sevilla, en 1956. Comprende el Estudio-preliminar XCVI páginas y los textos legales 681 páginas, a más de los índices de nombres, lugares, materias y cronológico de las disposiciones incluidas, lo que totaliza 834 páginas.

La crítica histórica y jurídica ha juzgado mi publicación del modo más favorable y aprovecho la ocasión para cordialmente agradecer a todos lo que me han alentado en estos trabajos y efusivamente han elogiado este *Cedulario*, sus opiniones tan halagüeñas.

Aunque parezca lo contrario no se han abandonado, ni mucho menos, los trabajos del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, por lo que toca a los volúmenes posteriores.

Seguidamente a la edición del primer tomo aludido emprendí los trabajos de impresión del II de los volúmenes, comprensivo de las disposiciones dictadas por Felipe V, el primer monarca de la dinastía

borbónica hasta su renuncia al trono español e indiano en su hijo y sucesor Luis I, es decir, desde 1700 a 1724. Este tomo segundo está impreso por la *Escuela de Estudios Hispano Americanos*, hace ya varios años e igualmente mi *Estudio preliminar*, desde diciembre de 1959, pero no ha salido a la luz pública a falta de imprimir los varios índices de este volumen, los cuales ya están hechos y espero que prontamente puedan estar al alcance de todos los interesados.

Por ello tengo el honor de ofrecer a este *Ier. Congreso de Historiadores del Derecho Indiano*, las primicias del citado *Estudio*, para que puedan —dado que no es posible el envío de todo lo impreso en el segundo tomo— apreciar visualmente su abundante contenido legal.

Pronto comenzará a imprimirse el III<sup>o</sup> volumen del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, que recoge las disposiciones generales dadas para las Indias hispanas por Luis I, y luego por Felipe V, al volver éste a ocupar el trono tras la muerte prematura de su hijo. Los textos legales que se publicarán serán los expedidos entre 1724 y 1746.

Mas la publicación de estos dos volúmenes II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup> que abarcan la legislación general ultramarina durante el reinado de Felipe V, me permite dar a mis ilustres colegas en el profesorado y en la investigación de la Historia del Derecho Indiano el panorama histórico-legal del período 1700 a 1746, época que a mi juicio merece un estudio meditado y una consideración valorativa.

Dios mediante, mi trabajo proseguirá, y para ello cuento con la entusiasta colaboración del Prof. Dr. José Llavador Mira, de mi Cátedra de Historia del Derecho Indiano de la Universidad de Sevilla y de la Sra. Antonia Heredia, profesora ayudante de mi Cátedra, y a un grupo que Dios quiera hacer cada día más numeroso de alumnos colaboradores.

#### F U E N T E S

Como ya he repetido varias veces, las fuentes utilizadas principalmente para formar el texto de los volúmenes II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup> del *Cedulario Americano del Siglo XVIII* son las disposiciones contenidas en los libros registros-cedularios del Archivo General de Indias de Sevilla, en sus varias secciones, las cuales, insisto, reputo como las más completas, auténticas, fidedignas y fehacientes.

Como las resoluciones coleccionadas son de carácter general me

he servido fundamentalmente de los Cedularios generales de las dos Secretarías del Real y Supremo Consejo de las Indias —la del Perú y la de Nueva España—. En ambas corrientemente se transcribe el mismo Real Despacho pero normalmente varía la fecha en cuanto depende de los días en que respectivamente fue copiada en el libro registro. La disposición, casi siempre una Real Cédula, en casos singulares una Real Provisión, muy escasas las Reales Pragmáticas, Ordenanzas, etc., procedía de una de las dos Secretarías y a ésta vuelve una vez aprobada por el Monarca, y de la norma se pasa una copia a la otra Secretaría, para que a su vez la asiente en su cedulario.

De estos textos legales los respectivos secretarios del Perú y de la Nueva España, envían copias al correspondiente Virrey (Perú, Nueva España, Nuevo Reino de Granada) Audiencia —virreinal, pretorial o subordinada—, Gobernadores —ya sean capitanes generales o no—, y en ciertos casos, principalmente cuando se trata de muerte, renuncia o proclamación de un nuevo rey, a determinadas ciudades. En esto, como en otras muchas cosas, es similar el proceso de comunicación del Monarca con las provincias y ciudades españolas, como con los reinos, provincias y poblaciones —ciudades y villas— del Nuevo Mundo.

Pero si la norma es de carácter eclesiástico, o también es obligatorio el cumplimiento por parte de la jerarquía eclesiástica americana y filipina, entonces la disposición se dirige mediante la acostumbrada fórmula de “ruego y encargo” a los Arzobispos y Obispos de ultramar.

Naturalmente que en el envío está ineluida la Casa de la Contratación de las Indias —residente primero en Sevilla y luego en Cádiz— y en las ocasiones necesarias el Consulado de mercaderes.

Desde la creación y funcionamiento de las Secretarías del Despacho, la de la Marina e Indias es la que a nosotros nos toca, envía sus preceptos por medio de la llamada “vía reservada”, al Consejo de Indias y éste a su vez comunica la resolución del Monarca a las autoridades civiles y eclesiásticas del Nuevo Mundo.

Es corriente que una disposición emane de una “consulta” del Consejo de Indias y considero inútil insistir sobre el valor de la misma como fuente del derecho indiano.

Así mismo abundan los preceptos que tienen su origen en Reales Decretos y que en casos los desarrollan para su más fácil observancia y tampoco quiero insistir sobre la importancia de esta fuente legal.

Era natural, dada la cercanía de la publicación de la *Recopilación*

de las *Leyes de Indias* de 1680, el que gran número de disposiciones coleccionadas en estos dos volúmenes del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, recojan leyes recopiladas, en la mayoría de los casos urgiendo o confirmando su observancia, en los menos anulándolas o suspendiendo temporalmente su aplicación. La lectura de este apartado en nuestros *Estudios* será suficiente para cerciorarse de la verdad de lo que digo.

La aplicación de la legislación castellana, principalmente de la *Recopilación de Castilla*, bien sabemos que tuvo carácter supletorio en el derecho indiano. Este apartado de nuestro *Estudio* tiene un indudable valor demostrativo.

Las opiniones de los tratadistas como fuente subsidiaria jurídica así mismo se aprecia y cito como ejemplo la obra de José de Veitia Linaje, *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales...*, cuya autoridad se invoca para resolver un conflicto de protocolo.

Es fácil encontrar entre los textos publicados en estos volúmenes IIº y IIIº del *Cedulario*, copias de resoluciones dictadas con anterioridad y que ahora se vuelve a recordar su cumplimiento o por el contrario a invalidar su eficacia, en estos casos he transcrito la disposición —a no ser que ya estuviera publicada en uno de mis tomos— por considerar que su impresión es en gran modo aclaratoria del proceso legislativo. Igualmente procedo cuando es la “consulta” del Consejo la que se copia o es el Real Decreto antecedente el que se inserta.

Para mayores referencias a este apartado de las *Fuentes* me remito a los correspondientes *Estudios* que envió.

#### INSTITUCIONES CIVILES

Éstas constituyen el primer apartado en los respectivos *Estudios* y a continuación y como final las *Instituciones Eclesiásticas*.

A la cabeza de las civiles figura siempre la figura del Rey, en nuestros tomos IIº y IIIº Felipe V, Luis I, y luego otra vez Felipe V hasta su muerte en 1746, y otras personas reales bien sean españolas o bien extranjeras y en algún modo relacionadas con España.

La proclamación de Felipe V como rey de España y de las Indias y por renuncia de éste en 1724 de su hijo Luis I, y luego por muerte la vuelta al trono de Felipe V, comunicada al Nuevo Mundo para que se proceda a su aclamación según las fórmulas tradicionales, son otros tantos temas tocados. Lo mismo las correspondientes juras

de ambos monarcas, las bodas reales y de sus familiares, los nacimientos, las muertes, son cuestiones que quedan dilucidadas. Quizás creo será conveniente advertir sobre la puntual observancia de la Pragmática sobre los lutos, reduciéndolos al mínimo y terminando con esa presuntuosa ostentación fúnebre. El criterio legal se aplica indistintamente a España y a las Indias.

Creo interesante señalar el magnífico ejemplario de consejos que Felipe V expone a su sucesor Luis I, donde se muestran los afectos paternos y una guía de experto gobernante que prefiere ante todo el bienestar de sus súbditos. El documento en cuestión procede del copioso *Cedulario Indico* del comentarista D. Manuel José de Ayala, existente en el Archivo Histórico Nacional de Madrid.

El fallecimiento de Felipe V y la proclamación como rey de su hijo Fernando VI, ponen el colofón al tomo III<sup>o</sup> del *Cedulario*.

#### LA GUERRA DE SUCESIÓN AL TRONO DE ESPAÑA

Bien es conocido la serie de luchas cruentas que trae consigo el nombramiento de Felipe V como rey de España y de sus Indias, como sucesor del fallecido Carlos II. El pretendiente al trono, archiduque Carlos —que tiene también sus partidarios en España y en el Nuevo Mundo— acude a las armas para dilucidar la sucesión dinástica, ayudado de las principales potencias europeas, que ven con temor el auge político y hegemónico de los Borbones y de Luis XIV de Francia. La lucha se lleva alternativamente favorable y adversa para cada uno de los contendientes y principalmente se desarrolla en el solar español.

Hay ocasiones en que el triunfo parece ser del austríaco pero al fin se impone la victoria de Felipe V que desde entonces puede con toda razón decir que no sólo es Rey de España y de las Indias por el testamento de su tío sino por el triunfo de sus soldados.

Esta guerra de sucesión en sus repercusiones americanas, la ayuda francesa —Luis XIV y sus generales y almirantes—, los aprestos militares, las medidas de defensa en las Indias, la declaración de la guerra, los partidarios indios del archiduque Carlos de Austria, las victorias militares comunicadas a ultramar para regocijo popular, los sucesos militares y políticos, la economía de la guerra de sucesión, los problemas del comercio y del contrabando franceses que desean prevalerse de su especial situación de aliados, la protección de los tesoros que se traen de las Indias y que tanto se necesitaban para el sosteni-

miento de la guerra y finalmente los tratados de paz que ponen punto a la contienda internacional, son otros tantos apartados estudiados en los documentos incluidos en el tomo segundo del *Cedulario*, y que son comentados en el *Estudio preliminar* de él.

Como conclusión puedo afirmar que oficialmente tanto los españoles —en su generalidad— como los americanos, estuvieron de acuerdo con la entronización de Felipe V, aunque en la península y en los reinos y provincias indianas hubo así mismo partidarios, bien que pocos del Pretendiente. Que las Indias con sus tesoros acudieron en enorme cantidad al sostenimiento de la causa y de la guerra a favor del Borbón, y que la resistencia fue últimamente anulada.

#### LAS INSTITUCIONES POLÍTICAS O GUBERNATIVAS INDIANAS

##### *El Real y Supremo Consejo de las Indias. La Cámara de Indias.*

Tras la figura del Rey como cabeza y engarce de toda la política y administración se encuentra en el período que estudio (1700-46), el gobierno central o general encarnado en el Consejo de Indias. Real por su condición de asesorar al Rey y Supremo por no reconocer en las Indias otro superior a él. Término este de supremo que va muy unido a la doble misión del alto organismo en el orden gubernativo y en el de la administración de la justicia.

Al propio tiempo el Real y Supremo Consejo de las Indias es totalmente independiente de cualquier otro Consejo del Reino, e igualmente del Consejo de Castilla, el primero de todos los organismos asesores del monarca. Esta independencia queda confirmada por R. C. de 11 de marzo de 1703.

Era natural que el propio Felipe V señalara por su R. Decreto de 10 de febrero de 1715, tras el próximo desenlace de la guerra de sucesión, un amplio programa de actuación al Consejo de Indias. Éste puede, con ocasión de la victoria de Felipe V acometer tras su reorganización del personal y consejeros, la forma de desarrollar las nuevas ideas.

Procedía por tanto a la reforma del Consejo de Indias —en donde también había anidado la defección de algunos consejeros partidarios del Pretendiente— designando Felipe V nuevos miembros incluidos el presidente, fiscal y secretarios de las oficinas de la Nueva España y del Perú.

Es 1717 la fecha más importante de esta reorganización. El R. Decreto de 20 de enero delimita las facultades tradicionales del Consejo de Indias, al mandar que todo lo tocante a lo gubernativo, económico y providencial queda reservado a su Real Persona, quien lo ordenará ejecutar a través de la "vía reservada". Sólo se respetan las facultades del Consejo en materias de justicia. Otro Decreto de 13 de septiembre complementa el anterior. Felipe V manda que todo lo concerniente a la hacienda, guerra, comercio, navegación y provisión de empleos y cargos se realicen por la "vía reservada". E igualmente se especifican las atribuciones que conserva el supremo organismo indiano. La Cámara de Indias —creada en 1600— queda extinguida. Y consecuentemente queda derogada la ley 23, título primero, del libro segundo de la *Recopilación* de 1680, en lo referente a la obligatoriedad de la firma de los consejeros de Indias en las cédulas y despachos regios. Se fija una nueva residencia al Consejo en el palacio madrileño que habitó la reina D<sup>a</sup> Mariana de Austria, la viuda de Carlos II, mansión que comparte con los otros Consejos del Monarca. La reforma de la burocracia del alto organismo es completa y eficiente en aras de una mayor eficiencia e imparcialidad. Otro Decreto de 20 de enero de 1717, enumera la nómina de los nuevos consejeros de Indias y fija los honorarios y demás emolumentos de sus miembros. Y al quedar suprimida la Junta de Azogues sus negocios pasan al Consejo.

Como institución independiente y suprema en las Indias, los demás Consejos tramitan sus órdenes para América a través del Consejo indiano. Y esto se ratifica en diversas ocasiones pues se trataba de incumplir con frecuencia así como el Consejo de Indias se revolvía unánime en pro del ejercicio independiente de su gestión.

Uno de los ingresos del Consejo lo constituían las multas y condenaciones impuestas por él como supremo tribunal de justicia y también el producto de las ventas y composiciones de tierras en las Indias. Para la cobranza de estos ramos el Consejo nombraba uno de sus ministros como Juez delegado, quien a su vez designaba otros subdelegados en los reinos y provincias de Ultramar. En el tomo III<sup>o</sup> se citan los nombres de algunos de estos jueces.

Continúa el Consejo de Indias tramitando el "pase regio" requisito indispensable para que los documentos pontificios y eclesiásticos pudieran observarse legalmente en el Nuevo Mundo. Hay algún caso de excepción (véase el citado tomo II<sup>o</sup>) referente a los nombramientos de religiosos hechos por el General de la Compañía de Jesús.

Así mismo era de su competencia —recuérdese lo regulado por la *Recopilación* de 1680— el conceder licencia para la impresión y venta de libros en las Indias, el documento de 25 de abril de 1742 (tomo III<sup>o</sup>) trata de la venta de la *Historia Bethlemítica* de fray José García de la Concepción, que precisa la autorización del Consejo de Indias, además de la ya concedida por el Consejo de Castilla para su venta en Ultramar.

Como tribunal supremo de justicia el Consejo de Indias conoció del pleito —en todos sus grados— entre los llamados “genízaros”, es decir, hijos de extranjeros nacidos en España y los representantes de los consulados de Sevilla y Cádiz en razón de pretender aquéllos contra la negativa de éstos, el poder comerciar con las Indias. El Consejo falló a favor de los “genízaros” (Véase el tomo III<sup>o</sup>).

Las atribuciones del Consejo en materia de nombramientos de jueces de residencia para los empleos dados por el monarca y las referencias a materias de hacienda, son igualmente consideradas en el citado tomo tercero del *Cedulario*.

Mas el supremo organismo indiano tenía Secretarías —Nueva España y Perú— Tesorero, Cronista y otros cargos burocráticos. A estos efectos consúltense los correspondientes apartados de los tomos II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup>. Sí quiero fijar la atención sobre el R. Decreto de 25 de octubre de 1744 (tomo III<sup>o</sup>) en que Felipe V nombra a la Real Academia de la Historia para el cargo de cronista de Indias, oficio que actualmente desempeña esta Academia como uno de sus títulos más honrosos.

#### *Secretarías del Despacho Universal de Marina e Indias.*

Es conocido que uno de los ejes de la nueva política de Felipe V es la transformación del gobierno colegiado de los austria-hispánicos —Consejos diversos— por el individual desempeño por diversos Secretarios del Despacho. Uno de éstos fue el de Marina e Indias hasta que más tarde la complejidad de los asuntos indianos obligó a separar ambas funciones: Marina por una parte, e Indias.

Éstas a través de la “vía reservada” que es la propia y con el Rey constituyen según se ha visto el supremo poder de gobierno en las Indias.



*Juntas.*

Es bien sabido que cuando se trata de asuntos de importancia especial se recurre generalmente a reuniones de consejeros de los diversos Consejos de la Monarquía para que con su múltiple y varia preparación estudien y propongan al Rey las soluciones que consideren más pertinentes para la resolución del problema planteado. Este es el motivo de la formación de las Juntas especializadas.

La denominada Junta de Hacienda y Comercio se forma en virtud del R. Decreto de 10 de noviembre de 1713 —comunicado a las Indias por la R. Cédula de 16 del mismo mes y año— y está integrada por consejeros y fiscales de Hacienda e Indias, presidida por el Obispo de Gironda y como secretario D. Jerónimo de Uztariz. Se hacía para regular todo lo concerniente a la hacienda y comercio con ultramar.

Los RR. Decretos de 8 de septiembre de 1728 y 15 de noviembre de 1730 —comunicados al Nuevo Mundo por la R. Cédula de 7 de febrero de 1731— cuentan la creación de la Junta de Moneda y metales preciosos a fin de atender a la labor y curso de las monedas y al trabajo de los plateros y oficios semejantes en sus labores en oro y plata. Su composición nominativa —preside D. José Patiño, secretario del despacho de Hacienda, y es secretario S. Casimiro de Uztariz, de la R. Junta de Comercio— facultades, actividades, intervenciones, etc., están reguladas por los indicados preceptos.

Otra Junta de Vacantes eclesiásticas se forma por el R. Decreto de 4 de enero de 1688, sucesivamente reglamentada en 1712, 1726 y consulta de 29 de julio de 1737 —expedida a las Indias por la R. Cédula de 5 de octubre de 1737— resuelve finalmente el antiguo problema acerca de a quién pertenecen las rentas de las vacantes, mayores —arzobispos y obispos— y menores —dignidades diversas de los cabildos eclesiásticos— en favor del Rey hispano acogiéndose por extensión a lo preceptuado por la bula de Alejandro VI, que concedía a los monarcas castellanos los diezmos de las Indias. El producto de estas vacantes sería empleado preferentemente en obras pías y misiones, aunque en caso necesario el Rey podría dedicarlos a fines temporales conducentes a la conservación, defensa y seguridad de los reinos españoles.

Ya se ha tratado de la desaparición de la Junta de Azogues.

Además se citan otras Juntas como la de la Renta del Tabaco y

la de Sitios Reales (véanse los tomos IIº y IIIº del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*).

*La Real Casa de la Contratación de las Indias.*

Las reformas administrativas afectan también, en 1717, a la Casa de Contratación, que es trasladada desde Sevilla donde residía desde su fundación por los Reyes Católicos en 1503, a la ciudad marítima de Cádiz, mucho más apta debido a su gran puerto, para la navegación y el comercio con ultramar. Igual camino sigue el Consulado de mercaderes.

Seria modificación sufren las Ordenanzas de la Casa por el Real Decreto de 12 de mayo en donde se prescribe que es ajeno a la Casa de la Contratación todo lo referente al apresto y provisión de las Armadas y Flotas, todo queda bajo la jurisdicción del Intendente general de la Marina. El citado Decreto que regula todas las actividades de la Casa reduce también los miembros de la misma —lo mismo sucede con los del Consulado— de la que es presidente D. José Patiño (véase volumen IIº).

En el tomo IIIº del *Cedulario* se perfilan por Cédula de 18 de noviembre de 1733, las atribuciones de los Jueces de Bienes de Difuntos y las facultades de la Casa de la Contratación, resolviéndose así mismo una cuestión de protocolo con la opinión del tratadista José de Veitia Linaje, en su obra "Norte de la Contratación de las Indias Occidentales...".

*Virreinos.*

Tanto en los tomos IIº como en el IIIº del *Cedulario* se citan los virreyes indianos casi siempre de modo impersonal, aunque en ocasiones la cita sea nominativa.

Los Reales despachos de 1715 —que representa una autorización a los virreyes para que confronten las calidades personales de los corregidores nombrados por el monarca—, 1717 —que prohíbe a los virreyes traspasar los corregimientos pues se trata de una solución Real— 1739, —que tiene como antecedente una "consulta" del Consejo indiano contraria a que las vacantes de virreyes sean ocupadas por los arzobispos para así evitar la confusión entre las jurisdicciones civil y eclesiástica, sin desmérito para ninguna— son otras tantas resoluciones en materia virreinal.

Finalmente la R. Cédula dada en Segovia a 21 de marzo de 1717, establece el nuevo virreinato neo-granadino, que es el tercero en Indias, después de los tradicionales de la Nueva España y del Perú. Interesante es la prefación de la citada resolución que explica pormenorizadamente los motivos de erección del mismo, se fijan sus límites jurisdiccionales, se suprimen las audiencias de Quito y Panamá, se adapta la Real Hacienda a la nueva institución y se encomienda todo lo relativo a la creación del virreinato del Nuevo Reino de Granada al consejero indiano D. Antonio de la Pedrosa y Guerrero, hasta la llegada del nuevo virrey. Éste sería D. Jorge de Villalonga (1718) con las mismas atribuciones que sus similares anteriores.

La disposición de 5 de noviembre de 1723, extingue el recién nacido virreinato, por motivos esencialmente económicos y vuelve a restablecer el Presidente-gobernador de Nueva Granada.

#### *Presidencias - Gobernaciones.*

Los textos legales recogidos en ambos tomos citan a los Presidentes-Gobernadores de las audiencias pretoriales de Santo Domingo o de la Isla Española, de Guatemala y de Filipinas, por lo que se refiere a la negociación de la Nueva España, y en el sur, a los de Nueva Granada —mientras tanto que no fue virreinato—, Panamá y Chile. También a los presidentes togados, o de las audiencias subordinadas de Guadaluajara, Quito y Charcas.

La Cédula de 18 de febrero de 1704, esclarece el punto de fricción entre los escribanos de gobernación de estas presidencias - gobernaciones y los secretarios de cartas de los Presidentes, fijando sus respectivas atribuciones y prohibiendo toda mescolanza.

No olvido las atribuciones de estos Presidentes en materia militar pues unen a su oficio y autoridad el nombramiento de Capitanes generales de sus respectivas provincias mayores.

#### *Gobernaciones.*

Ya he indicado que estos gobernadores pueden ser o no capitanes generales de su provincia menor indiana. Las disposiciones van dirigidas impersonalmente a todos ellos. Citaremos a los de: Buenos Aires o Río de la Plata, Cartagena de Indias, Habana (Cuba), Mérida (Yucatán), Paraguay, Santa Marta, Trinidad y La Guayana, Caracas o Venezuela, Antioquía, Costa Rica, Cumaná, Chucuito, Florida, Hon-

duras, Maracaibo, Margarita, Nicaragua, Nueva Vizcaya, Popayán, Puerto Rico, Santiago de Cuba, Tucumán, Portobelo, Veracruz, Santa Cruz de la Sierra y la Concepción de Chile. En ciertos casos los textos los mencionan personalmente.

Su salario cuando son interinos es la mitad de lo que percibe el titular y a todos ellos —como a todas las autoridades indianas— les está prohibido el comercio bajo la pena de perjurio.

#### *Corregidores y Alcaldes Mayores indianos.*

Ambas instituciones de gobierno son de carácter local, es decir, ejercen su jurisdicción en un municipio y en su término territorial. Ya se sabe por la *Recopilación de Indias* de 1680, que en su minoría son nombrados por el monarca y en su mayoría corresponde su designación a la autoridad virreinal, o provincial mayor o menor, en cuya jurisdicción se encuentran. Generalmente, salvo contada excepción, son autoridades dependientes.

En los documentos reunidos en los tomos IIº y IIIº del *Cedulario Americano del Siglo XVIII* se citan impersonalmente, así los corregidores de Arica, Condesuyo de Arequipa, Piura, Veracruz, Cuzco, Guamanga, Arequipa, y La Paz.

La resolución de 1 de abril de 1705, prohíbe a los corregidores que traspasen sus cargos a otras personas “convirtiendo en mercancía una gracia Real” sin la autorización expresa del Monarca y prohibiendo a los virreyes que autoricen semejantes traspasos.

Para los corregidores y alcaldes mayores —cuyas misiones específicas son similares— está dirigida la disposición que les prohíbe ejercer el trato y comercio bajo severísimas penas y que sobre esta cuestión se les tomará cuenta en el correspondiente juicio de residencia.

El despacho de 12 de julio de 1739, describe los abusos cometidos por los alcaldes mayores de la Nueva España, donde son más abundantes —recuérdese el dicho de Solórzano Pereira— en el cobro de los géneros que repartén a los indios de su jurisdicción.

#### *Autoridades indianas.*

En general a todas las autoridades del Nuevo Mundo se refiere el precepto de 24 de mayo de 1740, que reitera unas leyes recopiladas, prohibiendo, bajo la pena de pérdida del oficio público, el matrimonio de ellos o de sus hijos, con personas residentes en sus jurisdicciones, a no ser que tengan Real licencia.

Como la única comunicación de estas autoridades con la península es la carta, se reglamenta minuciosamente esta correspondencia.

El R. despacho de 26 de octubre de 1707, aprueba el contrato con el Marqués de Montesacro para el servicio postal con América.

Y la R. Cédula de 19 de julio de 1741, ordena a las autoridades que informen sobre el estado de sus respectivos territorios.

Siempre estuvieron prohibidos los juegos de envite y azar por sus malélicas consecuencias sociales, pero fácilmente se olvidaba lo legislado. La resolución de 31 de julio de 1745, excita una vez más el celo de las autoridades de Ultramar en este sentido.

### *Oficios públicos.*

Regla general es la absoluta precisión de que todos ellos sean confirmados por el Rey, bajo la pena a los infractores de la pérdida del empleo (véase la Cédula de 14 de agosto de 1709 y la de 14 de diciembre de 1714, coleccionadas en el tomo II<sup>o</sup> del *Cedulario*).

Por otra parte otro grave mal es la proliferación abusiva de los oficios que tanto atenta al erario público. La resolución de 26 de abril de 1742, ordena que el número de funcionarios se atenga al prescrito por las respectivas ordenanzas o constituciones, quedando el sobrante en expectación de destino.

Por ello se va a la extinción de algunos oficios, así, el R. despacho de 30 de noviembre de 1703, confirma otro anterior de 21 de febrero de 1697, suprimiendo los empleos de contador, defensor y escribano del juzgado de censos de indios, que se consideran innecesarios.

### *Oficios vendibles y renunciables.*

Muy abundante es la legislación tocante a estos oficios. La R. Cédula de 30 de abril de 1717, prescribe que los provistos en oficios beneficiados antes de tomar posesión han de haber pagado totalmente la cantidad por la que los beneficiaron, no siendo suficiente el haber afianzado la deuda.

Se preceptúa la pública almoneda de los empleos vacantes y se tratan de evitar los abusos de los remates y otras subversiones que van en detrimento de la Real Hacienda.

La disposición de 3 de noviembre de 1725, prohíbe que se vendan los oficios de gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, pues es bien sabido que tan sólo se enajenan los oficios llamados "de pluma"

y nunca los que lleven asignado gobierno o administración de justicia.

También a la confirmación de los oficios públicos se refieren las normas de 13 de marzo de 1733 y 26 de septiembre de 1736 (véase el tomo III<sup>o</sup> del *Cedulario*).

La resolución de 15 de junio de 1720, ordena que se guarden los aranceles de los escribanos de registros, minas, hacienda y los de los ministros de los puertos.

### *Municipios en Indias.*

En pocos casos he dicho que se citan nominalmente. Una relación de las ciudades y villas peruanas figura en el tomo II<sup>o</sup> del *Cedulario* y corresponden a las comunicaciones del nacimiento del príncipe D. Luis —luego rey Luis I— y a la jura del mismo (1707 y 1709).

Son: Lima, Cuzco, Guamanga, Arequipa, Trujillo, S. Marcos de Arica, S. Miguel de Piura, La Plata, La Paz, S. Juan de la Frontera, Santiago del Estero, Asunción, S. Lorenzo de la Barranca, Trinidad del puerto de Buenos Aires, Santa Fe, Cartagena, Sta. Marta, Mérida, Mariquita, Antioquía, Tunja, Zaragoza, Anserma, Pamplona, Trinidad de los Musos, Cáceres, Quito, Popayán, Santiago de Guayaquil, Cali, Loja, Cuenca, Almaguer, Zamora, Cartago, Panamá, S. Felipe de Portobelo, Santiago y la Concepción de Chile, y las villas de Ica, Santiago de Miraflores, Potosí, S. Felipe de Austria, y Santa Cruz de Monpox.

El modelo para la organización de los municipios de Indias es el de Sevilla, así lo declara la R. Cédula de 11 de abril de 1733, que dilucida en favor del Alférez mayor del Ayuntamiento una cuestión de precedencia en el cabildo con el Alcalde de la Santa Hermandad de la misma población.

El despacho de 10 de mayo de 1704, confirma varias disposiciones recopiladas sobre revisión de cuentas de los bienes de propios y sobre los juicios de residencia de los alcaldes ordinarios y regidores que hayan ejercido el puesto de fieles ejecutores.

## LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN LAS INDIAS

### *Audiencias.*

La *Recopilación de las Leyes de las Indias* de 1680, reconoce tres clases de audiencias en el Nuevo Mundo: las virreinales, cuyo presidente era el mismo virrey, así primeramente en los siglos XVI y XVII

las de Méjico y Lima o los Reyes, y a principios del siglo XVIII, la de Santa Fe de Bogotá al crearse el virreinato neogranadino; las subordinadas —Guadalajara respecto al virrey de la Nueva España y Quito y Charcas o La Plata, respecto al virrey del Perú— en las que a la audiencia sólo corresponde privativamente las funciones de la administración de la justicia y se rigen por un Presidente togado y sobre todo están subordinadas al virrey respectivo en los asuntos de gobierno, guerra y hacienda, aunque en determinados casos el citado virrey delega alguna de estas funciones en el presidente togado; y las pretoriales, dirigidas por un presidente-gobernador, totalmente independiente del virrey y por tanto directamente relacionado con el Monarca a través del Consejo de las Indias; ejemplo: la de Santo Domingo, Santiago de Guatemala, Manila, Panamá, Santa Fe de Bogotá, durante el período en que no fue virreinal, Santiago de Chile y en determinados casos la de Buenos Aires.

A esta triple clase de audiencias también se dirigen las resoluciones del Rey, en tanto y cuanto el precepto al pasar a la esfera judicial precisa ser conocido y observado por la correspondiente audiencia.

Para la comunicación con Ultramar se tiene muy en cuenta que a la Secretaría de la Nueva España, es decir, a su negocio, corresponden las audiencias de Méjico, Guatemala, Santo Domingo, Manila y Guadalajara y a la Secretaría de la negociación del Perú del Consejo indiano, las audiencias de Lima, Quito, Charcas, Santa Fe de Bogotá, Panamá, Santiago de Chile, y cuando existe, la de Buenos Aires.

Una sencilla lectura de los documentos coleccionados dará perfecta idea de lo anteriormente dicho.

De la independencia e imparcialidad de los magistrados de las Reales Audiencias en el cumplimiento de su alta función judicial se preocupa la *Recopilación* de 1680, en el título quince del libro tercero, y confirmándola la R. Cédula de 2 de febrero de 1716, prohíbe a éstos la asistencia a festejos y regocijos, excepción de las fiestas denominadas "de tabla", y se censura así mismo el uso del sombrero y la capa en lugar de la tradicional gorra y garnacha. En este mismo sentido el R. Decreto de 31 de mayo de 1720, prohíbe a los naturales de las provincias peruanas y novo hispanas el desempeñar plazas en los tribunales de las poblaciones de donde fueran originarios. Y también las bodas de los magistrados con naturales de los territorios donde ejercen su misión judicial.

La resolución de 15 de julio de 1716 que generalmente prohíbe

librar cantidades sobre las Cajas Reales para sufragar los gastos de exequias de los oidores de las audiencias, aun en el caso de indigencia, censura la desobediencia en este aspecto de los oidores chilenos y también de los oficiales reales, por haber pagado con carga a las Reales Cajas el entierro de un oidor, muerto en pobreza, y ordena que los gastos originados sean abonados por los desobedientes.

Es sabido que los ministros de las audiencias indianas están sometidos al correspondiente juicio de residencia al concluir el tiempo de su oficio, así lo prevenía la *Recopilación* indiana y lo asevera el R. despacho de 22 de julio de 1703.

La disposición de 21 de febrero de 1724, prohíbe a los oidores el que tengan más de una comisión para así garantizar su total dedicación a la primordial función de la administración de la justicia.

Las facultades de los magistrados del Nuevo Mundo exceden de las de los oidores de las audiencias españolas. Así, a aquéllos toca juzgar las residencias de los regidores de los municipios que hayan sido Fieles ejecutores en los mismos y la revisión de las cuentas de los bienes de Propios de los ayuntamientos (véase el texto legal de 10 de mayo de 1704). Son igualmente visitadores ordinarios del distrito de su respectiva audiencia.

Las audiencias de las Indias sustituyen corporativamente al virrey en los casos de vacante, por muerte, ausencia, enfermedad o término de su mandato, pero el precepto de 22 de julio de 1739, prohíbe a estas audiencias gobernadoras vacando el virrey, la provisión de los empleos públicos, debiendo esperarse la llegada del nuevo vice-soberano.

#### *Bienes de difuntos.*

Esta debatida cuestión que tantos problemas suscita durante los siglos hispano-indianos, se regula durante el período 1700-46, conforme a las leyes de la *Recopilación de Indias* de 1680. Bien que las disposiciones se refuerzan para mayor garantía del causa-habiente y de sus herederos.

Existían los Jueces de los bienes de difuntos encargados de su cobranza, administración y guarda, así como de la remisión de estos caudales a la Casa de la Contratación de las Indias, que es la encargada de entregarlos a los legítimos herederos, pero, como es natural, hubo sus rozamientos entre estos jueces y la Casa de la Contratación, y las resoluciones tratan del medio de resolver estos conflictos y deli-



mitar claramente sus respectivas esferas de acción, como el que ambas estén coordinadas. (Véase las diversas normas reseñadas en los volúmenes II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup> del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*).<sup>6</sup>

#### *Derecho penal y procesal.*

La disposición de 10 de agosto de 1705 encarga el fiel cumplimiento de lo regulado sobre testigos y delatores falsos. La de 21 de agosto de 1715, destaca la gran labor del virrey novohispano Duque de Linares en contra de los delitos de robo.

#### *Juicios de resistencia.*

Igualmente en este período 1700-1746, continúan aplicándose los preceptos recopilados y confirmándolos en los casos precisos. Hay un manifiesto deseo de que las residencias sean verdaderamente efectivas, —pues son el remedio más eficaz para evitar los excesos de las autoridades indianas— ordenándose el 23 de diciembre de 1708, que se nombre un nuevo juez de residencia si el antecesor hubiera agotado el plazo de su nombramiento e imponiéndole por su desidia una fuerte multa.

El nombramiento de estos jueces de residencia corresponde según la R. Cédula de 18 de septiembre de 1735, al Consejo de Indias, y no a las audiencias, cuando los oficios hayan sido nombrados por el Monarca.

#### *Visitas.*

La disposición de 10 de mayo de 1704 confirma una ley recopilada sobre el nombramiento de oidores visitadores ordinarios. Y a otros visitadores especiales se refiere el precepto de 31-XII-1709.

### LA ADMINISTRACIÓN DE LA REAL HACIENDA EN INDIAS

Muy numerosas son las disposiciones contenidas en los tomos II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup> del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, y a sus especiales apartados me remito para el historiador-jurista interesado.

Para su más fácil estudio las he clasificado en tocantes al personal, es decir a los Oficiales Reales, y relativos a ingresos —ordinarios, civiles y eclesiásticos, y extraordinarios— y a los gastos.

Los documentos citan una larga serie de Cajas Reales en las In-

días o dicho de otro modo, de provincias de la Real Hacienda. Éstas son: Acapulco, Antioquía, Arequipa, Buenos Aires, Caracas, Cartagena de Indias, Concepción de Chile, Cuba, Cuzco, Charcas, Guamanga, Guatemala, Guayaquil, Honduras, Lima, Maracaibo, Méjico, Nicaragua, Oruro, Panamá, Paraguay, Popayán, Potosí, Quito, Santa Cruz de la Sierra, Santa Fe, Santa Marta, Santiago de Chile, Santo Domingo, Trinidad, Trujillo, Tucumán, Veracruz y Zacatecas. Y en cada una de ellas existen los Oficiales Reales, por antonomasia, Tesorero y Contador, pues ya se han extinguido los Factores y Veedores.

Los regios despachos establecen y confirman las atribuciones de estos Oficiales Reales, entre las que sobresale todas las referentes al medio de llevar las cuentas y a la rendición de las mismas. La revisión de estas cuentas corresponde a los Contadores del Tribunal de Cuentas, pero no se olvida la superior intervención del R. y S. Consejo de las Indias.

#### *Ingresos del Erario.*

Fundamentalmente los constituyen los impuestos de Alcabalas—antigua y moderna— tributos de los indios, media annata sobre las encomiendas, media annata y otras veces annata sobre todos los salarios, los derechos sobre las pulperías, estancos de naipes, decomisos y valimientos sobre salarios, mercedes, rentas y oficios enajenados por la Corona, que principalmente éstos tuvieron efectividad para sufragar los cuantiosos gastos de la guerra de sucesión y una vez ésta terminada para saldar las grandes deudas procedentes de las mismas. Con el transcurso del tiempo fueron disminuyéndose estos valimientos en razón de las personas y en la cuantía de la exacción. Además los procedentes de multas, mesada eclesiástica, vacantes eclesiásticas mayores y menores, expolios de religiosos, etc.

Como ingresos del Erario de carácter extraordinario, se encuentran los “donativos” civiles con ocasión de la citada guerra de sucesión, sitio de Ceuta por los moros, y los obtenidos por haber el Monarca suprimido a los visitadores de tierras y trabajos. Así mismo los “donativos” eclesiásticos con ocasión de la invasión del Darién por los ingleses, la expresada guerra de sucesión y el levantamiento del cerco de Ceuta. De estos “donativos” no están exentos, como en otros, los dependientes de la Santa Inquisición y los de la Santa Cruzada.

*Gastos del Erario.*

Fundamentalmente son los salarios y gajes de las autoridades y funcionarios de las Indias.

Se sigue la sana política de supresión del doble sueldo (consúltese la resolución de 4 de julio de 1739, II<sup>o</sup> tomo del *Cedulario*), y las pensiones de las viudas de los militares.

## INSTITUCIONES SOCIALES EN INDIAS

Los textos recogidos en el II<sup>o</sup> y III<sup>o</sup> volumen del *Cedulario*, tratan, entre otros, de la aplicación a las Indias de la R. Pragmática sobre lujos de 26 de noviembre de 1691, comunicada en 10 de febrero de 1716.

También otra R. Pragmática sobre prohibición de los duelos y desafíos de 19 de febrero de 1716, aplicada al Nuevo Mundo por el R. despacho de 5 de octubre de 1722.

El célebre pleito —ya conocido— sobre la aptitud de los “genízaros” para ejercitar el comercio con las Indias, como si fueran españoles.

Y, sobre todo, como fundamental tema, el de los indios, con sus repercusiones sobre el buen trato y gobierno, los protectores de los indígenas, y los múltiples problemas del régimen de encomiendas, donde se ventilan las encomiendas de los ausentes, la prórroga de la vida en las encomiendas, los impuestos sobre ellas, y su extinción paulatina desde la resolución de 20 de diciembre de 1707, que ordena suprimir las encomiendas con menos de veinticinco indios, hasta el Real Decreto de 23 de noviembre de 1718, que ordena la incorporación a la Corona de las encomiendas a medida que fueren vacando. Desde luego que la clase de estas encomiendas es la de tributo en que el premio o beneficio del encomendero es la participación en el tributo que el indígena da al Rey como vasallo, aunque no están todavía extirpadas las encomiendas de trabajo o servicio personal y las impropiamente llamadas perpetuas.

Como en otras ocasiones remito al lector interesado a los correspondientes apartados de los indicados volúmenes del *Cedulario*.

Los negros, con el interesante problema de los esclavos cristianos vendidos por los ingleses en Cartagena, por la Compañía del asiento de negros (R. Cédula de 23 de octubre de 1736) y de los excesos co-

metidos contra los esclavos negros tan necesitados de protección (resolución de 19 de abril de 1710) son tratados en sus correspondientes apartados.

Por último los extranjeros, entre ellos los "genízaros" y los franceses desertores de sus acuartelamientos o contrarios a la política de Luis XIV.

#### INSTITUCIONES ECONÓMICAS EN INDIAS

##### *Propiedad.*

Referida principalmente al régimen de composiciones de tierras, medio sutil y al propio tiempo incrementador de ingresos al Erario y que legitima la propiedad mal, o deficientemente adquirida.

##### *Industria.*

Caracterizada por el proteccionismo hacia la herrera de Vizcaya, sosteniendo antiguos privilegios, contra los productos extranjeros. La de la cerería blanqueada por los hábiles agremiados de Cádiz, Sevilla, Málaga y Granada, que ven sus productos menospreciados ante la introducción de cera forastera, y que el Monarca resuelve concediendo a esta cera nacional su Real protección y exclusiva de pase al Nuevo Mundo. La minera, principalmente la del Perú.

##### *Comercio.*

Donde se distingue con toda claridad el desarrollado por los nacionales y que es objeto de la mayor protección, del ejercido por los extranjeros, que sucesivamente es reiteradamente prohibida, aumentando gradualmente las penas a los infractores hasta llegar a la máxima de la muerte. Y el interamericano que se declara igualmente ilícito, aunque en ciertos casos han sido autorizados por el virrey de la Nueva España, aunque como en el caso de la conducción de los vinos de Guatemala al Perú, y del cacao de Venezuela en la Nueva España, que son excepciones que confirman la regla general.

Buen número de normas tratan de atajar el comercio clandestino aunque la reiteración de los preceptos hace pensar en la repetida inobservancia de lo legislado.

La Feria de Jalapa (1728) tan interesante para el estudio de la vida comercial en el virreinato novo-hispano y en la hegemonía consentida a los comerciantes hispanos.

Las Compañías de comercio de Filipinas y de La Habana, con tan pocas características comunes y tantas diferenciadas (1733 y 1740). En el tomo III<sup>o</sup> se analizan sus respectivas Ordenanzas, sus atribuciones —comercio con Oriente y Filipinas; y trato mercantil con productos de Cuba— tabaco y azúcares— y aprovisionamiento del presidio de La Florida, unido a la construcción de barcos para la R. Armada— sus directores y empleados, el capital social y su división en acciones, con participación de los reyes, etc., invitan a su lectura por el erudito interesado.

Los Consulados —sevillano y gaditano— organismos donde los intereses mercantiles tienen su más genuina expresión.

Y el comercio canario-americano, con sus difíciles problemas de gestión y contrabando tanto nacional como extranjero.

Por último el comercio de los extranjeros —ingenuo, de contrabando, corsario y pirático— siempre prohibido bajo severísimos castigos y cuyos pingües ingresos servían para sobornar a las autoridades indianas a las que tocaba su represión y servía de acicate a los marinos extraños, que una y otra vez —con fortuna o con prisiones— son inducidos al tráfico ilegal.

#### *Navegación.*

Común u ordinaria a base de flotas y galeones, con el aumento cada vez mayor de los navíos que navegan por cuenta propia. Y la reiteración de los preceptos favorecedores del corso, como medida precautoria para contrarrestar las ingerencias extranjeras. Corso español, en muchos casos abusivo, que obliga a las naciones a reclamar ante el Monarca.

Curioso es el problema suscitado por la abundancia de polizones o “llovidos”, siempre ilegales y que se mantienen con la connivencia o la caridad mal entendida de los jefes marinos o de los maestros de los barcos.

#### INSTITUCIONES MILITARES EN INDIAS

La organización de las fuerzas armadas en Ultramar a semejanza de las españolas, con sus mismas Ordenanzas; la guerra contra los indios mosquitos, aliados de los ingleses de Jamaica, y que atacan a Guatemala y Honduras; el problema, cada vez más extendido, de los desertores; los inventarios de armas y municiones en las fortalezas

y presidios del Nuevo Mundo; y la guarnición de Cartagena de Indias, ciudad clave en el dispositivo defensivo indiano.

#### ASUNTOS INTERNACIONALES

Todos los tratados de paz, de comercio, las declaraciones de guerra con la aprehensión de los nacionales de los países beligerantes y el natural secuestro de sus bienes, firmados durante el período 1700-1746, se comunican al Nuevo Mundo, para que Virreyes, Presidentes y Gobernadores sepan a qué atenerse.

#### INSTITUCIONES ECLESIASTICAS EN INDIAS

Para no hacer excesiva la extensión de esta comunicación, me limitaré a sólo enunciar los apartados correspondientes a este tema, de tanto interés en el período de 1700-1746.

El culto religioso y las principales fiestas eclesiásticas; la administración de los Santos Sacramentos, con especial participación del de matrimonio y las dispensas pontificias concedidas a españoles e indios; las relaciones con la Santa Sede romana y las letras apostólicas, indulgencias, indultos y gracias de los Sumos Pontífices; el Real Patronato sobre la iglesia indiana; la jerarquía eclesiástica —Arzobispos y Obispos—; los Cabildos catedrales y sus dignidades y prebendados; la intervención Real en Concilios y Sínodos diocesanos; los problemas del clero secular, tanto en el orden eclesial como en el económico y disciplinar; las diversas Ordenes religiosas del Nuevo Mundo —Bethlemitas, Dominicos, Franciscanos, Jesuitas, Hospitalarios de San Juan de Dios, Agustinos, Mercedarios— y los problemas diarios de los religiosos doctrineros que han de obedecer respectivamente al Prelado de la diócesis y al superior de la Orden; las Misiones a los indios; La Santa Inquisición y la Santa Cruzada; así como el innumerable número de licencias para conseguir limosnas en Ultramar para culto, beatificaciones, fundaciones, construcción y reparación de templos y casas religiosas, forman un grueso volumen de disposiciones que se publican en los tomos IIº y IIIº del *Cedulario Americano del Siglo XVIII*, a cuyos apartados remito al lector interesado en estas cuestiones.

# LA CONSTRUCCION JURIDICA DEL REGIMEN TUTELAR DEL INDIO \*

Por MARTHA NORMA OLIVEROS

SUMARIO: I. Los indios son libres. — II. Los indios no son capaces. 1. Desde el punto de vista intelectual. 2. Desde el punto de vista psicológico. 3. Desde el punto de vista cultural. 4. Desde el punto de vista económico social. 5. Desde el punto de vista religioso. — III. A los indios hay que darles protección; qué es la menor edad.

## I. — LOS INDIOS SON LIBRES

Con la llegada de los españoles a tierras de América, surge el problema de la condición legal de los aborígenes, respecto a la superioridad en cuanto a valores humanos y credo religioso de los europeos. Con el objeto de solucionar ese innegable desnivel y procediendo conforme con las ideas imperantes en la época, la actitud más simple a adoptarse hubiese sido la de reducir a la esclavitud a esos grupos que si bien resultaban numéricamente más importantes, eran en forma marcada culturalmente inferiores. Tal actitud ya la habían adoptado los portugueses respecto a los aborígenes africanos. Sin embargo, desde el primer momento, Colón los considera como a hombres libres, y así aparece en el Diario de su primer viaje<sup>1</sup>.

A pesar de todo, esta actitud cambia pronto. Por un lado Colón, hace cautivos y esclavos a los indios que se rebelan, en particular los indios que huían o se "alzaban" eran perseguidos y capturados y "los que a vida se tomaban vendían por esclavos, y de éstos iban a Castilla los navíos cargados"<sup>2</sup>.

Esta situación de hecho, tolerada como excepción, adquiere con el transcurso del tiempo proporciones que no son tan bien miradas. Se envían esclavos a España, en cantidades tan grandes, que se hace me-

\* El presente trabajo constituye la primera parte de la tesis doctoral sobre el *Estatuto Jurídico del Indio en el Derecho Indiano*, presentada en Madrid en marzo de 1963 y realizada bajo la dirección del catedrático de la Facultad de Derecho Dr. D. Alfonso García-Gallo.

<sup>1</sup> La reproducción de los pasajes del Diario de Colón, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 852.

<sup>2</sup> Transcripción del capítulo de Las Casas, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 959, 8.

nester tomar medidas con carácter urgente, pues suscita verdaderas olas de escrúpulos. No sabiendo los Reyes Católicos a qué atenerse, ni juzgar tampoco, si corresponde en derecho esclavizarlos, envían una carta a D. Juan de Fonseca, Obispo de Badajoz y encargado de los asuntos de Indias, con fecha 13 de abril de 1495, ordenando que en el producto de las ventas que se hicieren de los indios que de América ya habían sido enviados, se depositara su precio durante algún breve tiempo, hasta tanto se supiere con seguridad qué se habría de hacer.<sup>3</sup>

Como consecuencia inmediata de la alarma real, se reúne una Junta de Teólogos en el 1500, que luego de estudiar la situación planteada, otorga una solución, completamente opuesta a la idea social de la época. Ella se concreta en una declaración de libertad para todos los nativos americanos, quedando así equiparados a los españoles, para compartir con ellos la categoría de "hombres libres".

La disposición de la Junta se lleva a la práctica, y la encontramos cristalizada en Provisiones de los Reyes Católicos, una del mes de agosto de 1503, por la cual se proclama la prohibición de capturar y esclavizar a los indios caribes, declarando solemnemente la absoluta libertad de estos aborígenes<sup>4</sup>; otra del 20 de diciembre de 1503, otorgada en Medina del Campo y en la cual se hace referencia a los Instrucciones dadas a F. Nicolás de Ovando Comendador Mayor del Alcántara al propio tiempo que gobernador de las Islas y tierra firme del Mar Océano en el sentido de que sean "libres o no sujetos a servidumbre"<sup>5</sup>. Estos principios los encontramos reiterados en la Junta de Burgos en 1512, cuyo contenido puede encontrarse en la "Historia de las Indias" del P. Las Casas, el lib. 2, cap. 8<sup>6</sup>.

Sin embargo, esta declaración general de libertad, encuentra algunas restricciones. Los indios caribes, que son caníbales —y constituyen por esa causa una constante excepción a toda medida igualitaria— son objeto, en consecuencia, de distinta consideración. En un principio esta denominación correspondía nada más que a una raza determinada, y que habitaba las islas de la América Central, pero, con el correr del tiempo, el sustantivo se adjetiva y por lo mismo se comienza

<sup>3</sup> Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias, XXX, 335-36, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 953.

<sup>4</sup> Cedulaario Cubano núm. 12, ps. 49-51.

<sup>5</sup> Cedulaario Cubano núm. 19, ps. 85-87; Col. de Doc. Inéditos del Archivo de Indias, XXXI, 209-11, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 955, 962.

<sup>6</sup> Transcripción del capítulo de Las Casas, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 859.



a denominar "caribes", a todos los aborígenes de características similares, y por último a todos aquellos que presentasen signos de una indomable rebeldía. A causa de su antropología se los puede someter a esclavitud, siendo ésta perfectamente justificada, desde el momento que es la conquista resultante de una guerra justa.

La segunda excepción, conforme al derecho de la época, afecta a los prisioneros de guerra indígenas: éstos son reducidos a esclavitud. Ahora bien, como esta medida sólo afecta al que es hecho prisionero, en guerra justa, y como se duda si la que se hace a los indios lo sea al menos por la forma de hacerla, se trata de resolver esto último, y para ello, a fin de evitar nuevos abusos, en 1513, se redacta, lo que se da a conocer bajo el nombre de "Requerimiento". Queda con ello la esclavitud reducida, a la que surja de conquistas bélicas; con la evolución de esta idea, tendiente a la libertad de los aborígenes desde 1526, no se permite llevar a Europa a ninguno de los nativos que hubieran sido esclavizados, aun en justa forma; y, a partir de 1532, se prohíbe expresamente, marcarlos con hierros, como si se trataran de negros<sup>7</sup>.

Las Nuevas Leyes que datan del 20 de noviembre de 1542, para evitar conflictos y más preocupaciones, prohíbe total y definitivamente la esclavitud en América<sup>8</sup> aunque sin embargo, como era de esperar, surge la misma excepción que a las declaraciones generales anteriores, aquellas que se refieren a los caribes cuyo apresamiento y esclavización se autoriza en el año 1569.

## II. — LOS INDIOS NO SON CAPACES

Del primer contacto entre nativos y españoles, surge el impacto entre dos mundos completamente opuestos, separados no ya únicamente por la simple y elemental barrera idiomática, sino también por un cúmulo de diferencias de civilización y estado de desarrollo que culminan como es lógico en un principio en la más absoluta incomprensión.

Tratan los españoles inútilmente de asimilarlos a la vida europea, mas, la carencia de conocimientos etnográficos en la época les impide apreciar en su verdadera magnitud la enorme distancia que separa ambos estados de civilización. Por lo tanto se atribuye esa incapaci-

<sup>7</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 1275.

<sup>8</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 957.

dad de asimilación por parte de los aborígenes a una imposibilidad de tipo material, o sea a una verdadera incapacidad natural.

Esta es la primera reacción, muy lógica por otra parte; pero de inmediato se planteará el problema de la libertad de los mismos, como se ha visto, y juntamente con él, la Junta de Burgos, examinará la cuestión de la capacidad. Como se llega a la conclusión de que la capacidad de los naturales es decididamente inferior, se considera que es conveniente someterlos a un régimen de encomienda. Sin embargo ante los alegatos de algunos en favor de la capacidad de los indios, se llega a admitir la posibilidad de que los que sean capaces vivan con entera libertad, sin ser encomendados. Este es el espíritu que domina en la redacción de la Real Provisión de la Reina Doña Juana y de su hijo Carlos V, dirigida al Licenciado Rodrigo de Figueroa, juez de residencia de la isla La Española dada en 9 de diciembre de 1518, y que se encuentra transcrita en el Cedulario de Encinas<sup>9</sup>.

La situación de "dependencia pupilar" en que se encuentran los aborígenes hace que algunos los consideren como seres inferiores, otorgándoles calificaciones muchas veces excesivas tales como: "animales", "perros", "brutos", pero sin que ello signifique que se los vea como seres "no humanos"; tales calificativos se prohíben en las Ordenanzas vulgarmente llamadas "Leyes de Burgos" dadas para el buen regimiento y tratamiento de los indios. No obstante, muchos religiosos llegan a creer inclusive, que estos carecen de la viabilidad necesaria para recibir los Sacramentos, con excepción hecha de los del bautismo y del matrimonio.

Frente al extremismo de los decididamente partidarios de la idea de que se encuentran los europeos ante individuos absolutamente inferiores, se yergue la figura de Las Casas, quien cae precisamente en el otro extremo. Él los cree no solamente capaces, sino hasta "superiores" a los españoles, cosa que aparece con toda claridad en su "Historia apologética de las Indias".

Pero, no todo ha de ser extremismos. F. Bernardino Minaya, y otros religiosos<sup>10</sup>, consideran a los nativos iguales a los españoles y por lo mismo plenamente capaces, reconociendo que existe una evidente falta de conocimiento por parte de aquéllos, pero que esa diferenciación puede solucionarse mediante una labor civilizadora.

<sup>9</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 968.

<sup>10</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 1277.

La polémica surgida en torno a la capacidad, es solucionada por Paulo III, mediante la Bula "Sublimis Deus", del 2 de junio de 1537, en cuya parte correspondiente dice así: "Por tanto, Nos, que del mismo Nuestro Señor, aunque inmerecidamente, hacemos las veces en la tierra, y a las ovejas de su rebaño, encomendadas a Nos, que se hallan fuera de su redil procuramos con todas nuestras fuerzas llevarlas al redil, teniendo en cuenta que estos indios, como verdaderos hombres, no solo son capaces de la Fe cristiana, sino que, como es conocido, se encaminan muy dispuestos a esta Fe<sup>11</sup>."

En la práctica, la Bula "Sublimis Deus" y todas las teorías de igualdad y libertad, resultan imposibles de realizar. En primer lugar se hace menester enseñar a los indios a ser hombres, para que puedan luego, llegar a ser cristianos, así lo reconoce el III Concilio de Lima del 1601<sup>12</sup>.

No es lo mismo enseñar una disciplina científica que el Evangelio; y no es lo mismo enseñar el Evangelio en Europa, que hacerlo en América, tierra de misión. Hace falta, luego, que se encuentre el método apropiado para penetrar en las almas de los nativos. Ante este problema, el jesuita José de Acosta, escribe en 1588, una obra titulada "Procuranda Indorum Salute", que es un Tratado sobre métodos de evangelización y civilización.

Resulta imposible pensar en hacer llegar la civilización hasta esas regiones tan distantes, si no se procede a una estructuración que facilite la tarea de los pocos misioneros ante la cantidad y dispersión de los nativos. Hace esto que surja un nuevo sistema: "Las reducciones"; éstas consisten en una especie de tutela colectiva sobre todos los indios que habitan cada poblado. Poco es en realidad, lo que difiere el nuevo sistema del anterior, no faltando incluso para éste, sus detractores, como por ejemplo, el Arzobispo de Méjico, Juan de Palafox.

1. Ya hemos visto el choque que significó el encuentro de los dos grados de civilización que entrañaban el mundo hispánico y el ámbito americano. Asimismo enunciamos algunas de las distintas opiniones surgidas en torno a este problema. Corresponde ahora puntualizar lo que se refiere a la capacidad de adaptación del indio a las ideas civilizadoras de los españoles; es decir, lo que se refiere a la inteligencia

<sup>11</sup> Transcripción de la Bula, en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 956.

<sup>12</sup> Colección de Cánones, V, 647.

del aborigen. Este factor de inteligencia conforma no tan sólo la idea de su capacidad como ente jurídico, sino también su posición con respecto a la acción redentora de la Iglesia a través de los Sacramentos.

Esta circunstancia, va a incidir en consecuencia en el punto de la viabilidad religiosa. Así, por ejemplo, Fray Juan Bautista, ante el incumplimiento por parte de los nativos del Sacramento de la Penitencia, opina que ello no es pecado mortal y lo mismo el P. Suárez, en el tomo de "Poenitent", disp. 20, sect. 2, núm. 8, dado que no tienen intelectualmente, capacidad plena; aunque sin embargo no se les puede negar ni la Confesión ni la Comunión porque sería ello sumirlos en una mayor infelicidad de la que se encuentran.

Peña Montenegro, al recopilar en 1668 el conjunto de disposiciones vigentes en ese entonces para América, y que debían ser tenidas en cuenta por los párrocos de indios, aborda el problema frente a la Ley Natural, y entendiendo que todos los hombres se encuentran sometidos igualmente a ella, se pregunta si los nativos del Nuevo Mundo también; a lo cual responde que sí, pero con menor responsabilidad, dada la torpeza de su ingenio<sup>13</sup>. Ante la Ley humana, su responsabilidad queda igualmente restringida<sup>14</sup>, y hasta cree que no se encuentra en condiciones de presentarse ante los tribunales, ni como actor ni como demandado<sup>15</sup>. Frente a la Iglesia, recuerda primeramente la preocupación que desde tiempos de los Reyes Católicos, ha tenido la Corona enviando en repetidas oportunidades, circulares y Cédulas a Obispos y Arzobispos, para que fueran con ellos tolerantes, dado que por su escaso entendimiento, no estaban en condiciones iguales a los peninsulares<sup>16</sup>.

En materia de legislación española no son muchas las disposiciones que demuestren la menor capacidad de los indios.

Una Real Cédula, firmada por Felipe II, el 13 de diciembre de 1577 y dirigida al Obispo de Cuzco, pide se tenga muy especial cuidado en no permitirle a los mestizos su ingreso en las Sagradas Ordenes, aunque como veremos más adelante esta Real Cédula fue contrarrestada por una autorización expresa al referido ingreso.

El III Concilio Provincial de Lima de 1601<sup>17</sup> afirma que ellos

<sup>13</sup> PEÑA MONTENEGRO, 4, 1, 4.

<sup>14</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, 3.

<sup>15</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>16</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>17</sup> Colección de Cánones, V, 647.

tienen cierta capacidad, aunque muy relativa, dada la fragilidad y el desconocimiento que tienen de la verdadera dimensión de la importancia de sus actos, lo cual entraña implícitamente un reconocimiento de una falta de responsabilidad.

En oposición a lo puntualizado más arriba, encontramos opiniones mucho más abundantes que reconocen la capacidad natural. Los conceptos señeros de Alonso de Zorita, Manuel José de Ayala y Don Juan de Solórzano y Pereyra, encabezan nuestra lista; no faltando incluso párrafos del frondoso Peña Montenegro reconociéndoles tal condición.

Zorita<sup>18</sup>, cree que los indios están "injustamente infamados" de faltos de razón y de claridad, fundamentando tal apreciación en el hecho de que los mismos pueden expresarse muy bien y hasta sin turbarse, ante las autoridades. También Ayala<sup>19</sup>, al declarar que se les permite mantener su orden administrativo, conservar sus disposiciones de gobierno mientras no contradiga la moral y las buenas costumbres, que subsista la administración de Justicia, hasta tal punto que la capacidad intelectual del natural no es tan poca, o que si la es, al menos, existen algunos (como los caciques) que la tienen en un grado tan desarrollado como los europeos, concepto éste, que según se irá demostrando era el más difundido.

Solórzano<sup>20</sup> da un gran paso en el reconocimiento de esta capacidad. No se refiere ya a la capacidad para expresarse, que alude Zorita, ni tampoco a esa forma inerte de perdurabilidad del régimen de uso y costumbre preexistente (aunque si bien es mucho), de la que nos habla Ayala; Solórzano, incorpora al nativo a la vida civil y religiosa sin restricciones, considerando que su capacidad es suficiente para testificar con validez jurídica, así como para ingresar a las sagradas órdenes.

Si el citado Peña Montenegro, opina en un determinado momento de su obra que la capacidad del nativo no es absoluta, dicha idea deberá tomarse con carácter restrictivo ya que, con más frondosa argumentación y planteamiento lógico, dice que "al tener nuestra misma forma, y ser igualmente descendientes de Adán, deben estar forzosamente dotados de alma semejante a la nuestra", y por ende, de una

<sup>18</sup> ZORITA, *Historia de Nueva España*, XXII, 280.

<sup>19</sup> AYALA, *Diccionario*, II, 333-334.

<sup>20</sup> SOLÓRZANO y PEREIRA, *Política*, 2, 1, 27, 74.

capacidad intelectual, que no por el hecho de no estar desarrollada puede considerarse inexistente<sup>21</sup>.

Resumiendo, como lo afirma más adelante al hablar de la Iglesia, son seres humanos, iguales a los españoles. Y además peca mortalmente el Cura que con pretexto de esa incapacidad les niegue la Comunión, porque si se entiende que pueden pecar y que son capaces de Penitencia, lo cual es mucho más difícil, más aún han de ser capaces de comulgar, a lo cual no debemos olvidarnos de agregar de que pueden comprender la Misa, cosa no tan simple<sup>22</sup>.

Puede muy bien, el citado autor, tener estas afirmaciones, movido por su piedad sacerdotal, de no querer dejar estas almas, sumidas en las tinieblas del paganismo, pero la religión misma exige a pesar de ello una cierta viabilidad.

Tenemos muchas pruebas de orden legal, que coincidiendo con lo dicho, vienen a otorgarle mayor fuerza. Una de las primeras en el tiempo es la Real Cédula de enero de 1513, en la cual se ordena adoe-trinarles; orden que presupone evidentemente que son capaces de asimilar enseñanzas<sup>23</sup>. Siguiendo con el mismo aspecto, nos encontramos con Reales Cédulas similares a la anterior dadas a 24 de agosto de 1527 y a 4 de diciembre de 1528, así como también otras del 30 de noviembre de 1537 y del 1588, que disponen lo mismo.

Siguiendo con los reconocimientos de capacidad, encontramos en marzo de 1532, la autorización para el Reino de Nueva España de elegir alcaldes y alguaciles<sup>24</sup>; a 17 de diciembre de 1551 y a 19 del mismo mes pero en 1558, autorizando a todos los caciques de los Reinos de Indias, a administrar justicia, facultad ésta que evidentemente la autoridad real, no hubiera depositado nunca en manos de incapaces<sup>25</sup>. La mencionada R. Cédula de marzo de 1522, dictada para Nueva España, fue ampliada en 1558 para Chile y en 1568 para Guatemala<sup>26</sup> y en marzo de 1576, se dispone que sean siempre indios los que ejercieran el cacicazgo. Recordemos que los caciques son considerados como nobles hidalgos españoles<sup>27</sup>.

También podemos deducir un reconocimiento de capacidad en

21 PEÑA MONTENEGRO, 3, Único.

22 PEÑA MONTENEGRO, 4, 2, 7.

23 COPULATA, III, 13, 128.

24 COPULATA, II, 10, 322.

25 AYALA, *Diccionario*, II, 334.

26 COPULATA, II, 10, 323, 333.

27 AYALA, *Diccionario*, II, 333.

las Reales Cédulas que prohíben separar a los caciques de sus cargos, tales como las dirigidas a Chile en 1547, Nueva España 1549, y Perú 1570<sup>28</sup>.

Aparte de estos reconocimientos tácitos, tenemos otros que son explícitos, tal como el que hace la Real Cédula firmada en Zaragoza a 9 de diciembre de 1518, por la cual se los reconoce "capaces y hábiles"<sup>29</sup>.

Finalmente la Bula de Paulo III<sup>30</sup>, y los Breves especiales, dados a instancia de unas cartas enviadas por Fray Julián Garcés, primer Obispo de Tlaxcala declarando a los indios americanos hombres racionales y capaces a igual que los de cualquier nación de Europa. Este reconocimiento de la Iglesia, de indiscutible trascendencia, es seguido también por el Estado español que en marzo de 1697, se pronuncia por una Real Cédula, con toda claridad, respecto a la capacidad de los naturales de las nuevas tierras<sup>31</sup>.

2. Al margen del tema del reconocimiento de la capacidad del indio, es interesante destacar la divergencia de opiniones vertidas respecto a la cualidad psicológica de los mismos.

Vemos que Alonso de Zorita en su "Historia de Nueva España"<sup>32</sup> dice que no son ambiciosos, ni soberbios, ni codiciosos; con lo cual coincide con el Obispo de Tlaxcala, Fray Julián Garcés, que destaca la generosidad de sus sentimientos, hablando también de su gran docilidad, en la carta que envía a SS Paulo III y que consta en la Colección De Cánones<sup>33</sup>. En tanto Peña Montenegro, los califica de cobardes y pusilámines, afirmando que tienen la voluntad más inclinada al vicio que a la virtud<sup>34</sup>.

Gaspar de Escalona y Agüero, parece tomar una posición intermedia otorgándole calificativos concordantes con la opinión de Zorita y de Peña; así en su Proyecto de Código Peruano, dice que son humildes y obedientes hasta tanto que esa misma inocencia llega a dañarles, sumergiéndoles en mortal paroxismo.

<sup>28</sup> COPULATA, II, 10, 328-329.

<sup>29</sup> Disposiciones Complementarias, I, 128-129.

<sup>30</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 956.

<sup>31</sup> Cédulario Americano del siglo XVIII, 602.

<sup>32</sup> ZORITA, *Historia de Nueva España*, XXIII, 281.

<sup>33</sup> Colección de Cánones, V, 112.

<sup>34</sup> GARCÍA GALLO, *El Proyecto de Código...*, 20.

La calificación que hace Peña Montenegro del indio, es la que repercute en el ámbito jurídico. Por esa causa se dispone que las penalidades les serán restringidas, aunque nunca se llegará a suprimir del todo el concepto de culpa y responsabilidad, que por lo menos relativa tendrá de sus actos.

La cobardía, o el miedo, como quiera llamársele, es un factor que pesa sobre la psicología del indio, hasta tal punto que se le considera dentro del campo legal como una causa de invalidez de los contratos, por los cuales un aborigen se hubiera obligado, presionado por el miedo o el temor.

Tanto la doctrina como diversas R. Cédulas están acordes en este sentido, llegando el miedo a ser causal suficiente hasta para sobreseerlos incluso, de culpa y cargo <sup>36</sup>.

Se los reconoce frágiles, y se compara su situación con la de las viudas, enfermos y miserables; recomendándose que se les de Mecenazgos y Protectores que se ocupen de todo lo concerniente a sus necesidades, ya que no podrán ocurrir por sí ante los Tribunales, y tampoco se les podrán imponer censuras debiendo las penas que se les aplique no sólo ser menores (ya que menores son sus culpas), sino también que deberán ser éstas, materiales, para que entrándoles por los sentidos, produzcan los efectos que ellas procuran. Así lo declara en 1601 el III Concilio de Lima <sup>37</sup>.

Así vemos que la consecuencia jurídica más importante de estas particularidades psicológicas del indio, es el beneficio de la disminución de sus culpas y la brevedad y sumariedad con que deben ser substanciados los pleitos que les afecten <sup>38</sup>.

Nos hemos referido anteriormente al miedo como una de las características psicológicas del indio, pero este sentimiento no gravita aislado, ya que va estrechamente unido a la superstición constituyendo ambos los matices propios de toda idiosincrasia primitiva. Son estos los que con más fuerza caracterizan la personalidad del indio, lo cual, lógica e inevitablemente, tiene consecuencias diversas en el orden religioso.

<sup>36</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, *Prólogo; Disposiciones Complementarias*, I, 76-77; III Concilio de Lima, en Colección de Cánones, 5, 647.

<sup>37</sup> Colección de Cánones, 5, 647.

<sup>38</sup> *Cedulario* de ENCINAS, IV, 336.



3. En este análisis de la psicología del indio nos hemos referido ya al factor que podría designarse inteligencia, pero tomado como elemento positivo. Nos referiremos ahora, a ese mismo factor pero desde el punto de vista negativo, es decir, consideraremos su ignorancia.

La ignorancia, que padecen los aborígenes americanos, es destacada en forma general, por todos, si bien este reconocimiento no quita que en última instancia, se les considere capaces —como ya vimos anteriormente— y que puedan, por lo tanto, asimilar las enseñanzas recibidas. Con carácter *erga omnes*, Peña Montenegro afirma que son ignorantes, y aún más, que la Ley Natural que rige a todos por igual, no puede obligarles a ellos, de la misma manera que al resto de los hombres<sup>39</sup>.

Escalona y Agüero parte de la idea de que el indio es un ser rústico, y por lo tanto desconocedor absoluto de todos sus derechos. Afirma de este modo que la causa principal de esa rusticidad es la falta de conocimiento del derecho que les ampara. Para dar una solución a este problema, es menester, pues, el conocimiento de la legislación existente, para lo cual resulta imprescindible una recopilación de leyes, sobre todo en la parte relativa a las disposiciones que favorezcan a los aborígenes. Todas esas razones mueven a Escalona y Agüero a la confección de un Código que resumiendo toda la legislación dispersa, permitiese su máxima difusión y ese propósito aparece enunciado en la Introducción Proemial de su Proyecto: "Dáse a conocer este libro, y su importancia, por uno de los medios más necesarios para la conservación de los indios".

Todo esto sin olvidarnos que fue característica preponderante de la acción española el querer recopilar la legislación indígena y que si bien no alcanza a cuajar en realidad, marca de por sí, una diferencia fundamental con otros pueblos conquistadores, que rehuyendo el contacto con los indígenas, se manifiestan atentos tan sólo a sus propios problemas<sup>40</sup>.

Desde el punto de vista jurídico la ignorancia insalvable de los indios, los excusa de los errores que puedan cometer. Así, por ejemplo, cuando el indio contrata su trabajo y lo hace por un precio inferior al que en realidad corresponde al valor de su prestación laboral, el patrono, de todos modos, tiene la obligación de pagarle lo justo, y así

<sup>39</sup> PEÑA MONTENEGRO, 4, 3, 5, 4, 1, 4.

<sup>40</sup> GARCÍA-GALLO, *El Proyecto de Código...*, 13.

lo afirma Peña Montenegro, ya que considera que el desconocimiento de las leyes (y hasta de sus mismas necesidades) hace creer al indio que contrata bien, aunque en realidad eso no ocurra <sup>41</sup>.

Partiendo también de esta falta de conocimiento, afirma el mismo autor, que la importancia de cualquier delito cometido por el aborigen ha de ser siempre menor que la que en realidad tiene para la comunidad europea en general; ya que el valor de la culpa está ligado en forma intrínseca a la malicia y ésta a los conocimientos. Al fallar o disminuir éstos, disminuye en forma directamente proporcional aquélla. En consecuencia, podemos resumir diciendo que, en el ámbito jurídico, la responsabilidad delictiva del indio, es siempre menor que la de los españoles, peninsulares y criollos dado el grado inferior de su cultura en el período colonial <sup>42</sup>.

Como hemos visto, la carencia de malicia incide en forma directa en la disminución de la responsabilidad del indígena frente a su culpa. Por esa misma razón el planteamiento de la disminución de la responsabilidad religiosa. Sin embargo no es esto motivo suficiente como para quitarles el derecho a recibir los Sacramentos, ya que semejante restricción implicaría el hundimiento total de las esperanzas de salvación de esas almas. Esta inferioridad con respecto a la responsabilidad religiosa tampoco es tanta, como para creer, de que resultará imposible el superarla por medio de la instrucción y de la evangelización, así opina el P. Suárez en su "Poenitent". Disp. 20, sect. 2, núm. 8 <sup>43</sup>.

Se los considera entonces, capaces de recibir todos los Sacramentos, tal como se verá detalladamente, aunque con ciertas pequeñas variantes, producto de la menor exigencia que para con ello tiene la Iglesia, debido a su poca capacidad y al desconocimiento doctrinal, ignorancia que será saivada oportunamente mediante una efectiva evangelización.

Desde el punto de vista jurídico, se reconoce expresamente por primera vez la inferioridad de los indígenas, respecto a la religión, en la Junta Apostólica de Méjico, reunida en 1524, al expresar que: "al principio por esa causa se les negaba la Comunión". Esta declaración está afirmando tácitamente un reconocimiento de hecho de tal infe-

<sup>41</sup> PEÑA MONTENEGRO, 3, Único, 2.

<sup>42</sup> AYALA, *Diccionario*, R. Cédula de 1549, en la voz "delito".

<sup>43</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, Único, 1.

rioridad anteriormente a esa fecha. Se dispone en la mencionada Junta dejar a criterio de los Confesores el otorgar o no la Comunión a los indios, decisión de gran importancia pues se está colocandø en manos de los clérigos la tremenda responsabilidad de juzgar la viabilidad de los aborígenes<sup>44</sup>.

El Emperador, por Real Cédula de 1550, dispone la necesidad de abreviar los pleitos y de aligerar la rigidez de sus procedimientos en la mayor medida posible, fundamentando tal necesidad en la ignorancia que padecen esos sus lejanos súbditos al decir: "que ni tienen, ni saben de la experiencia que los españoles en pleitos"<sup>45</sup>.

"En atención al grado de cultura de los indios, que les impide conocer las leyes españolas, la propia legislación de Indias, desde 1555, les permite regirse por sus viejas costumbres o por las Leyes y costumbres que de nuevo ellos mismos establezcan, en tanto no se opongan a la religión, y desde 1680 a la Recopilación"<sup>46</sup>.

Se considera en tal medida la ignorancia de los aborígenes, que hasta se afirma que no están siquiera capacitados para discernir sobre los impedimentos matrimoniales que puedan surgir del parentesco espiritual, y por esa causa el I Concilio Provincial reunido en Lima en 1582, ordena que se los libere de la consideración estricta de tales impedimentos<sup>47</sup>.

Con la intención de solucionar el problema de la ignorancia del indio, las autoridades eclesiásticas consideran que nada es más conducente que obligar a los párrocos a que aprendan el idioma que habla el aborígen. Sobre esta base el III Concilio de Méjico de 1585 les ordena tal medida, otorgándoles un plazo de seis meses para que lo hagan<sup>48</sup>.

Encontramos que por Real Cédula de 1593, se les reconoce como muy rústicos e ignorantes, razón por la cual se dispone que se los castigue con menos rigor que a los españoles; lo mismo se repite en el Concilio Limense de 1601 y en otra Real Cédula de 1618.

Paulo III, en el ámbito del derecho de familia, otorga a la ignorancia valor principal y justifica en ella la autorización dada a los confesores para ampliar las dispensas matrimoniales que puedan otorgarse a los indios<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Colección de Cánones, 5, 113.

<sup>45</sup> *Cedulario* de ENCINA, OV, 336.

<sup>46</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, 777.

<sup>47</sup> Colección de Cánones, V, 508.

<sup>48</sup> Colección de Cánones, V, 578.

<sup>49</sup> GARCÍA-GALLO, *Manual...*, F. 956.

4. Las condiciones morales y materiales en las cuales los aborígenes vivían hasta el momento del descubrimiento de América producen tal impresión en la mentalidad española que lleva a la consideración de que, las miserias que los indios pasan, son tan innumerables, que pueden por ello considerarse como los seres más miserables del mundo. A las miserias físicas, como ser, las que surgen de su régimen de vida —vivienda, ropa y alimentación— se suman las miserias espirituales producto de su paganismo, y del desconocimiento total, de la verdadera naturaleza de las cosas; es por ello que se considera que tienen la incapacidad de los pupilos, la fragilidad de las viudas y la imposibilidad de los enfermos <sup>50</sup>.

Por estas circunstancias apuntadas, es otorgado a los indios, ciertos privilegios que corresponden a los pobres, menores y rústicos. Esta terminología se utiliza sobre todo en la Real Cédula de 1618, dirigida al Virrey del Perú <sup>51</sup>.

En todas las disposiciones legales que se dieron para América, incluídas aquellas primeras dictadas por los Reyes Católicos, se ordena amparar, proteger y defender a los indios; de hecho, el trato que se les da, es el que merecen los miserables, si bien no se los califica aún como tales. Por primera vez se encuentra tal calificación en una Ordenanza de Audiencias de 1563, emitida por Felipe II, en la cual define el estado de gentilidad en que se encuentran los nativos, como "miserable estado", es decir, que de acuerdo con esta terminología, sería el indio "un miserable" por vivir en un "estado de gentilidad". De tal declaración se desprende que el objeto de la conquista y colonización de América es sacar a los indígenas de esa miserable situación, conduciéndolos a la Santa Fe y vasallaje del Rey, cosa que debía hacerse con buenos tratos y mucho cuidado <sup>52</sup>.

Por consiguiente, hasta 1563, el estado privilegiado en el cual vivían podemos denominarlo: de "hecho", y a partir de esa fecha por recaer sobre el indígena la figura jurídica del "miserable", pasa a gozar con "plenos derechos" de la situación que le corresponde en su calidad de tal. Así, por ejemplo, encontramos que en el III Concilio de Méjico de 1585, se ordena nombrar abogado y procurador en

<sup>50</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>51</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, 1.

<sup>52</sup> COPULATA, II, 2, 202.

las causas en que intervienen los indígenas, a los efectos de proveer a la defensa de "estas personas miserables"<sup>53</sup>.

Pocos años más adelante, parece estar ya tan arraigado este concepto, y tan entrañablemente unida la personalidad jurídica del indio a la idea de miserabilidad, que en el III Concilio de Lima de 1601 se utiliza tal expresión como sinónimo para designar a los naturales de estas tierras<sup>54</sup>. A esta circunstancia, hace también referencia Peña Montenegro, agregando que en 1618 se da una Real Cédula en la cual la Corona utiliza la misma terminología del Concilio<sup>55</sup>. Otra Real Cédula de 1660, enviada a todos los Obispos y Arzobispos, reza de la siguiente forma: "para que con castigo ejemplar, destierre los rigores con que se tratan a éstos sus miserables vasallos"<sup>56</sup>. La asimilación ya es para ese entonces completa, y el lenguaje vulgar ha ganado categoría jurídica.

De las descripciones que encontramos, referentes al medio ambiente en que vivían los indios, podemos deducir con toda claridad, un proceso de empobrecimiento paulatino en la primera mitad del siglo XVI y que comienza a acelerarse a medida que nos aproximamos al siglo XVII, enseñoreándose de todos los contingentes civilizadores de Indias. Escalona y Agüero señala, por ejemplo, que todos habían sufrido un "horroroso proceso de empobrecimiento, los repartimientos y encomiendas están muy disminuídos", y las ganancias que pudieran obtenerse de los trabajos eran cada vez más reducidas<sup>57</sup>.

La pobreza del indio se percibe en su alimentación, como nos la describe Peña Montenegro; pues ella se limita a un poco de maíz tostado, hierbas y algunos mates de chicha. También se patentiza en su indumentaria, ya que andan medio desnudos y descalzos, aún entre la escarcha y duermen en el suelo con apenas una o dos mantas muy delgadas. Llevan evidentemente una vida muy semejante a la de los anacoretas famosos de la vida eremita<sup>58</sup>.

Alonso de Zorita parece haber tenido una aguda penetración en la psicología del indio, ya que afirma, que no estamos solamente ante gente paupérrima; sino que siendo muy poco lo que poseen, es menos

<sup>53</sup> Colección de Cánones, V, 565.

<sup>54</sup> Colección de Cánones, V, 647.

<sup>55</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1 y 4, 6, 4.

<sup>56</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, 3.

<sup>57</sup> GARCÍA-GALLO, *El proyecto de Código...*, 13.

<sup>58</sup> PEÑA MONTENEGRO, 1, 7, 3.

aún lo que ambicionan poseer en materia de bienes temporales. Señala también que el indio, no le da a las cosas el mismo valor que les otorga el europeo y que son capaces de entregar cuanto tienen por menos que nada<sup>59</sup>. Del texto de una carta que el mismo autor nombrado dirige a S. M. en fecha 10 de enero de 1558, desde Méjico, se desprende que el Rey había ordenado que: "los indios pobres no les lleven derechos", encontrando Zorita, no sólo muy acertada y oportuna la disposición, sino que también solicita a S. M. la haga extensiva a otras Audiencias, dado que la pobreza entre los nativos era general, no respetando esta circunstancia límites jurisdiccionales<sup>60</sup>.

En los diversos órdenes de la vida encontramos que se acumulan las pruebas demostratorias de la pobreza del indio. Peña Montenegro, al referirse al aspecto laboral, afirma que pueden en homenaje a su pobreza pedir que se les adelante el salario<sup>61</sup>.

"Al que no tiene el Rey le hace franco", dice Solórzano, y por ello, "están libres de pagar tributos los que fueren pobres"; esto en los impuestos que corresponden al Estado; en los que corresponden a la Iglesia, la política de exención de los diezmos es la misma<sup>62</sup>, ya que Solórzano los considera en forma precisa y breve como: "muy pobres".

Tomás Sánchez comparte la misma opinión, afirma que el indio apenas tiene para sustentarse él y su familia, y como su pobreza es tanta, resulta perfectamente lógico que esté exento en conciencia del pago de los tributos<sup>63</sup>.

Por Real Cédula del 1550, reconoce el Emperador, la pobreza extrema de sus súbditos de ultramar, ordenando por esta causa una aceleración de los pleitos, para evitar de esa forma gastos excesivos<sup>64</sup>. En la del 13 de febrero de 1554, se les vuelve a reconocer su carácter de muy pobres, al recomendar a los Fiscales de las Reales Audiencias que tomen a su cargo la defensa de los pleitos de los indios<sup>65</sup>.

Influye también en la Iglesia, el reconocimiento de esta condición de pobreza y en los Concilios de Méjico de 1585 y de Lima de

<sup>59</sup> ZORITA, *Historia de Nueva España*, XXII, 281.

<sup>60</sup> ZORITA, *Historia de Nueva España*, Apéndice de Documentos biográficos del Dr. Alonso de Zorita, V, 494.

<sup>61</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, Único, 4.

<sup>62</sup> SOLÓRZANO y PEREIRA, *Gubernatis Indorum*, Lib. 3, cap. 7, núm. 55, y Lib. 1, cap. 9, núm. 18.

<sup>63</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 2, 1.

<sup>64</sup> *Cedulario* de ENCINAS, IV, 336.

<sup>65</sup> *Disposiciones Complementarias*, I, 146.

1601, se ordena a los Párrocos que deberán proveer todo lo necesario para el entierro de "estos pobres"; y en el segundo de los Concilios mencionados, se extiende la misma disposición para los Sacramentos del Bautismo y Confirmación<sup>66</sup>.

A través de la palabra de Paulo III, se reconocen también privilegios a los indios americanos por la misma razón, reduciéndoles a las tres cuartas partes las festividades litúrgicas que tienen obligación de guardar<sup>67</sup>. A lo mismo hace también referencia Peña Montenegro, al recordar que también el ayuno les fue reducido para no acentuar aun más la debilidad física que padecían a causa de su ya exigua alimentación<sup>68</sup>.

El estado de pobreza del indio es también causa de protección legal respecto a lo poco que pueden llegar a poseer. Por Real Cédula del 1531<sup>69</sup>, se prohíbe a los españoles, tomarles más oro del que ellos buenamente quieran darle; y a partir de 1560, se prohíbe que se les apliquen penas de carácter pecuniario<sup>70</sup>.

En el I Concilio de Lima de 1582<sup>71</sup> se determina que los Párrocos no podrán percibir suma alguna, por la administración de los Sacramentos y por el III Concilio de Méjico de 1585<sup>72</sup>, se aligeran los derechos judiciales de actuación hasta hacerlos casi desaparecer.

Respecto a los tributos que los aborígenes deben pagar, se aplica el sistema que en España se llama "pecho"; por el cual pueden hacerse efectivos, ya sea mediante la prestación de servicios o mediante el pago en dinero<sup>73</sup>. A partir de mediados del siglo XVI el indígena podía pagarlos únicamente en dinero, ya que desde 1549 para Nueva España y desde 1551, para todos los otros Reinos de Indias, quedaba expresamente prohibido a los indios, aunque fuera ello de propia voluntad, el satisfacer los tributos mediante la prestación de un servicio personal<sup>74</sup>. De todos modos las sumas de dinero que se fijaran, debían ser siempre inferiores a las que pagaban en tiempos de infi-

<sup>66</sup> Colección de Cánones, V, 598, 650.

<sup>67</sup> FEIJÓO, *Paradojas Políticas y Morales*, II, 277.

<sup>68</sup> PEÑA MONTENEGRO, I, 7, 3.

<sup>69</sup> COPULATA, III, 13, 80.

<sup>70</sup> *Cedulario* de ENCINAS, IV, 336.

<sup>71</sup> Colección de Cánones, V, 512.

<sup>72</sup> Colección de Cánones, V, 512.

<sup>73</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 2, 3.

<sup>74</sup> COPULATA, II, 8, 270.

delidad a sus caciques, según establece la Real Cédula del 30 de agosto de 1520 <sup>75</sup>.

Los tributos que ya estuvieran estipulados debían ser revisados y ajustados a las posibilidades de pago de los nativos. Se envió una Real Cédula sobre este particular en el mes de septiembre de 1532 a las autoridades de la isla de Cuba, expresando que como en España no se sabían las costumbres del lugar, quedaba a cargo de ellas el determinar si los indios, pagaban poco o mucho <sup>76</sup>.

Cuatro años más tarde se dispone lo mismo para Nueva España y Perú, en el 1539 para Nueva Galicia, y en 1551 para la isla de La Española, y en el 1554 se reiteran estas indicaciones a las autoridades del Perú. En todos los casos citados, debían los magistrados ocuparse en primer término de averiguar cuánto pagaban los indígenas en igual concepto a los caciques con anterioridad al descubrimiento; y en segundo lugar, cuál era la cantidad que los mismos estaban en condiciones de pagar en ese momento. De acuerdo con los resultados de esas investigaciones se tasarían nuevamente las tributos, moderándolos y ajustándolos a las necesidades y posibilidades económicas de la población <sup>77</sup>. De ahí que los juristas y los funcionarios del gobierno en general se convierten en los más profundos conocedores de la idiosincrasia del nativo.

Es decir que los impuestos que ya estuvieran tasados debían ser disminuídos, en tanto que los que se tasaren en ese momento, debían ser fijados cuidadosamente. Incluso la efectividad del cobro debía hacerse en forma tal que no les resultase gravosa, ni les fuera ocasión de molestias <sup>78</sup>. Sobre este aspecto, Alonso de Zorita en respuesta a una Cédula del 27 de noviembre de 1560, envía una carta a S. M. desde Méjico con fecha 1 de abril de 1562, en la cual expresa que las autoridades residentes en América, están muy dispuestas a llevar a feliz término las disposiciones reales al respecto, no excediéndose de los tributos fijados en tiempos de gentilidad <sup>79</sup>. El I Concilio de Lima —1582— dispone exactamente lo mismo <sup>80</sup>.

Con posterioridad a la Recopilación de 1680, se recogen Reales

<sup>75</sup> COPULATA, II, 9, 291.

<sup>76</sup> COPULATA, II, 9, 281.

<sup>77</sup> COPULATA, II, 9, 285, 286, 290.

<sup>78</sup> R. Cédula de 1549 en COPULATA, II, 9, 303.

<sup>79</sup> ZORITA, *Historia de Nueva España*, en *Documentos biográficos del Dr. Alonso de Zorita*, VIII, 432, 437.

<sup>80</sup> Colección de Cánones, V, 491.



Cédulas ordenatorias de la moderación tributaria, tales como las del 11 de mayo de 1688 y 21 de junio de 1693, que aparecen insertas en el *Cedulario Americano del Siglo XVIII* <sup>81</sup>.

Con amplio espíritu de comprensión, las autoridades españolas permitían a los indígenas, dada su pobreza, que en lugar de pagar los tributos en dinero, podían hacerlos efectivos en especie, siendo esto más aceptado que la forma de prestación de servicios personales, constituyendo este sistema al mismo tiempo una manera de obligarlos a trabajar, alejándolos en consecuencia de la mendicidad. Por ello en 1536 <sup>82</sup> se permite que se descuenten los tributos de los haberes de los indios y con fecha de septiembre de 1552 <sup>83</sup>, se indica que pueden satisfacerse los tributos en cosas de la tierra. En el año 1556 se autoriza a la Audiencia de Nueva España, para que "conmute los tributos en dinero por frutos que los indios criasen y cogieren", fomentándose de ese modo el trabajo <sup>84</sup>; por la misma también se ordena al mencionado organismo procure proveer a todos los nativos del trabajo remunerador necesario que les permita sostener a su familia, haciéndose extensivas tales órdenes en febrero de 1562, a todo el territorio de América.

5. Ya hemos visto cuál es la actitud de la Iglesia con respecto al indio. Veamos ahora, en pocos trazos, cuál es la actitud general de éste frente a la Iglesia.

En realidad el indígena, frente a los Mandamientos de la Iglesia, mantiene una posición de indiferencia casi total, pero ello, no debe interpretarse como una indiferencia al dogma en sí, sino que obedece más bien a las dificultades que el cumplimiento de esos principios le significa a su idiosincrasia de neófito <sup>85</sup>.

Esa actitud, de indiferencia hacia la verdadera Fe, estaba viciada asimismo por los restos de paganismos y supersticiones que el aborigen abrigaba. Tanto es así que la causa determinante de la reunión del I Concilio Provincial en Méjico en el 1524 <sup>86</sup>, según las palabras de su inspirador, Fray María de Valencia, fue la de "desarraigar la idolatría entre los indios".

<sup>81</sup> *Cedulario Americano del siglo XVIII*, 70-71.

<sup>82</sup> COPULATA, II, 9, 313.

<sup>83</sup> COPULATA, II, 8, 276.

<sup>84</sup> COPULATA, II, 9, 304.

<sup>85</sup> PEÑA MONTENEGRO, 4, 1, 3.

<sup>86</sup> Colección de Cánones, V, 111.

En los tres Concilios de Méjico y en los tres de Lima se le reconoce al indio los marcados rasgos de pervivencia del paganismo; y el P. Acosta en el Proemio de su obra "Procuranda Indorum Salutem", glosada por Peña Montenegro en su "Itinerario de Párrocos de Indias"<sup>87</sup>, entiende que las supersticiones son la causa principal de la inferioridad de condiciones en que se encuentra el nativo y aún en el 1601, en épocas del último Concilio Limense, se constata que aún perduran esas características<sup>88</sup>.

### III. - A LOS INDIOS HAY QUE DARLES PROTECCIÓN; QUÉ ES LA MENOR EDAD

Las miserias espirituales son las que tienen mayor importancia en realidad, pues ellas determinan la configuración peculiar de su idiosincrasia, que incide en forma directa en el espíritu de la organización jurídica. Aparte de los ya nombrados autores que consideran las miserias físicas que padecen en este campo, nos vemos también, frente a los no menos importantes nombres de Santo Tomás, Francisco Suárez y Fray Juan Bautista, sin olvidar que también para Felipe II el rasgo dominante del estado de miserabilidad en que vivían estaba dado por el paganismo dominante, que oscurecía sus mentes, privándoles de la luz de la Verdad, única que podría conducirlos por el camino del Conocimiento.

El concepto de menor que del indio se tiene va a surgir del concepto de "miserable", siendo éste el que jurídicamente le corresponde. Así el Libro I del Código Peruano de Escalona y Agüero se refiere a los indios partiendo de su condición de pobres, rústicos y miserables, y por lo cual —dice— "en Derecho se los reconoce como menores y se recogen los privilegios que por tal noticia les han concedido los Papas y los Reyes"<sup>89</sup>.

Su evolución es aún más interesante que la causa de su origen. Aparece en un primer momento fusionada con otras, así se dice que son "como pupilos"<sup>90</sup>. Que tienen "poca malicia", como los niños<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>88</sup> Colección de Cánones, V, 654.

<sup>89</sup> GARCÍA-GALLO, *El Proyecto de Código...*, 13.

<sup>90</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>91</sup> SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Gubernatis Indorum*, tomo 2, lib. I, c. 17, núm. 44; el P. ACOSTA, *Procuranda Indorum Salutem*, lib. 3, cap. 3. III Concilio de Lima en Colección de Cánones, 5, 647.

F. Julián Garcés, Obispo de Tlaxcala, al describirlos lo hace como si se tratara de niños, describiéndole a SS. Paulo III su docilidad y sentimientos infantiles <sup>92</sup>.

Solórzano opina que los Prelados Eclesiásticos deberán actuar como tutores; Escalona dice que es la inocencia su característica más notable y el III Concilio de Méjico de 1585 los llama "pequeñuelos", cuando al ordenar que los párrocos les acompañen en los entierros dice que "no es justo que los indios tiernos aún en la fe, observen que sus Ministros hacen poco caso de las exequias de sus difuntos, cosa que puede escandalizar a esos pequeñuelos" <sup>93</sup>. El III Concilio de Lima de 1601 y la Real Cédula de 1618 dirigida al Virrey del Perú al enumerar los "privilegios", dice que gozarán de los mismos que las personas miserables, menores y rústicas.

Los indios reciben ese tratamiento por parte de la Iglesia, cuando se ordena que los Obispos y Arzobispos que los defiendan y amparen y cuando el III Concilio de Méjico dispone que los Prelados sean sus protectores, y que a los efectos judiciales se les nombren abogados y procuradores que los defiendan en sus causas <sup>95</sup>.

Gregorio XIII, Pío V, Paulo III y Sixto V, emiten Bulas y Breves que, reconociendo la incapacidad de los nativos, les otorgan al mismo tiempo el goce de privilegios, que por esas razones se hacen acreedores.

Por parte del Estado, el tratamiento jurídico privilegiado surge de toda una construcción legislativa, que se encuentra desperdigada, a lo largo de todas y cada una de las instituciones que a través del tiempo y del espacio, fueron adaptadas o creadas para el Nuevo Mundo. Al disminuirse la gravedad de los delitos y de las penas consecuentes; al ordenarse su protección y al legislarse en forma diferente la organización judicial y procesal, se nos está demostrando una situación conscientemente distinta y ponderada.

Como resultado de lo dicho encontramos que es casi innecesario explicar las consecuencias de esta situación de hecho, que configura un panorama humano nuevo, que al tomar contacto con la civilización cristiana europea, producirá forzosamente la revisión —muchas veces hasta la base— de las estructuras sociales existentes.

En concordancia con el planteamiento realizado, podemos ver que

<sup>92</sup> Colección de Cánones, V, 112.

<sup>93</sup> Colección de Cánones, 598, 599.

<sup>94</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, 1.

<sup>95</sup> Colección de Cánones, V, 565.

el indio es considerado bajo tutela, lo cual queda expresamente ordenado en la legislación y doctrina concordante.

Tiene entonces la incapacidad de los pupilos según: Peña Montenegro<sup>96</sup>, Real Cédula de Felipe II del 6 de septiembre de 1563<sup>97</sup>; Ordenanzas de Felipe II n° 151 de 1596, recogida por la Recopilación de Indias<sup>98</sup>; el Concilio III de Méjico de 1585<sup>99</sup>; Reales Cédulas del: 27 de mayo de 1582, 17 de octubre de 1614; 14 de junio de 1668<sup>100</sup>.

Estando en consecuencia bajo tutela reciben el trato jurídico de "menores", con lo cual se le determina un estatuto "sui generis".

<sup>96</sup> PEÑA MONTENEGRO, 2, 1, Prólogo.

<sup>97</sup> COPULATA, 2, 1, nota.

<sup>98</sup> *Recopilación de Leyes de Indias*, 2, 24, 25, 2, 18, 34, 35, 36.

<sup>99</sup> Colección de Cánones, V, 566.

<sup>100</sup> Disposiciones complementarias, I, 146, 147, 150.

F U E N T E S

- 1) AYALA (Manuel José de), *Diccionario de Legislación de Indias*, en *Colección de Documentos Inéditos para la Historia de Ibero-América*, tomos IV y VIII, Madrid, 1929.
- 2) AYALA (Manuel José de), *Notas a la Recopilación de Indias*, transcripción de Juan de Manzano, Madrid, 1946.
- 3) *Cedulario Americano del siglo XVIII* (1680-1800), recopilación de MUÑOZ OREJÓN (Antonio), Sevilla, 1956.
- 4) *Cedulario Indiano*, recopilado por Diego de ENCINAS, con estudios e índice de Alfonso GARCÍA-GALLO, Madrid, 1945.
- 5) *Código de las Siete Partidas*, Índice de Leyes y Glosas del mismo, por el Licenciado Gregorio LÓPEZ Y TOVAR, Madrid, 1848; ed. de Códigos Españoles concordados y anotados.
- 6) *Colección de Cánones y de todos los Concilios de la Iglesia de España y de América*, (en latín y castellano), Madrid, 1859.
- 7) *Colección de Memorias o relaciones que escribieron los Virreyes del Perú acerca del estado en que dejaban las cosas generales del reino*, por BELTRÁN Y RÓZPIDE, tomo I, y por Angel ALTOLAGUIRRE el tomo II.
- 8) COPULATA, *Colección de Documentos Inéditos Relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de ultramar*, publicada de acuerdo con la Real Academia de Historia, tomos XIX a XXVI, Madrid, 1923.
- 9) *Disposiciones Complementarias a las Leyes de Indias*, publicada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Madrid, 1932, 3 volúmenes.
- 10) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1959, 2 volúmenes, en el volumen segundo que se cita bajo la letra "F" (Fuentes), contiene recopilación de documentos.
- 11) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *El Proyecto de "Código Peruano" de Gaspar de Escalona y Agüero*. AHDE, XVII, 1946, 889-920.
- 12) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *El servicio militar en Indias*, AHDE XXV, 1956, pág. 447-515.
- 13) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *El encomendero indiano, estudio sociológico*, en "Revista de Estudios Políticos", 55 (1951), pág. 141-161.
- 14) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *La Nueva Recopilación de las Leyes de Indias de Solórzano y Pereira*, en AHDE, 21-22, (1951-52), pág. 529-606.
- 15) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *La Ley como fuente del Derecho de Indias en el siglo XVI*, en AHDE, 21-22, (1951-52), 607-730.
- 16) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *Los Virreyes americanos bajo los Reyes Católicos. Planteamiento para su estudio*, Revista de Estudios Políticos, 65, (1952), 189-209.
- 17) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *El desarrollo de la historiografía jurídica de Indias*, en Revista de Estudios Políticos, 70 (1953), pág. 163-85.
- 18) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *Las Indias en el Reinado de Felipe II; la solución del problema de los justos títulos*, en el Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria, tomo 13, (1959-1960).
- 19) GARCÍA-GALLO (Alfonso), *El servicio militar en Indias*, separata del Anuario de Historia del Derecho Español, XXV, 1956.
- 20) HANKE (Lewis), *La lucha por la Justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949.
- 21) LAS CASAS (Fray Bartolomé de), *Historia de las Indias*, Biblioteca de Autores Españoles, tomo XCV, texto fijado por Juan PÉREZ DE TUDELA y Emilio LÓPEZ OTO, con estudios preliminares de Juan PÉREZ DE TUDELA, Madrid, 1957.
- 22) PEDREGAL (Manuel), *El Estado Jurídico y social del indio*, conferencia pronunciada el 18 de febrero de 1892, en el Ateneo Científico de Madrid, publicada en la Revista *El Continente Americano*, tomo III, Madrid, 1894.

- 23) PEÑA MONTENEGRO (Alonso de la), *Itinerario para párrocos de indios en que se tratan las materias más particulares tocantes a ellos para su buena administración*. Madrid, 1771.
- 24) PÉREZ Y LÓPEZ (Antonio Xavier), *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias, Madrid, 1791, 28 volúmenes.
- 25) SOLÓRZANO Y PEREIRA (Juan), *Política Indiana*, corregida e ilustrada con notas de D. Francisco RAMIRO Y VALENZUELA, reimpresa por la Compañía Iberoamericana de Publicaciones, Madrid, 1930, 5 volúmenes.
- 26) ZORITA (Alonso de), *Historia de la Nueva España*, en Colección de Libros y Documentos referentes a la Historia de América, tomo IX, Madrid, 1909.

# LA APLICACION DEL DERECHO CASTELLANO INDIANO POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES DE CORDOBA (1810 a 1820)

Por ROBERTO I. PEÑA

SUMARIO: I. 1. Preliminares. — 2. Derecho Público y Privado. — 3. El "Corpus Iuris" de 1810 y la enseñanza universitaria. — 4. Casos Judiciales en 1810, 1811 y 1812. Los letrados José Dámaso Xigena, Manuel Bernabé Orihuela y José Boque Funes. — II. 1. El Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812 y su reforma de 1813. — 2. Su aplicación por los Tribunales de Córdoba. Los letrados: Juan Antonio Saráchaga y José Eugenio del Portillo. — III. 1. La igualdad jurídica y las desigualdades sociales. — 2. Casos de disensos matrimoniales. — IV. 1. El Estatuto Provisional del 5 de Mayo de 1815. — 2. El Reglamento Provisorio del 3 de Diciembre de 1817. — 3. Los cambios del año XX y su proyección en Córdoba. — 4. Un caso judicial.

## I

1. Para un estudio del proceso evolutivo del Derecho Argentino y su Jurisprudencia, es decir, de su desarrollo a través del tiempo, es necesario —por razones metodológicas y también porque responde a realidades político-jurídicas— ver el conjunto de fases sucesivas o etapas que ha ido cumpliendo en la Nación el fenómeno jurídico.

En lo que respecta a la República Argentina, si quisiéramos hacer el estudio de la evolución de su Derecho y ver las transformaciones que ha sufrido, debemos determinar los ciclos o etapas sucesivas que el Derecho ha ido cumpliendo.

Fijemos como punto de partida el pronunciamiento del 25 de Mayo de 1810. Con él se echan los cimientos del Estado Nacional. Creemos con la autorizada opinión de Ricardo Levene que la Revolución de Mayo es la fuente originaria del Derecho Patrio, que se explica en primer término por la naturaleza de dicha fuente, de donde dimanau las normas jurídicas consecuencia de la nueva forma de gobierno adoptada que desplazó la potestad legislativa hasta entonces ejercida en nombre del Rey por el vínculo jurídico del vasallaje y

cumpléndose desde 1810 en nombre del pueblo y por los representantes electos por él<sup>1</sup>.

Como documentos básicos es menester citar las actas capitulares del 22, 24 y 25 de Mayo de 1810; allí se fija el nacimiento del nuevo Estado y del nuevo Derecho Público. Con la reasunción del poder "Majestas" o los derechos de soberanía por el pueblo comienza el proceso evolutivo del nuevo derecho.

2. Pero si bien es cierto que el Derecho Público sufrió en 1810 un cambio brusco y terminante, no pasó lo mismo con el Derecho Privado, y esto es bien explicable.

En el Cabildo del 22 de Mayo de 1810 quedó sellado el fin del Virreynato del Río de la Plata y el nacimiento de un nuevo organismo político-administrativo: las Provincias Unidas del Sud o del Río de la Plata<sup>2</sup>.

La transformación de la vieja estructura virreinal y de sus instituciones políticas, era lo perentorio y urgente para afianzar y llevar adelante la revolución iniciada en Buenos Aires, pero no padeció esta transformación el Derecho Privado que venía del antiguo régimen. Este Derecho sobrevivió a la Revolución y atravesó, casi intacto, todo el largo período que va desde la Revolución de 1810 a la sanción de los Códigos.

Es pues comprensible la afirmación de Vélez Sársfield en su famosa polémica con Alberdi: "La España y nosotros con ella, puede decirse que nos hallamos aun en peor condición que la Inglaterra. Aquí rige el Código llamado Fuero Real, las doscientas y más leyes de Estado, el voluminoso cuerpo de leyes de Partida: seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación y cuatro de a folio de las Leyes de Indias; a más de todo esto, multitud de cédulas reales para América, comunicadas a las respectivas audiencias que aún no se han recopilado. Esta es la legislación española".

"Todas estas leyes promulgadas en épocas diferentes, con intereses contrarios, sin que las últimas en su fecha traigan la abolición de

<sup>1</sup> RICARDO LEVENE: *Historia del Derecho Argentino*, t. 1, pág. 90, Buenos Aires, 1945.

<sup>2</sup> *Registro Oficial de la República Argentina*, t. 1º, 1810 a 1821. Publicación Oficial, Buenos Aires, 1879; RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La doctrina jurídica de la Revolución de Mayo en Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 11, Buenos Aires, 1960, pág. 47; id., *Algo más sobre la doctrina jurídica de la Revolución de Mayo*, en *ibidem*, N° 13, Buenos Aires, 1962, pág. 138.



las precedentes, contienen un poco de todo y las más veces son absolutamente deficientes" (*El Nacional*, 25 de julio de 1868) <sup>3</sup>.

Sin embargo este *corpus iuris* que venía rigiendo, fue en alguna manera recreado por los tribunales revolucionarios como lo iremos viendo en el desarrollo de esta monografía.

3. Al producirse la Revolución de Mayo, el *corpus iuris* vigente seguía un orden de prelación <sup>4</sup>, no siempre esgrimido por los juristas y abogados y muchas veces no observado por las sentencias judiciales de la época.

Por su parte la "Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato de Buenos Aires, año 1782", con las modificaciones establecidas por las Reales Cédulas del 5 de agosto de 1783 y del 17 de noviembre de 1793 que estableció las facultades jurisdiccionales de los organismos judiciales siguió en plena observancia más allá de la Revolución de Mayo; es decir, que la organización de los órganos o tribunales de justicia del antiguo régimen, tal como lo fijaba el cuerpo de Leyes de Indias <sup>5</sup>, siguió vigente, aunque sí encarnados en hombres adictos a la nueva situación. Una investigación personal realizada en los repositorios del Archivo Histórico de Córdoba me ha permitido hacer una comprobación documental de lo afirmado, en lo que a la Intendencia de Córdoba del Tucumán se refiere.

Esta primera etapa del proceso evolutivo del Derecho Argentino tiene su aplicación judicial en Córdoba por los juristas formados en la enseñanza de la Universidad del viejo régimen español. Son los antiguos alumnos de la cátedra de Instituta regentada por el Dr. Victorino Rodríguez, cuya enseñanza se ajustaba al texto de las *Instituciones* de Justiniano, según el comentario de Arnaldo Vinnio, con las notas del elegante Heineccio "advirtiendo de paso las concordancias o discordancias con el Derecho Real, para que desde luego vayan los estudiantes instruyéndose en éste, que es el único que en materias temporales nos rige y gobierna" <sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Dalmacio Vélez Sársfield. *Político y Jurista. Escritos y Discursos*. Editorial América Unida. Biblioteca de Estudios Históricos, Vol. 4, Buenos Aires.

<sup>4</sup> JORGE CABRAL TEXO, *Prelación de los cuerpos legales en la historia del Derecho argentino*, en *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras*, t. XVI, Buenos Aires, 1933.

<sup>5</sup> RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La organización judicial argentina en el período hispánico*. Buenos Aires, 1952.

<sup>6</sup> CARLOS LUQUE COLOMBRES, *El doctor Victoriano Rodríguez, Primer Catedrático*.

Esta enseñanza se completó desde 1798 con la Cátedra de Derecho Real, dictada por el Dr. José Dámaso Xigena, en cuyo despacho de Asesor de Gobierno, años después, haría su pasantía el futuro Codificador argentino. El Dr. Xigena tuvo con la revolución una destacada actuación. Fundó en 1823, bajo los auspicios del gobernador Juan Bautista Bustos, la Academia de Jurisprudencia de Córdoba, y en 1831 ejerció el Rectorado de la Universidad.

Los matriculados para oír Instituta estaban obligados a fin de probar y ganar curso, a asistir diariamente a las lecciones de Teología Moral y Cánones.

Son los juristas y abogados formados en la lectura de los *Comentarios* de Antonio Gómez a las leyes de Toro, muy citados en los alegatos escritos en la etapa que estamos estudiando, y en las glosas de Gregorio López a las *Siete Partidas*, tan mentadas por el Vélez Sársfield abogado anterior a Caseros.

Otro libro de uso diario en el procedimiento judicial de la época era la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños, libro complicado y difuso, que vino a sustituir ventajosamente, muchos años después el "Pronuario" de Manuel A. de Castro, editado por Vélez Sársfield, sobre el que nos ocuparemos más adelante.

4. a) En un caso judicial, por heridas recibidas, doña María Luisa Almada, residente en el Pasaje de Cabinda, se dirige, de acuerdo a las leyes españolas vigentes, al Juez Pedáneo del Partido, Don Nicolás Pinto, acusando a Fulgencio Farías. El Juez Pedáneo detiene por tres días al acusado y luego lo pone en libertad. La Almada se agravia: "Parece este castigo no ser suficiente para el delito que cometió". Pide se prenda de nuevo a Farías y se lo remita a la Real Cárcel. El Pedáneo se niega; la actora apela ante el Gobernador Intendente que lo era J. M. de Pueyrredón, quien decreta para que informe el Pedáneo, éste informa sobre la mala vida que lleva la Almada. El Gobernador Intendente con fecha 17 de octubre de 1810, falla: "visto el antecedente informe, notifíquese a Doña María Luisa Almada que por su propio honor guarde perpetuo silencio en esta demanda que se archivará, pagando sus costas" (Escribanía 1 - 1810. Legajo 438, exp. 10).

b) En otro caso, de contrato de locación, intervienen personajes de más bulto. Doña Clara Echenique se dirige al Gobernador Inten-

dente diciendo que el 11 de setiembre de 1809, el Deán Funes como apoderado del Obispo Don Rodrigo Antonio de Orellana le alquiló la casa de su habitación para su Ilustrísima por la suma de cuatrocientos pesos anuales. Dice que es un caso público y notorio. Ofrece el testimonio del Deán y del Colector y sobrino del Obispo Presbítero Gonzalo Benites Milanés. En fuerza del expresado contrato S.I. la ha estado habitando hasta su salida de la ciudad por las causas conocidas, y el sobrino hasta el cumplimiento del año. Dice que sólo ha recibido trescientos pesos del alquiler fijado. Pide que del dinero embargado a S. I. se le abonen los cien pesos que le adeuda, "breve y sumariamente por exigirlo así la naturaleza del crédito que demando".

Con fecha 19 de setiembre de 1810 el gobernador Pueyrredón decreta: "para proveer certifiquen el señor Deán y el Colector del Obispo". El 22 el Colector reconoce "ser cierto todo lo que expone". Hace la salvedad de que todos los cristales que se hallan en la casa pertenecen al Obispo. El 24 decreta el Gobernador: "Satisfágase a Doña Clara Echenique los cien pesos del arrendamiento de su casa que se le restan de los bienes secuestrados del señor Obispo, bajo de recibo, a continuación que haga su constancia". Con fecha 13 de octubre de 1810 se le entregaban los cien pesos. (Expediente 13 de la misma Escribanía).

c) El 11 de diciembre de 1810 se presenta ante el Gobernador Intendente Don José María Escalante y pide que "se ha de servir mandar bajo juramento que mi tío político don Pedro José Moyano declare primero: que si sabe o de algún modo le consta haberme satisfecho su finada consorte doña Patricia Loza la cantidad de ochenta y siete pesos, seis reales, que dicha finada me era deudora. Asimismo jure y declare si la firma que adjunta presenta en la obligación de dicha cantidad es suya y si lo hizo a pedimento de su dicha consorte". Pide a S.S. "me mande pagar con el dicho mi tío como albacea y tutor de los bienes de su esposa".

El 19 de diciembre de 1810 Moyano declara "no haber satisfecho su esposa la cantidad adeudada y ser efectiva la deuda".

Interviene en el juicio el Teniente Asesor y Gobernador Intendente interino de la Provincia, Don Mariano Boedo. Boedo aparece en Córdoba después del 25 de Mayo como Teniente Asesor Letrado. Antiguo alumno de la Facultad de Artes de la Universidad de Córdoba, recibe su formación jurídica en la de Charcas, en donde alcanza

el grado de Doctor. Secretario de la Academia Carolina en 1804 y abogado de la Real Audiencia de la Plata, tuvo relevante actuación como miembro del Congreso de Tucumán<sup>7</sup>.

Hay un corto alegato de Escalante sin firma de letrado, en el cual solicita se le haga efectivo el pago porque "ninguna evasión puede oponer dicho albacea para eximirse de éste tan justo pago".

Con fecha 5 de enero de 1811 Boedo ordena notificar al albacea don Pedro Moyano "dé y pague dentro del tercer día bajo aperebimiento la cantidad demandada".

En esos días el Gobierno de la Intendencia de Córdoba había sido reorganizado de acuerdo al decreto del 10 de febrero de 1811, dado por la Junta Superior de Buenos Aires. La Junta constituída en Córdoba estaba integrada por Diego José de Pueyrredón como presidente y en calidad de vocales: José A. Cabrera, José Xavier Díaz, José Norberto de Allende y Narciso Moyano. Continuaba en la Asesoría Letrada el Dr. Mariano Boedo.

El art. 16 del mencionado estatuto establecía: "se abstendrán de todo acto de jurisdicción contenciosa o administración que no sea de los asuntos comprendidos en estas declaraciones, dejando obrar libremente y auxiliando a las justicias, cabildos y funcionarios públicos, en lo que corresponda a su conocimiento y autoridad respectiva".

A pesar de la fuerza legal de la disposición mencionada, la costumbre inveterada privó sobre la ley procesal y la Junta Provincial intervino en la sustanciación de las causas contenciosas como lo habían hecho los Gobernadores Intendentes. Esto prueba una vez más que en el estudio de la evolución y aplicación del derecho es necesario ir más allá del frío dispositivo legal y ver la ley viviendo en su aplicación casuística.

El caso Escalante que estamos considerando tuvo su liquidación final por resolución de la Junta Provincial. (Escribanía 1, 1811 - Leg. 439, exp. 2).

d) En otra demanda criminal, interpuesta por doña Simona Boris en contra de Francisco Quinteros, Juez Pedáneo del Partido de Ischilín, por extorsión, dice la Boris que el Pedáneo le tiene injustamente aversión a causa de no haber querido condescender a sus torpes deseos y por vengarse le puso grillos y la tuvo con ellos diez días. Que gra-

<sup>7</sup> VICENTE OSVALDO CUTOLO, *Argentinos graduados en Chuquisaca*. Buenos Aires, 1963.

cias a los empeños del cura la soltó. Relata con pormenores de la manera cómo la vejó.

La Junta se avoca a la causa por decreto del 20 de abril de 1811. Dice el decreto en uno de sus considerandos: "que siendo la presente querrela por su naturaleza grave y que exige por todas las formalidades y trámites una particular atención de esta Junta y haber expuesto verbalmente la parte que el Defensor Propietario de Pobres se le ha excusado y dado por impedido, nómbrase de oficio por defensor a don Manuel Bernabé Orihuela, Capitán agregado de este Batallón de Voluntarios para que con arreglo a derecho promueva las acciones que a esta parte corresponderá".

Cabe consignar aquí que Orihuela fue uno de los alumnos más aprovechados de don Victorino Rodríguez, cuyo método de enseñanza, casualmente puede ser reconstruido gracias a los testimonios salidos de la pluma de su discípulo Orihuela <sup>8</sup>.

No podemos conocer el desenlace del *affaire* porque el expediente está trunco. (Expediente 7 de la misma Escribanía).

e) José de Rivas Osorio, oficial jubilado de la Real Hacienda, hace ante la autoridad cordobesa la siguiente denuncia: Que habiendo dejado su estancia de Ischilín al cuidado de su mujer doña Benedicta de Vera y Muxica, ésta en su ausencia se vio necesitada de traer al pardo Manuel Romero para que hiciese calzados a su familia. Que dicho pardo fue preso por el comisionado Don Cayetano Montoya y que al ir su esposa a reclamar por esta prisión, fue llamada por el Pedáneo, alcahueta. Por este motivo se presenta ante la autoridad querellando a Montoya. En su escrito cita a la ley de Partida en la palabra leno o alcahuete. Dice que "siendo estos atentados cada uno de los más atroces que señala el derecho y la Ley de Partida, harían criminal a cualquiera y mucho más a un Juez en quien debe resplandecer la moderación y prudencia". "Denigrantes ultrajes y agravios, los más atroces e ignominiosos inferidos no solo en la persona y honor de mi mujer, sino también a mi estado, clase, decoro y ejemplar conducta".

En su querrela pide para Montoya las penas que por las leyes se ha hecho acreedor. Cita la ley 11, título 10, del libro 8 de las Recopiladas que trata de las palabras y denuestos a mujer casada y manda que se desdiga de ellas ante el Alcalde y ante hombres buenos y que

<sup>8</sup> CARLOS LUQUE COLOMBRES, obra citada.

el Juez le ponga la pena que le pareciere según las calidades de las personas y palabras. Hay dictamen del Asesor Letrado Dr. Mariano Boedo. Interviene la Junta Gubernativa. (Escribanía 1, 1814, Leg. 440, exp. 2).

f) El 13 de enero de 1812 se restablece en las Intendencias el gobierno unipersonal y la jurisprudencia continúa con el mismo procedimiento. En este año vemos intervenir en calidad de Promotor Fiscal al Dr. José Roque Funes y cuya permanencia en la función iba a mantenerse hasta Caseros.

El Dr. Funes fue en su tiempo uno de los juristas más destacados de Córdoba por su saber y sus virtudes. Lector de Cicerón en primorosas ediciones latinas salidas de las prensas de Amsterdam y alumno de Victorino Rodríguez, alcanzó en la Universidad de Córdoba los dos doctorados; el de Teología y el de Derecho. Tuvo relevante actuación en su ciudad: Gobernador de la provincia, catedrático de Derecho Canónico y Rector de la Universidad, fue una de las columnas de la Federación durante el largo gobierno de don Manuel López, con quien lo unían vinculaciones de familia.

Después de Caseros acompañó en Paraná al General Urquiza. Integró allí la Primera Corte Suprema de Justicia<sup>9</sup>.

Los dictámenes del Dr. Funes son concisos, claros, bien razonados y fundamentados. En los primeros se nota al jurista formado en el antiguo régimen y bajo el magisterio de las Reales Cédulas; a medida que van pasando los años, el Fiscal Funes se convierte en el funcionario de un estado nacional.

En la sucesión de don Matías Barrero y Bastillos se presenta el Regidor Defensor de menores a nombre de María del Rosario Bustillos solicitando sea declarada heredera en el todo de sus bienes, como hija natural de don Matías Bustillos, muerto intestato. Pide al Alcalde de 1er. voto que ordene se la ponga en posesión de ellos. El 11 de marzo de 1812 se da traslado al Fiscal Dr. José Roque Funes; éste dictamina que: Estando tan terminantes y expresas nuestras leyes sobre la sucesión fiscal del intestato, cuando éste no deja descendientes legítimos sería ocioso molestar la atención de V. S. en un punto tan sabido con

<sup>9</sup> BEATRIZ BOSCH, *El Poder Judicial en la Confederación Argentina (1854-1861)* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 15, Buenos Aires, 1964, pág. 11.

la cita de infinitas leyes que hay sobre el particular y como ningún jurista hasta ahora haya cometido el prevaricato en afirmar que la hija natural reconocida por tal de su padre, en el caso del ab intestato sea legítima heredera; de aquí es que el Defensor de Menores pidiendo que doña María Bustillos se declare por legítima heredera, contra derecho tan expreso, de ningún modo debe ser atendido en lo principal de su intención. Sin embargo —agrega— como la ley de la commiseración obligaron al legislador a determinar se le adjudicase la sexta parte al hijo o hija natural del intestato cuando evidentemente constase ser descendiente de éste y fue lo que únicamente intentó el Defensor pretérito [Licenciado Eduardo Pérez Bulnes, que fuera en 1816 Congresal de Tucumán], a lo que no hace oposición alguna este Ministerio”.

El Regidor Defensor de Menores, a nombre de Gloria Bustillos, impugna el parecer del Promotor Fiscal “cuando en su escrito asegura estar expresas y terminantes nuestras leyes para que el fisco suceda al intestato no dejando éste descendientes legítimos”.

Aplica el aforismo: “Ubi eadem est ratio, eadem est iuris dispositio” y cita la Ley 9 de Toro. (Escribanía 3, 1812, leg. 59, exp. 17).

g) Otro caso interesante de sucesión natural obra en la misma Escribanía. María Luisa Isleño solicita se la declare hija natural de Justa Isleño. La presunta madre había fallecido ab intestato. Para reconocer su calidad de hija natural se hace una prueba supletoria con la declaración de dos testigos. El Alcalde de 1er. voto aprueba la sumaria de información y la declara hija natural. Así reconocida el Defensor pide se “la mire como heredera forzosa de su madre ex testamento y ab intestato mediante no tener hijos legítimos porque esta declaración es según el tenor de la Ley 9 de Toro que es la primera, título 8, libro 5 de la recopilación en su segunda parte”. Transcribe la disposición: “y en caso no tenga la mujer hijos o descendientes legítimos, aunque tenga padre o madre o ascendientes legítimos, mandamos que el hijo o hijos descendientes legítimos que hubiere naturales o espurios por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato”.

Por el Juzgado del Alcalde de 1er. voto se decreta con fecha 1º de Agosto de 1812: “Autos y vistos según su mérito: se declara a doña Luisa Isleño por heredera ex testamento y ab intestato de su madre doña Justa Isleño, como hija natural”. (Legajo 59, exp. 19).

## II

1. En lo que respecta a la evolución del Derecho Público entre 1810 y 1813, podemos notar que se va afirmando el principio de la división de poderes y se va creando un nuevo sistema administrativo. Recordemos al respecto el "Reglamento fijando las atribuciones, prerrogativas y deberes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial" del 22 de Octubre de 1811, en donde se reconoce la existencia de una confederación política.

En este mismo año se da también el "Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del señor D. Fernando VII".

Acercas del ordenamiento judicial debemos citar el *Reglamento de Institución y Administración de Justicia*, dado en Buenos Aires el 23 de Enero de 1812 por el Triunvirato integrado por Chiclana, Sarratea y Paso y refrendado por Bernardino Rivadavia como secretario. Es, sin duda alguna, un valioso intento de ordenar la administración de la justicia en las Provincias Unidas del Río de la Plata.

De allí la importancia que tratadistas argentinos han dado a esta promulgación: "Breve y notable código de procedimientos para Buenos Aires y las Provincias" ha escrito el eminente Ricardo Levene<sup>10</sup>. "No hay felicidad pública sin una buena y sencilla administración de justicia, ni ésta puede conciliarse sino por medio de magistrados que merezcan la confianza de sus conciudadanos", dice uno de los considerandos del famoso *Reglamento*.

Otro de sus considerandos hacía notar cuales eran sus fines: "dejar a los pueblos la decisión de sus diferencias domésticas, restablecer la deprimida autoridad de los jueces ordinarios, prevenir sus contiendas por el arbitramento de un tribunal de concordia compuesto de hombres buenos, sofocar las cábalas de los curiales y prevenir la ruina de tantas familias honradas, restableciendo el sosiego interior que es uno de los mayores bienes de la sociedad".

El artículo 14 del *Reglamento* a que nos estamos refiriendo dice: "si los litigios son los que abren acaso el número de las necesidades funestas de la sociedad, los que están encargados de regirla no llenan desde luego la obligación que en esta parte les impone tal confianza con

<sup>10</sup> RICARDO LEVENE, Obra citada.



propender sólo al más recto y breve despacho de los pleitos, es también un deber suyo el remover todo motivo que pueda fundarlos y el transigirlos o sofocarlos en su origen: lo primero sólo puede conseguirse por un sistema perfecto de legislación que dista mucho del alcance del actual gobierno, más para lo segundo a más de otros recursos parciales que protesta emplear oportunamente el gobierno, se ofrece uno general, sino único, el más eficaz que puede haberse discurrido. Tal es el juicio de árbitros constituido bajo una base que fijando el término medio entre la arbitrariedad y empeño de las partes, no sólo las avenga y componga, sino en la imposibilidad de ello, determine si hay mérito o no, a una cuestión judicial sobre hecho o derecho”.

Basado en tales motivos se hace, en el procedimiento judicial, una innovación importante. El art. 42 instituía un tribunal de concordia que debía componerse en cada ciudad con el procurador síndico y dos regidores del Ayuntamiento, que en caso de impedimento o recusación debía subrogarlo un vecino elegido de acuerdo con ambas partes.

El procedimiento judicial para la sustanciación de las causas fijado por el *Reglamento*, estableció importantes cambios que en general y con algunas excepciones fueron observadas por los tribunales judiciales.

Un aspecto que se cumplió por lo menos en los tribunales de Córdoba, fue la competencia fijada de acuerdo a los montos. Otra innovación que también se observó, como lo hemos podido comprobar en numerosos expedientes revisados personalmente en el Archivo Histórico de Córdoba, fue la establecida por el artículo 9 que prescribía la forma como debía constituirse la alzada de Provincia: “El Jefe de Gobierno de ella y dos colegas que elegirá el mismo Jefe de las nóminas que de dos individuos de buen juicio y conducta del vecindario presentarán las partes, cada una respectivamente, cuyos colegas aceptando el cargo, prestarán el juramento de ley”.

Una tercera alzada que también se utilizó en muchos juicios ventilados en la ciudad, fue la del Tribunal Superior de la Capital o Cámara de Apelaciones, creada en sustitución de la Real Audiencia, prescripta por el artículo 11.

De acuerdo al art. 25, las funciones propias de la Cámara eran las comprendidas generalmente en las instancias de apelación, segunda suplicación, recursos ordinarios y extraordinarios por injusticia o nulidad notoria, fuerzas eclesiásticas y demás que por leyes y ordenanzas conocían las audiencias o cancellerías de América, y en las causas cri-

minales, a más de la apelación y suplicación podía votar y conocer en consulta.

La Asamblea del año XIII dio un nuevo Reglamento de Administración de Justicia (1 de Setiembre de 1813) que perfeccionó el anterior con una técnica más depurada y conveniente<sup>11</sup>. Mantenía la misma jurisdicción de los jueces ordinarios. El art. 2 prescribía que en ningún juzgado podía iniciarse causa alguna sin el previo pase del Tribunal de Concordia.

El art. 6 disponía que los gobernadores y tenientes de gobernadores no podían conocer en primera instancia de las causas en que deben ser jueces de apelación.

El art. 9 decía: "se observarán en todo su rigor las leyes que ordenan que los escritos sean firmados por abogados, a excepción de aquellas peticiones de poca importancia que pueden firmar las partes o sus procuradores".

El art. 14 estatuyó un punto muy importante: en la apelación ante el gobernador, éste debía decidir el recurso con el dictamen de su asesor.

He podido comprobar con la lectura de numerosos expedientes la extraordinaria importancia práctica de este artículo. Es de gran importancia para la justa aplicación del derecho en este período, el asesoramiento de estos letrados, consultores o asesores.

A estos asesores de gobierno que entendían con sus dictámenes en el grado de apelación, es necesario vincularlos con los asesores letrados de los dos jueces-alcaldes, el de primer y segundo voto.

En el acuerdo del 10 de Octubre de 1812, celebrado por el cabildo de Córdoba, se abrió un pliego del Exmo. Superior, en el que pedía al Cabildo informara lo que tenga por conveniente sobre el nombramiento de asesores que "dirijan sus operaciones y asesoren al mismo tiempo los dos juzgados ordinarios". Están aquí los primeros juristas de la ciudad: José Dámaso Xigena, José Roque Funes, José Antonio Ortiz del Valle, Juan Prudencio de Palacios, Juan Antonio Saráchaga, Norberto del Signo, Manuel Ortiz, Manuel Salinas, Mateo Saravia y Francisco Antonio González. La labor cumplida por estos letrados asesores del gobierno y de los dos juzgados es de suma importancia para un estudio de la evolución del derecho patrio en este período. Fueron verdaderos jueces técnicos que aplicaban el derecho y hacían justicia, aunque

<sup>11</sup> *Registro Oficial*, citado, N° 547.

es cierto que su aplicación era flexible, fueron en alguna medida amigables componedores que fallaban la causa *ex aequo et bono*, moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficacia según los hechos. Juzgaban pues, con la equidad.

El eminente romanista Pietro Bonfante, en un luminoso estudio ha dejado bien establecido que esta equidad no constituye tanto la fusión de un pensamiento y de un régimen romano con el pensamiento y el régimen helénico, cuanto la transfusión verdadera y propia del espíritu griego en la forma y en la palabra romana. La *aequitas* romana genuina no es suave ni indulgente, pero la griega de la cual Aristóteles es un consumado pintor, no tiene nada que ver con aquella; es suave, indulgente, impulsa a perdonar los delitos o condonar las deudas <sup>11 bis</sup>.

Este concepto de la equidad, insuflado por el espíritu griego, es el que penetra el derecho romano clásico y justiniano y el que aplican los asesores letrados de los alcaldes o de los gobernadores.

El art. 16 fijaba en grado de apelación de las sentencias de los gobernadores o tenientes, la jurisdicción de los tribunales superiores de justicia en sus respectivos distritos.

2. Parecería, por los expedientes que he podido consultar en el Archivo Histórico de la Provincia, que en el año 1813 no se constituía aún el Tribunal de Concordia de que hemos hecho mención.

El 28 de enero de 1813, el Regidor Defensor Gral. de Pobres, que lo era el Dr. José Marcelino Tissera, otro de los alumnos de don Victorino Rodríguez, se presentaba ante el Alcalde de 1er. voto don Hipólito García Posse —que a pesar de haber pertenecido al partido sobremontista <sup>12</sup>, fue nombrado en 1810 depositario de los bienes de los sacrificados en el Chañarcillo de los Papagallos— <sup>13</sup>, en representación de José Andrés Bargas, hijo de la finada María Dolores Matos y nieto de José A. Matos de Azevedo, muerto intestado, reclamando la parte de la herencia que le correspondía a su representado.

En este expediente hay una innovación: el nombramiento de un abogado consultor. El designado era el Dr. Juan A. Saráchaga, que comenzaba ese año una activa actuación profesional. El hecho de que el futuro codificador argentino Dalmacio Vélez Sárfield fuera alumno del

<sup>11bis</sup> L'Equità en: *Scritti giuridici rari*, IV, Roma, 1926, págs. 124-125.

<sup>12</sup> CARLOS LUQUE COLOMBRES, Obra citada.

<sup>13</sup> Idem.

Dr. Saráchaga, le ha dado a éste notoriedad. El Dr. Saráchaga fue un distinguido juriconsulto cordobés que bien merece los honores de una biografía. Este lector de Cuyacio<sup>14</sup> fue formado también en la enseñanza de don Victoriano Rodríguez<sup>15</sup> y su sucesor en la cátedra cuando el maestro se vio obligado a resignar su cargo al poner en ejecución en Córdoba en 1808, el Deán Gregorio Funes, la Real Cédula de 1800 que reorganizaba la vieja fundación del obispo Trejo y la transformaba en Universidad Mayor<sup>16</sup>. Producido el concurso de oposición que ordenaba la Real Cédula, Saráchaga logró la cátedra de Derecho Real<sup>17</sup>.

En su dictamen del 5 de mayo de 1813, Saráchaga dice: El letrado consultado en este expediente no comprende como no está erigido el Tribunal de Concordia, habiendo un síndico procurador y dos regidores en el Ayuntamiento, ni que sea necesaria substanciación por escrito para un juicio verbal. En su dictamen del 4 de mayo del mismo año dirá: "Para evitar los perjuicios y gastos infructuosos que semejantes pleitos ocasionan a las partes tiene dispuesto nuestro Excelentísimo Superior Gobierno que en todas las ciudades de las Provincias Unidas haya un Tribunal de Concordia que por medios prudentes trate de reducir a ella a los clientes antes de entrar en juicio y ninguno cree más necesario la mediación de dicho tribunal el letrado consultado que en la presente. Por lo que es de sentir que puede V. M. remitirlas a dicho tribunal y si allí no se conviniese, citarlas a un juicio verbal que juzgan necesario no sólo por lo dispuesto en el mencionado reglamento, sino también para que aún cuando en él, no se decida el asunto principal, a lo menos se aclaren algunos puntos que indispensablemente causarán tropiezos, articulaciones y costas antes de llegar a una definitiva cuya brevedad recomiendan las leyes". No hay constancia de que se haya formado para el caso aludido el tribunal de Concordia (Fs. 3, 1813, leg. 61, exp. 11).

Otro detalle que interesa consignar respecto a la aplicación del Reglamento de Justicia, es la disposición del art. 35 por el que se restituía "a todo hombre el derecho que por naturaleza ha debido siempre poseer de hacer por sí sus defensas: por ello no se exigirá por principio alguna firma de letrado, podrán las partes hacer por sí informes ver-

<sup>14</sup> CARLOS LUQUE COLOMBRES, *Abogados en Córdoba del Tucumán*. Instituto de Estudios Americanistas. Universidad Nacional de Córdoba, 1943.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> *Idem*.

bales en causas civiles, criminales y le será facultativo patrocinar de letrado, siempre que quieran cualquier caso". Paradojalmente, en Córdoba en el año 1813, comienza a difundirse la firma de letrado en las causas contenciosas. En 1813, a la par de Saráchaga actúa destacadamente otro letrado de nombradía: el Dr. José Eugenio del Portillo<sup>18</sup>, doctor en Teología por la Universidad de Córdoba y en utroque iure por la de Charcas, abogado de su Real Audiencia y de la Pretorial de Buenos Aires. Portillo fue consultor y calificador por el Tribunal Apostólico de la Inquisición del Perú. Después de la Revolución de Mayo tiene actuación distinguida en funciones de responsabilidad. Se había doctorado en Charcas el 29 de junio de 1811<sup>19</sup>.

Los alegatos jurídicos de Portillo están escritos con sobriedad, buen conocimiento de las leyes españolas y patrias que cita en apoyo del derecho de sus representados y llevados con ajustada dialéctica.

En 1813 don José Miguel de Tagle "a nombre y en virtud del poder bastante que presentó de don Francisco Torres, honrado labrador del Valle de Calamuchita, en autos contra don José María Acosta, del propio Valle, sobre las graves injurias, mal tratamientos y tropelías con que éste insultó sorprendiendo en despoblado a mi constituyente en el grado de alzada de provincia que se ha concedido y se continúa expresando agravios, en forma digo que la justificación de V. S. se ha de servir revocar en todas sus partes el auto proveído en juicio verbal por el juzgado ordinario de 1er. voto de esta ciudad con el Asesor D. Ignacio Lozano en siete de Febrero anterior aparece a fs. 11 vta. de los originales que acompaño".

"Este es uno de los delitos —sigue diciendo el escrito que comentamos— que atendida la extenuada población de estas campañas debe castigarse con la mayor severidad para reprimir a los perversos que por la inversa tendrán semejante mal ejemplo de impunidad tan reparable por la evidente injusticia con que ni siquiera se le impuso al convicto conforme al art. 8 del Reglamento de Justicia, la condonación de costas, daños y perjuicios que le ha ocasionado a mi constituyente durante esta bochornosa diferencia".

"De tamaño agravio resulta la necesidad pundonorosa con que mi parte ha tenido que ajustar este recurso al sabio tenor de las L. L. 20

<sup>18</sup> PABLO CABRERA, *Ex alumnos célebres de la Casa de Trejo: José Eugenio del Portillo*, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año II, N<sup>o</sup> 7, Setiembre 1915.

<sup>19</sup> Idem.

y 21, tit. 9, p. 7 y al espíritu de la ley 2, tit. 10, libro 8 de la Nueva Recopilación, aquellas leyes que debieron tenerse a la vista para fallar escarmentando un agravio de hecho ignominioso, que como ejecutado en la persona de un hombre de bien con latigazos corporales, golpes de bolas y denuestos vilísimos". (Escribanía 2, 1813-1820, leg. 114, exp. 7).

### III

1. La instalación en Buenos Aires de la Asamblea General Constituyente de 1813, puede constituir una etapa o fin de un ciclo en el proceso evolutivo del derecho argentino. Basta recordar que esta Asamblea asumió la plenitud de la soberanía nacional. Teórica o doctrinariamente sus disposiciones y prevenciones quiebran las estructuras sociales y políticas del antiguo régimen español. Pero parecería que en la práctica los viejos estamentos se resistían a morir.

A pesar de las declaraciones enfáticas que hizo la Asamblea de la igualdad y sus disposiciones respecto a la desaparición de los estatutos de clase, los hábitos sociales seguían imponiéndose en la vida diaria<sup>20</sup>.

Tenemos en los expedientes que obran en el Archivo Histórico de Córdoba, numerosos casos de disensos matrimoniales por razones de desigualdades sociales, que las autoridades nacionales de la revolución le daban trámite de substanciación. Reconocían de esta manera la vigencia de reales cédulas que iban en contra de los principios que paladinamente proclamaban los estatutos y reglamentos que conformaban el nuevo derecho político.

Mantienen su fuerza legal, en pleno fervor revolucionario, la programática sanción del 23 de marzo de 1776 de Carlos III y el Real decreto de Carlos IV del 10 de abril de 1803, comunicado a sus dominios de Indias en Real Cédula del 1º de junio de dicho año<sup>21</sup>.

El fin de estos mandatos reales fue "contener con saludables providencias los desórdenes que se introducen con el transcurso del tiempo, estableciendo para refrenarlos las penas acomodadas a las circunstan-

<sup>20</sup> EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1937. — RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Problemas Sociales en la Asamblea del año XIII*. Separata del *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, Vol. XXXIV, Buenos Aires, 1964.

<sup>21</sup> ALFREDO PUEYREDÓN, *Aporte documental al estudio del mestizaje en el Río de la Plata*. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.

cias de los casos y calidades de las personas, pongan en su vigorosa observación el fin que tuvieron las leyes, y habiendo llegado a ser tan frecuente el abuso de contraer matrimonios desiguales los hijos de familias, sin esperar el consejo y consentimiento paterno o de aquellos deudos o personas que se hallen en lugar de padres de que con otros gravísimos daños y ofensas a Dios resultan la turbación del buen orden del Estado y continuadas discordias y perjuicios de las familias contra la intención y piadoso espíritu de la Iglesia, que aunque no anula, ni dirime semejantes matrimonios, siempre los ha detestado y prohibido como opuestos al honor, respeto y obediencia que deben prestar los hijos a sus padres en materia de tanta gravedad e importancia”.

Establecían estas disposiciones reales, graves sanciones y penas a quienes las violaban.

Presento en este trabajo, varios casos disensos que obran en el citado Archivo Histórico, como elementos de juicio que ofrecen especial interés para un estudio de la historia jurídico-social de la época.

Podemos advertir que no obstante darse trámite en los Tribunales Judiciales a estos disensos, hay sin duda, por influencia del nuevo espíritu político y revolucionario, una interpretación más amplia y generosa del riguroso derecho español.

2. a) El 12 de agosto de 1813 se presenta, ante el Gobernador Intendente, el Dr. José Domingo Baigorri como apoderado de su madre doña Jacinta Alvarez y expone: “que su hermano Manuel Baigorri trata de desposarse con Manuela Arrieta y siendo esta notoriamente desigual a mi hermano en su nacimiento y estando en manos de V. S. evitar los indecibles males que de este enlace resultarían infaliblemente, por haber sido y ser siempre la mala sangre contraria a la buena, ocurre a la notoria rectitud de V. S. suplicando (para alivio asimismo de mi señora madre que de este sentimiento se halla en los plazos de fallecer), se sirva pasar el correspondiente oficio al señor Provisor para que suspenda todo procedimiento en la materia, porque en ello recibiré merced y gracia y por tanto para conseguirla a V. S. pido y suplico se sirva proveer y mandar ut supra y juro no ser de malicia”, etc.

El gobernador que lo era D. Francisco Xavier Viana, decreta: Como pide y hágase saber a D. Manuel Baigorri. Decreto que es refrendado por su ministro Norberto del Signo.

Como notificador interviene el escribano del Estado Público y de Comercio D. José Diego de Olmos y Aguilera.

El gobernador oficia al Provisor del Obispado en sede vacante, que lo era el austero y virtuoso D. Juan Justo Rodríguez, hermano del primer catedrático de Instituta, solicitándole que suspenda todo procedimiento respecto del matrimonio del joven Baigorri con la Arrieta.

El Provisor comunica al Gobernador que ha librado despacho al cura de Calamuchita "para que suspendiese todo procedimiento en el matrimonio de D. Manuel Baigorri con doña Manuela Arrieta hasta segunda orden que no se libraré sin que V. S. se sirva comunicarme lo que hubiese resuelto sobre la desigualdad". (14 de agosto de 1813).

Por su parte, Manuel Baigorri se presenta ante el Provisor y Vicario General y le dice que "ha llegado a mi noticia que sabedores mis hermanos del matrimonio que intento contraer con doña Manuela Arrieta, se oponen a dicho matrimonio en esta virtud suplico a V. S. se digne mandar que el notario me dé certificado sobre si es verdad que se ha introducido en el juzgado de V. S. dicha oposición para los efectos que me convengan y por quién y por qué causas, pido justicia, por tanto: a V. S. suplico así provea jurando no proceder de malicia".

Pide también en un otro sí: que se ordene al Vicario de Calamuchita por medio de una carta orden que sin pérdida de tiempo me dé un tanto de mi fe de bautismo, pues se hace intolerable la morosidad o indolencia de aquel cura para providenciar mis solicitudes que penden de su Vicaría.

El notario de la curia, que lo era D. Manuel Bernabé Orihuela, a quién ya conocemos, certifica que en la curia no hay oposición alguna de los hermanos del suplicante; sí únicamente de su madre doña Jacinta Alvarez, quién negó su consentimiento materno al cura del Partido, Maestro Juan Francisco Chrisman y quien ha dado cuenta a S.S. el señor Provisor y Vicario General con ésta diligencia negativa, no en razón de la edad del pretendiente, sino desigualdad de la pretendida, sin formalizar por ello oposición, si sólo negar su consentimiento.

Se presenta también el novio ante el gobernador y le expone que es hijo legítimo de la viuda doña Jacinta Alvarez y del finado D. Roque Baigorri "que habiendo estado practicando las diligencias necesarias para contraer matrimonio con doña Manuela Arrieta, hija legítima de D. Tomás Arrieta y de doña Juana Molina, feligreses todos del curato de Calamuchita, ha mandado providencia el señor Provisor y Vicario General para que se suspendan las diligencias, exponiendo ser disposición de V. S., en virtud de haberse presentado ante V. S. mis parientes alegando mediar desigualdad de sangre entre mi persona y la de mi



pretendida". Agrega que cuando acordó contraer matrimonio "ha sido después de solicitar muchas veces la venia de mi señora madre con todo el respeto que me merece y ha sido en la suposición de no haber desigualdad y de tener yo más de 25 años". Dice que "al presente me interesa mucho saber si media esta desigualdad o no, siendo pues cierto que ante V. S. se haya puesto el indicado reparo, suplico a V. S. se digne admitirme una sumaria información que pruebe la nobleza de doña Manuela y en su vista declarar V. S. no haber lugar a la oposición de mi madre, pues saliendo noble mi pretendida, queda descubierta la arbitrariedad con que se me prohíbe un estado que soy libre en su elección por mi mayor edad; por tanto a V. S. suplico providencia lo que sea de justicia, jurando por mi parte no proceder de malicia".

El gobernador Viana decreta con fecha 21 de agosto de 1813: a juicio verbal para primera audiencia. Un testigo "que no conocía ni conoce a los padres de Manuela Arrieta, ni a sus abuelos como se los había dicho ya a uno de los interesados, maternos solo sí a Santos Arrieta (que uno de los interesados le había dicho que era su abuelo) que ignora con quién se casó éste, pero si le consta no tenía raza de mulato, solo sí de indio". "Esta fue su declaración en la que se afirmó y ratificó leída que le fue expresando no tenía que añadir ni quitar que es edad de setenta y tres años y la firmó conmigo, de ello doy fe".

Depone asimismo en la sumaria D. José Juárez, y preguntado "si conoce a los ascendientes de Manuela Arrieta, dijo que los padres de ésta se llaman Tomás Arrieta y Juana Rosa Molina, que los padres de Arrieta se llamaban Santos Arrieta y Francisca, cuyo apellido ignora y que a éstos los ha tenido por indios nobles y los de doña Juana Rosa fueron D. Manuel Molina y doña Mercedes Agüero, que a éstos los ha tenido por españoles sin mezela alguna".

Fue llamado también a certificar el caso el clérigo José Antonio Bustamante, quien fue cura ayudante del curato de la Punilla durante diez y siete años, siendo cura y vicario el Dr. José Miguel de Castro, ascendido después a la dignidad de canónigo de la ciudad de Salta. El presbítero Bustamante, por estos antecedentes certifica: "que en el puesto llamado Pedernera de la estancia de D. Antonio de Arredondo he conocido a Tomás Arrieta y a Juana Rosa Molina, esposa de dicho Arrieta, ésta se ha tenido y la han tenido por española y al Arrieta por indio noble y en su porte y hombría de bien lo demostraba; si no he conocido a sus padres ni a la demás familia y sólo oía a todos los vecinos

de toda aquella inmediatez de donde vivía el tal Arrieta que era indio noble, esto es cuanto certifico y puedo decir", 17 de agosto de 1813.

A continuación, el gobernador Viana, refrendado por su ministro del Signo da el siguiente auto: "Córdoba, 25 de agosto de 1813. Por lo que resulta de las declaraciones recibidas y de éste certificado, declárase no haber desigualdad entre los futuros cónyuges y avítese al señor provisor para que proceda a las diligencias de su resorte".

De la resolución del juez, se agravia la madre del novio. No se da por vencida, insiste en su disenso, presenta nuevas pruebas.

Otra vez su hijo el Dr. José Domingo Baigorri, en su presentación, se presenta ante el gobernador y expone: "que habiendo pretendido mi hermano don Manuel desposarse con Manuela Arrieta, para atajar el lunar que de éste enlace resulta a nuestra familia, reputada en todo tiempo por una de las primeras, expuse en fecha ante V. S. la notoria desigualdad de los linajes y aunque V. S. se dignó llamarnos a juicio verbal, en que creí prevaleciese la prueba que presenté de mi oposición, se me ha hecho saber un decreto de V. S. por el cual allana el matrimonio; más como ni el impedimento expuesto por mí, ni las consecuencias de él, sean tan de poco momento para que se tengan por suficientes actuadas las presentadas a un juicio verbal y pudiendo yo abundar notablemente en mi prueba, vuelvo al tribunal de V. S., implorando se tomen las declaraciones siguientes y con su resultado, proveer lo que sea de justicia".

En este escrito el Dr. Baigorri da una serie de detalles de la familia de la novia de su hermano, que no deja de tener su interés para un estudio de los pruritos de linaje de la sociedad de entonces y de ahora. Los transcribimos a título informativo: "La mulata Ignacia Molina, mujer de José Blanco, no sólo fue del linaje que le designo, sino que además fue causada por muerte que dio a su marido. Esta misma es hermana de Juana Molina madre de la pretendida y mujer del indio o mulato Tomás Arrieta. Teresa, hermana de Juana y tía carnal de la pretendida, jamás desconoció su oscuro linaje y como tal casó con esclavo de la casa de los Galanes; lo mismo que hizo Josefa, asimismo hermana de Juana, que actualmente está casada en San Roque con el mulato José León esclavo de los Salgueros y lo mismo aconteció con la mulata Mercedes, prima hermana de la anterior, que casó con esclavo de los Arredondos. Toda esta genealogía materna de Manuela es pública y notoria en el partido de la Punilla, en donde siguió su información de parda libre, y por tal se casó la mulata Pilar, mujer del portu-

gués Ambrosio, según que así lo asegura el R. P. Fray Mariano Barquin que fue quien autorizó el matrimonio por orden del señor Dr. Castro, que fue cura de aquel lugar; y al efecto de su esclarecimiento y para lo más que solicito, se ha de servir V. S., librar el correspondiente oficio al cura del lugar y providencia a persona de probidad, para que con citación contraria se examinen los testigos que yo presenté”.

“Si por parte materna es de bajo, obscuro y vil nacimiento la parda Manuela, no lo es menos por la paterna. Su padre Tomás Arrieta es descendiente del indio conocido vulgarmente por Ñango Arrieta, hijo natural de una india que habiendo casado con mujer de este mismo linaje, sus hijos y demás descendientes no supieron conservarlo por haber tomado mulatas por mujeres y algunas esclavas, de cuya mezcla desciende Tomás, padre de Manuela, según resultaría de las declaraciones que con igual citación de la parte contraria pido se tomen a los testigos que yo presenté y entre ellos al R.P. Antonio Ordóñez y fray Mariano Barquin precediendo para ello allanamiento de fuero y para conseguirlo a V. S. pido y suplico se sirva mandar y proveer como llevo expuesto esperando que entre tanto no se haga novedad, ni se practique otra diligencia al expresado matrimonio, que todo es justicia”.

Por un otro sí del Dr. Baigorri, sabemos que le fue devuelto el escrito que antecede “por no quererlo recibir el asesor de Gobierno”. Por cuyo motivo, Baigorri “lo recusa en forma por sospechoso. Insiste bajo juramento de no hacerlo de malicia. Pide que se provea lo que sea de justicia. “Y porque he tenido noticia se ha corrido una amonestación, se ha de servir V.S. oficiar nuevamente al señor Provisor para que suspendan dicho enlace hasta el esclarecimiento que solicito”.

No hay constancias de las declaraciones de los testigos propuestos por el Dr. Baigorri. Lo cierto es que con fecha 3 de setiembre de 1813 el Gobernador nombra para que dictamine al Dr. Juan Antonio Saráchaga. Habría sido interesante saber cuál fue la opinión de jurista tan eximio y ponderado, pero tampoco consta en el expediente que estamos estudiando, aunque puede deducirse por la resolución del señor Gobernador del 4 de setiembre: “guardese lo mandado en el auto del 25 de Agosto y el Escribano no reciba memorial en este asunto”. Acaso debió influir en el ánimo del Gobernador el nuevo espíritu que comenzaba a informar al viejo derecho. Así se comprende que el explicable disenso de la madre frente a una familia tan distinta no tuviera efecto legal en la decisión del gobernador Viana. (Escribanía 4, 1813, leg. 46, exp. 31).

b) Otro caso cuyo desenlace final no conocemos, pero que interesa por las leyes que se citan, es el disenso presentado ante la autoridad eclesiástica de Mendoza por doña Mercedes Conil de Silva "viuda noble y principal de dicha ciudad", oponiéndose al casamiento de su hija Manuela con "el pardo José Villegas". Frente a la oposición materna, se presenta la hija ante el Teniente de Gobernador de Mendoza solicitando "el allanamiento de este paso y permiso del Juzgado en defecto del materno".

El de Mendoza hace lugar al pedido y ordena a la autoridad eclesiástica que proceda a consagrar el matrimonio.

Frente a esta resolución la viuda apeló ante el Gobernador de Córdoba, don Santiago Carrera. La representa don Olegario Martínez. El escrito de Martínez tiene especial interés, por las citas legales y por el procedimiento que pide se siga. Alega Martínez que la viuda de Silva fundó su disenso "en la notoria desigualdad de nacimiento y de educación" del joven Villegas con su hija. Que este disenso fue en conformidad al Real Rescripto del 27 de mayo de 1805. "Que cuando era de esperar que aquel Juez conteniéndose en los límites de su jurisdicción pasase esta causa al conocimiento del Supremo Poder Ejecutivo de la Nación en quien han recaído las facultades de los antiguos Virreyes o a la Cámara de Apelaciones que han sucedido a las Audiencias, a quien privativamente se cometía por aquel rescripto el conocimiento sobre el permiso o disenso paterno para que las personas de conocida nobleza y limpieza de sangre puedan enlazarse a las ínfimas castas de pardos y morenos, aquel Juez lo tomó en la presente y con un traslado a mi instituyente y otro al solicitante, sin que este haya producido la menor información de nobleza se ha avanzado a otorgar permiso, despreciando el artículo de incompetencia con que mi parte evacuó el suyo, la recusación de un letrado repentinamente aparecido en aquel pueblo de las Provincias del Perú (de quien se asesora) sin otros despachos, ni credenciales que su mero dicho, el recurso de nulidad que entabló de su definitiva y ultimamente el de apelación que interpuso para ante quien fuese de derecho".

En este estado no habiendo podido conseguir la suspensión del matrimonio antes sin que se precipiten, como se están practicando las diligencias eclesiásticas, no ha quedado a mi parte otro recurso para contener las violencias de aquel Juez y evitar el irreparable perjuicio de sus providencias, que el presente con que imploro el celo y noble oficio de V.S. en observancia de las leyes, custodia del orden, respeto

debido a las autoridades supremas; y aunque según aquellas debía mi parte dirigirse directamente al Supremo Poder Ejecutivo o Cámara de Apelaciones como lo habrá ejecutado por separado, no dando treguas al caso presente para esperar aquella superior resolución por la viveza con que se agitan las diligencias que deben preceder al matrimonio; y siendo el perjuicio de mi instituyente irreparable por toda Providencia que no sea dirigida a impedir aquel acto, a V.S. pido y suplico se sirva exhortar y mandar a dicho Teniente Gobernador otorgue a mi parte todos los recursos de derecho y que suspendiéndose las diligencias en el estado en que se hallen, se aguarde resolución superior para proceder a las ulteriores. Que es justicia que imploro jurando en su ánima y mía lo necesario en derecho”.

El Gobernador, que lo era D. Santiago Carrera, decreta con fecha 17 de marzo de 1813: “exhórtese al Teniente de Gobernador para que suspendiendo todo ulterior procedimiento, proceda sólo a otorgar en la materia los recursos que sean legales, recogiendo la licencia o habilitación dada a los futuros consortes hasta la resolución del Tribunal Superior”. Este decreto está refrendado por el Ministro del Signo. (Escribanía 4 - 1813 - leg. 46 - exp. 42).

c) Otro caso que prueba la sobrevivencia de los viejos estamentos sociales a pesar del ideario revolucionario de libertad e igualdad consagrados legalmente por la Asamblea del año XIII.

Se presenta en dicho año ante el Gobernador Intendente doña Rufina Fraga, vecina del curato de Santa Rosa, a nombre de su hermano legítimo Justo Fraga “en el matrimonio que tiene tratado con doña Gabriela Quintero, al que injustamente se opone su padre D. Pedro Quintero ante la notoria justificación de V.S. digo: Que en la sesión que el día de hoy 22 del corriente hemos tenido ante V.S. con el padre de la pretendida, ha convenido éste que dándose por parte de mi hermano una justificación de ser igual en linaje desde luego no se opondrá al matrimonio tratado en cuya virtud se ha de servir V.S. admírmelas en forma de derecho examinando los testigos que por mi parte se presentasen y examinarlos por el tenor del siguiente interrogatorio:

1º) Por el conocimiento de mi finado padre D. Francisco Fraga de nación portuguesa y mi señora madre doña María Ardiles y generales de la Ley.

2º) Item, digan si los han tenido y conocido por españoles viejos, limpios de toda mala raza de negros, judíos y mulatos, así a ellos

como a demás anteriores, si los han conocido a D. Pablo Ardiles y doña Felipa Cardoso, mis abuelos maternos, digan de pública voz y fama si asimismo han sido tenidos y reputados en aquel partido generalmente por españoles limpios de toda raza; y fecha que sea en la parte que baste se ha de servir la integridad de V.S., declararlos por iguales para dicho matrimonio, precedida la correspondiente noticia del opositor D. Pedro Quintero; para todo lo que a V.S. y suplico: se sirva proveer y determinar como llevo pedido que es justicia que pido y juro no proceder de malicia". (Escribanía 4 - 1813 - leg. 46 - exp. 48).

d) Doña Jesús Guayanes, del vecindario de esta ciudad, mujer legítima de D. Damián Banegas y madre natural de Faustina Guayanes, se presenta con la venia del marido ante el Gobernador Intendente que lo era D. José Xavier Díaz y le expone: "que su expresada hija por efecto de una pasión tan caprichosa como ofensiva a la limpieza de sangre de nacimiento, trata de casarse con el soldado Juan Toledo, cuya plebeya procedencia es demasiado notoria en esta ciudad en medio de esta enorme disonancia de calidades que estoy pronta a justificar legalmente siempre que V.S. me lo admita; no es posible, señor Gobernador que una madre como lo soy de Faustina, pueda mirar con indiferencia semejante futuro enlace sin elevar sus clamores hasta las competentes autoridades para atajar semejantes contracciones, que despues del corto tiempo en que desaparecen los nublados del desorden del capricho, fijan por toda la vida las ruinosas consecuencias del dolor y desesperación de la contraída, a más del trastorno y confusión de las clases de las familias contra cuyos absurdos jamás han cesado de clamar la ilustrada moral y la más refinada política".

Pide que se le admita información en justificación de ambos extremos expresados, y se declare legal su disenso. Igualmente solicita se oficie al Provisor Eclesiástico para que suspenda el giro de las respectivas diligencias. Actúa como letrado patrocinante el grave e ilustrado Dr. José Dámaso Xigena.

Lo significativo es que el Gobernador dé trámite al disenso. Con fecha 19 de mayo de 1816 decreta: "Recíbase la información que ofrece la reclamante en cuanto a lo principal y primer otro sí (su pobreza) y se comete sin que en el entretanto se proceda a efectuar el matrimonio que se indica, a cuyo efecto se pasará el respectivo oficio con inserción del decreto al señor Provisor y Gobernador del Obispado, como se solicita en el último otro sí".

Actúa como testigo calificado el Dr. Manuel Bernabé de Orihuela, de quien hemos hecho ya mención.

Orihuela dice: que es constante (sic) la desigualdad de los contrayentes y que ha efecto de asegurar más su declaración se había informado de doña Josefa Casas, de donde ha sido la madre del novio, y le ratificó las constancias; y aunque la expresada madre del novio se haya desposado con un hermano de la disidente, entiende que sin hacer mérito de las intrigas con que se consiguió este enlace dándose ambos por pardos, más fue por no haber parte legítima que lo contradijese, muertos los padres y abuelos del Guayanes, cuyas hermanas, y entre ellas la disidente se opusieron en balde por no autorizarlas la ley". Encuentra legítimo el disenso y testimonia ser notoria la pobreza y el buen linaje de las Guayanes.

Por su parte el Dr. José Domingo de Allende, Cura Rector de la Iglesia Catedral, certifica que en uno de los libros parroquiales donde se apuntan las partidas de matrimonio de los naturales que corre a su cargo y que gobierna desde el año 1789, al folio 202 se encuentra una partida en la que consta que siendo Cura Rector Interino el Dr. José Gregorio Baigorri, su ayudante el maestro José Julián Sueldo "después de corridas las tres Proclamas en derecho necesarias, y no habiendo de ellas resultado impedimento casó y veló a Miguel Guayanes, libre, hijo legítimo de Francisco Guayanes y Catalina Vidal, finados, con Avelina Toledo, hija natural de Pedro Toledo, finado" (14 de septiembre de 1807).

El testigo Fernando Alsina depone que conoce a la madre del contrayente muchos años ha por una parda libre en el servicio de doña Josefa Casas y del hermano Padre finado Fray José Domingo Casas y a doña Jesús Guayanes y demás familia por españoles aunque pobres. A continuación el Gobernador Diaz decreta: Córdoba y Junio 15 de 1816. Traslado a doña Jesús Guayanes.

Contesta el traslado la oponente, con firma de su letrado el Dr. Xigena, y dice: "que por las contestes declaraciones de los testigos que han declarado en autos, se halla acreditado el punto principal de la limpieza de sangre de mi expresada hija como la calidad plebeya de Toledo. En consecuencia resulta legalmente comprobada la desigualdad de ambos en terminación a la vinculación matrimonial solicitada".

Pide: "se sirva declarar legal y arreglado el disenso con que me opongo a dicho pretendido enlace, declarando igualmente mi notoria

pobreza y en su consecuencia mandar que se me exonere del pago de derechos o costas”.

Con fecha 28 de junio de 1816 se corre traslado al interesado Juan José Toledo. Este, en su escrito sin firma de letrado dice que es soldado de la Compañía de Artillería y que se presenta con la venia de su jefe. Expone que hace más de un mes que presentado en la Curia Eclesiástica con el objeto de casarme con doña Faustina Benegas se me mandó por el señor Provisor suspender el curso de la información de soltura en virtud de impedimento de desigualdad de linaje, que antes V.S. alegaba la madre de mi pretendida esposa doña Jesús Guayanes, pero como hasta ahora no se me haya hecho saber el resultado de este alegato volví de nuevo a presentarme en la misma Curia de donde he vuelto a recibir nueva repulsa hasta que allí mismo se vea el decretado de V.S. sobre la alegación de lo referido por lo que a V.S. suplico se digne hacerme saber su resultado para que en su vista producir lo que contemple justo y favorable a mi derecho”.

Se le corre nuevamente traslado y como no lo contesta la oponente le acusa rebeldía y “en su consecuencia mandar sacar los autos por apremio con respuesta o sin ella y a seguida determinar con la brevedad que recomienda la naturaleza de un juicio sumario como el que se trata y pido justicia”. El Teniente Alguacil saca los autos de poder de la madre del novio, Avelina Toledo. Esta presenta un escrito que tiene una gran sugestión para el conocimiento de la sociabilidad de la época de la Independencia.

Avelina Toledo se presenta ante el Gobernador que lo era ya don Ambrosio Funes. Dice que es madre natural del soldado de Artillería Juan José Toledo y “que de la información seguida a pedimento de doña Jesús Guayanes resulta la gran diferencia que ella expone hay entre su linaje y el mío; no me precio yo tanto, señor Gobernador, de mi procedencia de españoles como de la índica, que si no es igual, es quizás mucho mejor que la primera; mis predecesores han sido indios netos, como lo haré ver por una información (que suplico a V. S. se digne admitírmela) y esta es la causa porque he sido, como mis padres tenida de calidad de plebeya como todas las de esta clase, por privilegio de los españoles.

“Resultando pues si no igual al menos mejor mi calidad por su origen de indio, como espero probarlo por la información que llevo pedida (y en que de nuestro insisto) espero se digne V.S. permitir



que en la Curia Eclesiástica se sigan las informaciones de estilo aunque no se halle presente mi referido hijo Juan José que se halla ausente de ésta ciudad en servicio del Estado, por ser constante su voluntad en virtud de haber iniciado éste asunto en el Juzgado de V.S.'".

En otro sí dice que siendo demasiado notoria su pobreza, "se sirva V.S. admitir mi escrito sin firma de letrado".

D. Ambrosio Funes decreta con fecha 20 de agosto de 1816: Realice la suplicante la información que ofrece ante el actuario de gobierno a quien se comete; admitiéndosele sus presentaciones sin firma de letrado por las causales que expresa en el otro sí. (Escribanía 4 - 1816 - leg. 49 - exp. 32 - tom. 2).

e) En las vísperas de Arequito, el probo y sabio magistrado que era el Dr. Manuel A. de Castro, ocupaba el sitial de Gobernador Intendente de Córdoba, ante él llegó el alférez de las Milicias del Partido de Santa Rosa del Río I<sup>o</sup>, José Ignacio Pucheta y le expone: que tratando de matrimoniar a una hija suya legítima y de legítimo matrimonio llamada Matilde Pucheta con don Juan Bautista Quintero, hijo legítimo de D. Pedro Quintero del vecindario de Gualchara de aquel mismo partido, por solicitud del mismo don Juan Bautista. Que a éste efecto empeñó con él con respecto a hallarse ya en la edad competente de veinticinco años, en que no necesita por la superior disposición de la materia del consentimiento o licencia paterna para celebrar sus bodas, sin embargo se ha opuesto el citado don Pedro a la celebración de dicho matrimonio, y se ha suspendido alegando que el linaje de la novia está afecto a la raza de mulato, sostiene el Alférez Pucheta en su presentación que ésta atribución es una calumnia tan temeraria como notoria en todo aquel Partido y pide al Gobernador se sirva admitirle la información de testigos que ofrece con citación del padre del novio, "en calificación legal de la torpe calumnia, tan temeraria con que se ha producido".

Y que en caso que Quintero quiera presentar testigos se le admitan con mi citación los que presentare, sirviéndose la integridad de V.S. comisionar a la persona que fuere de su superior arbitrio para que ante ésta se actúe la información solicitada".

Con fecha 23 de noviembre de 1819 el Gobernador Castro decreta: "traslado a don Pedro Quintero librándose orden de citación con el término de ocho días cometida al juez Pedáneo del Partido".

Por su parte comparece don Pedro José Quintero y dice: que a

fin de evitar disgustos y discusiones( a pesar de que mi disentiimiento provino de tradiciones antiguas de mis antecesores, sin que por esto deba atribuírseme a calumnia) desde luego puede mi hijo matrimoniarse con la dicha doña Matilde sin necesidad de la información que al efecto ofrece don José Ignacio; y en cuya virtud desde ahora para en adelante me desisto de toda contestación en la materia sin hacer oposición directa ni indirectamente en el asunto, pues mi escasa suerte no me permite detenerme en esta ciudad, ni menos sobrellevar los gastos que ofrece un pleito de esta naturaleza y mas cuando mi numerosa familia solo se halla a expensas de mi trabajo personal. Por tanto a V.S. pido y suplico se sirva haberme por desistido en esta demanda y determinar lo que halle de justicia que pido". (Escribanía 4, 1819, leg. 53, exp. 53).

#### IV

1. Otra etapa en la evolución del derecho argentino puede ser fijada con la Revolución Federal Nacional del 15 de abril de 1815 y su fijación institucional en el "Estatuto Provisional" dado por la Junta de Observación el 5 de mayo del mismo año<sup>22</sup>.

Es sabido que este Estatuto tuvo vigencia nacional. Respecto al orden político estableció dos principios fundamentales: la elección popular de los Cabildos y la autonomía de los gobiernos de Provincia elegidos también por sus respectivos electores.

Respecto al ordenamiento del Poder Judicial habría que distinguir las disposiciones tocantes al orden nacional y la administración de la justicia en las provincias.

El art. 1º del cap. 1º, sección cuarta, establecía que el ejercicio del Poder Judicial, por ahora y hasta la resolución del Congreso General, residirá en el Tribunal de Recursos Extraordinarios de Segunda Suplicación, nulidad e injusticia notoria, en las Cámaras de Apelaciones y demás juzgados inferiores.

El 2º: No tendrá dependencia alguna del Poder Ejecutivo del Estado y en sus principios y forma estará sujeto a las leyes de su instituto.

Levene advierte que en todo lo concerniente al Poder Judicial el Estatuto de 1815 representa un evidente progreso en la legislación en

<sup>22</sup> *Registro Oficial* citado. t. 1, N° 767.

vigor y los proyectos constitucionales anteriores y muchas de sus prescripciones pasaron casi textualmente a las constituciones subsiguientes y a la que nos rige<sup>23</sup>.

Abolía en todas sus partes el Reglamento de Administración de Justicia del 20 de abril de 1812 (sección 4ª, Cap. III, art. II) y el Tribunal de Concordia (íd., art. X).

En lo que respecta al procedimiento a seguir en la administración de la justicia el art. V del Cap. I, Sec. 7ª prescribía que toda sentencia en causas criminales para que se reputase válida, ha de ser pronunciado por el texto expreso de la ley y cualquier infracción de ésta es un crimen en el magistrado, que será corregido con el pago de costas, daños y perjuicios causados.

La Sección séptima de este Estatuto comprendía las disposiciones sobre seguridad individual y libertad de imprenta. Estos principios —no siempre respetados— fueron incorporados a la Carta Magna de 1853.

El art. 1º prescribía: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público, ni perjudican a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

El 2º: Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, clara y expresamente, ni privado de lo que ella de ningún modo no prohíbe.

El 9º: Ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba al menos semiplena o indicios vehementes de crimen que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios, si no hubiese impedimento; pero habiéndolo se pondrá constancia de él en el proceso.

El 15º: La casa de un individuo es un sagrario que no puede violarse sin crimen y solo en caso de resistirse a la convocación del juez podrá allanarse. Esta diligencia se hará con la moderación debida, personalmente por el mismo juez; y en caso que algún urgente motivo se lo impida dará al delegado orden por escrito con las especificaciones convenientes, dejando copia de ello al individuo que fuere aprehendido y al dueño de la casa si lo pidiese.

Con estas transcripciones basta para ver la importancia de estos principios respecto a la organización de un verdadero estado de derecho.

<sup>23</sup> RICARDO LEVENE, *Obra citada*, t. V, págs. 24 y sigs.

2. En lo tocante a la administración de justicia en las Provincias, el Reglamento Provisorio sancionado el 3 de diciembre de 1817, por el Congreso de las Provincias Unidas, tiene especial interés.

El art. 1º del Cap. IV de la Sección 4ª estipulando que los Gobernadores, Intendentes y Tenientes Gobernadores quedan exonerados del ejercicio de jurisdicción ordinaria, civil y criminal entre partes y de oficio conservando todas las facultades respectivas a Gobierno, Policía, Hacienda y Guerra.

El 2º: Se observará por ello y demás a quienes toque, el Código de Intendencias, salvo lo relativo a la Junta Superior de Hacienda que queda suprimida y todo lo que sea contrario a este Reglamento.

Por el art. VI quedaba suprimido el empleo de Teniente asesor de las Intendencias establecido en el Código de ellas. El VII estipulaba que "para el Despacho nombrarán los Intendentes en su tiempo un Secretario de su satisfacción, con la precisa calidad de Letrado, que le asesore también en los negocios y ramos de que trata el art. 1 de éste capítulo, pasando el nombramiento al Director para que le libre el correspondiente título".

El Congreso Constituyente había resuelto en su sesión del 16 de junio de 1817 retirar la administración de justicia de manos de los Gobernadores Intendentes y disponía que habría para dictar sentencias en cada capital de Provincia, un letrado nombrado por el Director del Estado a propuesta en terna de la Cámara de Apelaciones.

Conviene recordar también que el Reglamento Provisorio de 1817 estableció expresamente por el art. II del Cap. I, sección segunda: "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 contrarias a él, libradas desde el veinticinco de Mayo de mil ochocientos diez".

El art. XV del capítulo I, sección IV disponía: "será nombrado por el Director del Estado en cada capital de Provincia y propuesto en terna de la respectiva cámara, un letrado que ejerza las funciones de juez de alzada en toda ella".

Este artículo tiene mucha importancia, pues daba nacimiento a una verdadera magistratura técnica. Una investigación personal realizada en el Archivo Histórico de Córdoba me permite afirmar que esta

creación institucional aseguró una administración de justicia más exacta y que fijó la interpretación del viejo Derecho Español de acuerdo a la nueva situación política e institucional de la Nación.

Una modificación práctica de esta disposición hemos podido observar: los nombramientos de estos letrados en función de jueces de alzada no los hacía el Director Supremo sino los Gobernadores.

En la etapa que va desde 1815 a 1820, Córdoba tuvo tres Gobernadores efectivos: José Xavier Díaz, elegido por elección popular, y Ambrosio Funes y Manuel Antonio Castro, designados por el Poder Central.

Es especialmente en el gobierno del decano de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires que esta institución de los letrados en función de jueces de alzada se estabilizó mejor. Su titular fue el Dr. José A. Ortiz del Valle, magistrado que gozó de alto concepto por su probidad y competencia<sup>24</sup>. Como sustituto y por nombramiento del Gobernador intervinieron los doctores Francisco Antonio González, José Eugenio del Portillo, Juan Antonio Saráchaga y los licenciados Juan Prudencio Palacios, José Antonio Cabrera y Jerónimo de Salguero.

3. El año XX marca una etapa decisiva en el proceso institucional argentino. Es el año de la desintegración definitiva de las Intendencias creadas en 1782 y del nacimiento de las Provincias clásicas argentinas; año en que se afirma de modo incoercible un federalismo social y político que el pensamiento universitario de la Universidad Mayor de San Carlos le daría fundamentos doctrinarios.

En lo que respecta a Córdoba, el pronunciamiento de Arequito (9 de enero de 1820) lleva a la primera magistratura de la provincia al Coronel Mayor Graduado Juan Bautista Bustos. Es bajo su gobierno cuando la Provincia realiza una profunda transformación de sus instituciones debido sin duda alguna a la calidad y capacidad de los hombres que colaboran, sobre todo en su primer gobierno<sup>25</sup>.

El Gobernador Bustos promulgaba el 20 de febrero de 1821 el "Reglamento Provisorio" que la sala de representantes había sancio-

<sup>24</sup> CARLOS LUQUE COLOMBRES, *Abogados en Córdoba del Tucumán*, cit.

<sup>25</sup> ROBERTO I. PEÑA, *Contribución a la historia del Derecho Patrio en Córdoba: Labor institucional del Gobernador Bustos (1820-29)* en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, N° 11, Buenos Aires, 1960, pág. 106.

nado el 30 de enero de ese año<sup>26</sup>. Es un notable documento que en alguna manera sobrevivió a Caseros.

Los capítulos XV, XVII, XVIII, XIX, XX y XXI se refieren a la organización del Poder Judicial; el año XXVII trata del Juzgado de Comercio.

Pero es recién en 1824 cuando se crean los Juzgados Letrados en lo Civil y Criminal al suprimirse por ley del 31 de diciembre los Cabildos de la Provincia de Córdoba.

El art. 7º de la ley estipulaba que en la campaña se administrará justicia por jueces Pedáneos de 1ª Instancia y jueces Pedáneos de Alzada.

Con fecha 25 de octubre de 1826 el Gobernador Bustos organizaba el Superior Tribunal de Apelaciones<sup>27</sup>, creado por el Reglamento de 1821. Este Tribunal por prescripción constitucional entendía en todas las causas y negocios que según las leyes y demás disposiciones posteriores conocían las audiencias y en los que específicamente le designaba el Reglamento.

Así, por el art. 15 conocían en los recursos de nulidad e injusticia notoria de las sentencias del Tribunal de Alzadas de Comercio. Intervenía en grado de apelación y primera suplicación en los pleitos sobre contrabandos y demás ramos y negocios de hacienda, quedando a los Ministros la primera instancia que correspondía a los Intendentes.

El art. 19 prescribía que "En los recursos de Segunda Suplicación, nulidad e injusticia notoria, el Tribunal de Apelaciones, terminada la substanciación del grado, daría cuenta con autos al Gobernador de la República". Y el 20 decía: "Este con consulta del Asesor General nombrará una junta de cinco individuos, por las mismas reglas que se prescriben en el art. 4º que la determinen, la cual concluido su acto quedará disuelto".

El Gobernador Bustos integró el primer Superior Tribunal con los más distinguidos juristas de la ciudad. Presidente fue designado el Dr. José Dámaso Xigena, y Camaristas los doctores Juan Prudencio Palacios José A. Ortiz del Valle, José Roque Funes y Francisco Igna-

<sup>26</sup> CARLOS R. MELO, *Constituciones de la Provincia de Córdoba*. Biblioteca de Derecho Público Provincial Argentino. Universidad Nacional de Córdoba, 1950.

<sup>27</sup> *Compilación de leyes, decretos, acuerdos de la Excma. Cámara de Justicia y demás disposiciones de carácter público dictadas en la Provincia de Córdoba desde 1810 a 1870*, t. 1, 2ª edición, Córdoba, 1888.

cio Bustos. El cargo de Fiscal lo desempeñó el Ldo. Jerónimo de Salguero y Cabrera.

“Así que los interesados en los negocios contenciosos que se hallaban pendientes ante este gobierno por la comisión con que estaba del despacho del ramo de justicia, deberán ocurrir a este Superior Tribunal de Apelaciones para la prosecución de aquellos, como cualquier otro comprovinciano que tenga que introducir en lo sucesivo cualquier recurso que respecta a aquel ramo no siendo contra persona aforada” dice uno de los considerados del decreto de creación.

Estas creaciones institucionales en orden al Poder Judicial realizadas por el Gobernador Bustos marcan una etapa decisiva en la evolución del derecho argentino en lo que a la Provincia de Córdoba se refiere, como las creaciones del Gobierno de Martín Rodríguez, en lo que a la Provincia de Buenos Aires toca.

La organización dada a la Justicia por el Gobernador Bustos se conservaría en sus líneas fundamentales durante el largo y contradictorio gobierno del Comandante Manuel López y prolongarían su vigencia hasta después de Caseros.

Pero no podemos dejar de recordar que la presencia del dictador porteño se hizo sentir en la vida no sólo política sino jurídica de la Provincia de Córdoba.

Así, por decreto del 1º de enero de 1846 el Gobernador prescribía que los abogados debían jurar defender la “santa causa de la Confederación Argentina”.

Y en las reformas al Código constitucional de la Provincia del 1º de febrero de 1847 se hacía constar con la fuerza de un artículo que “ningún salvaje unitario podrá obtener empleo alguno”.

4. En un asunto de testamentaría, Don Francisco González demanda de la testamentaría de su madre doña María Teresa González de Villarroel, la entrega de algunos bienes que le fueron adjudicados en su legítima paterna. Es el año 1813. Interviene en primera instancia el Alcalde Ordinario de 1er. voto Hipólito García Posse.

Por renuncia del primer albacea D. Tomás Tejerina de las Heras debe ocupar el cargo el segundo, Pedro Esteban González de Villarroel. Sus hermanos prestan conformidad; pero al corrérsele traslado, aquél se opone. Dice que de ninguna manera se conformaba con la renuncia hecha por el primero respecto a que, no la hizo en tiempo hábil según lo dispuesto por la ley, a que no tiene lugar, pero si el juzgado le

obliga a la admisión del cargo de albacea suplica no se le compela a la facción de inventario, ni a otras gestiones relativas al cargo hasta obtener la resolución del Superior Tribunal a que intenta recurrir en el caso propuesto.

El alcalde que entiende como Juez en primera instancia, de acuerdo con el Reglamento de administración de justicia del 23 de enero de 1812 nombra en calidad de asesor para la resolución del presente artículo al Dr. José Antonio Ortiz del Valle "con el honorario de cuatro pesos que satisfará por ahora el albacea Don Tomás Tejerina". El auto del Alcalde resolviendo el caso ofrece una característica; lo firma juntamente con el Juez, el letrado nombrado.

El auto es de fecha 4 de junio de 1813. Admite la renuncia hecha del albaceazgo por Tejerina. Declara pertenecer el referido en cargo de albacea al llamado en segundo lugar por la instituyente, D. Pedro Esteban González, a quien debe rendir cuenta el primero entregándole todo lo que haya recibido perteneciente a la testamentaría y tenga en su poder.

Se presenta en este estado Francisco Antonio González reclamando la entrega de unos bienes en su legítima paterna. Se dan varios pasos. Hay una audiencia verbal en que las partes coherederas designan al letrado el Dr. Mateo Saravia, quien aconsejó que ejecutivamente debían entregar los bienes al reclamante, dejando a salvo los derechos de los herederos por los cargos que pretendían hacerle al solicitante. A este dictamen se avienen las partes y el Juez dispone se realice dicho consejo como justo y legal.

El hermano y albacea no cumple, por cuyo motivo el compareciente se agravia y pide al Juez, por ser la acción ejecutiva, se le haga la efectiva entrega de los bienes.

El Alcalde en función de Juez nombra Asesor en la presente instancia al Dr. José Antonio Ortiz del Valle el 1º de junio de 1813.

Notificado el segundo albacea, éste expresa "que no hay mérito a la instancia que promueve el Dr. Francisco A. González por cuanto el no se ha negado ni se niega a hacerle la entrega de cuanto le corresponde por su legítima paterna según conste de su hijuela, pero que tampoco le toca hacer esta entrega, pendiente la renuncia del primer albacea que tiene reclamada, y que en su consecuencia se sirviese su merced declarar no haber lugar al juicio que quiere entablar el doctor por ser obvio en derecho que estas acciones se deben contestar con el albacea y que suplicaba se decidiese primeramente sobre dicha renun-



cia, protestando los recursos que le correspondan en caso contrario; y que si no obstante lo expuesto se procedía a enjuiciar sobre la solicitud del doctor haciendo sólo en guarda de su derecho bajo del juramento que hizo de no proceder de malicia". Presta su conformidad al asesor nombrado.

El juez decide traslado al primer albacea y a los herederos que se dicen opositores a la entrega de los bienes. Estos contestan diciendo que no se oponen, pero que debe resolverse primero la situación del albacea renunciante.

Por auto de fecha 4 de junio de 1813 el Alcalde-Juez con la firma del letrado nombrado previa una exposición de motivos declara: "que dejando a salvo el derecho de los herederos contra éste por otras acciones que les convenga intentar, debe llevarse a efecto la entrega anteriormente ordenada verbalmente la que se ejecutará en el día bajo los recaudos correspondientes por el albacea de la finada doña Teresa Villarroel, satisfaciendo las costas de éste artículo don Tomás Tejerina de su propio peculio, por haber dado mérito su injusta e ilegal renuncia a la entrega referida como se le había ordenado verbalmente por este juzgado, en cuya presencia manifestó su oposición delante los demás herederos, a pesar de haber contradicho esta verdad constante por su anterior respuesta en el acto de la notificación al traslado que se le ha corrido, pues el quinto de la finada no debe sufrir la responsabilidad de unos costos que ha causado la arbitrariedad o culpa de su voluntaria resistencia a las órdenes del juzgado en perjuicio de la recta administración de justicia".

No vamos a seguir por menudo todos los detalles de este largo y enojoso asunto. Solo vamos a ver los distintos pasos que se daban en las diversas instancias.

Se impone una multa de cien pesos "aplicadas a beneficio de la Patria" al albacea; intervienen por este motivo las "Cajas del Estado" representadas por Narciso Lozano y Juan Manuel de Castro y Carreño. 13 de julio de 1813.

El albacea Pedro Esteban González recusa al letrado nombrado Dr. José A. Ortiz del Valle, y pide el nombramiento de otro. La causal es que Ortiz del Valle es yerno del Alcalde-Juez H. García Posse. Es excluído del conocimiento de la causa por auto de la Alzada del 11 de octubre de 1813.

Se designa nuevo letrado al Dr. José Dámaso Xigena, con el honorario de ocho pesos que ahora satisfará D. Pedro Esteban González.

En 1814 vemos intervenir al nuevo Alcalde de Primer Voto Andrés Avelino de Aramburú. Hay un nuevo asesor, el Dr. Manuel Ruiz "abogado de los Charcas, según la declaración del Gobierno é Intendencia de ésta Provincia comunicada al Juzgado", se lo nombra "con el honorario de once pesos, seis reales que se le regulan conforme a arancel, rebajado el tercio y se abonarán por ahora de cuenta de la testamentaria, que es la parte recusante con arreglo a la Ley de Partida, sin perjuicio de las providencias que aconsejare a cuyo efecto precediendo constancia de la conformidad de las partes se pasarán los autos con el regulado honorario"; auto del 28 de junio de 1814 del Acalde-Juez D. Andrés Avelino de Aramburú.

Al notificársele esta designación en el acta labrada por el escribano José Antonio Barros se hace constar que el albacea "dejando al abogado nombrado en el lleno de su honor, no se conformaba con él, y que cree que S.M. por si sola es bastante para proveer el cumplimiento del Art. 7º que citan los herederos a cuya observancia está pronto y llano, con lo que se ahorrará la testamentaria del desembolso del honorario asignado".

En efecto, el albacea González de Villarroel en un escrito anterior había manifestado al Juez-Alcalde de Primer Voto que "las anteriores instancias judiciales que poco ha hemos tenido con el expresado mi hermano nos ha ocasionado continuos disgustos y exasperados los ánimos considerablemente; como aún por los mismos autos de la materia, palpablemente se reconoce circunstancia que obliga a este Gobierno en su auto de once de Octubre del año próximo pasado a encargar al juzgado el exacto cumplimiento de lo mandado en el artículo siete del Reglamento de Justicia sancionado por la Soberana Asamblea, y cuantas medidas estén a su alcance para cortar toda diferencia entre los hermanos litigantes y que administramos la más exacta justicia".

"Bajo de éstos conceptos y de la terminante y categórica disposición del precitado artículo séptimo del referido Reglamento de Justicia, ocurro a su integridad con la solicitud de que se sirva mandar que el expresado mi hermano nombre por su parte dentro del tercer día un contador con la calidad de árbitro, arbitrador y amigable componedor, para que con el que yo nombre por la mía con la misma calidad que es don Sebastián González de Lara, de este vecindario procedan a la formación de la insinuada cuenta, entregándoseles por las partes a este efecto a dichos árbitros todos los documentos y papeles". A este escrito lo firma también como letrado patrocinante el Dr. José Dámaso Xigena.

El juzgado admite este pedido; acepta el nombramiento de González de Lara y se notifica al heredero Dr. Francisco Antonio González “nombre dentro del tercero día por su parte un contador en los términos que solicitan y lo han practicado sus coherederos, reservándose este Juzgado nombrar un tercero en caso de discordia”. (5 de julio de 1814).

Aquél nombra por su parte al mismo González de Lara. Después de aceptar el cargo, González de Lara se excusa, por razones de enfermedad. Las partes nombran a Pablo Cires y a Vicente Antonio Bedoya.

Por auto del 16 de junio de 1813 el Alcalde-Juez no hace lugar a la recusación hecha por el albacea del asesor nombrado, Dr. Ortiz del Valle, pues “no deben admitirse en este caso las recusaciones vagas y arbitrarias sin expresión de causa, según derecho y lo resuelto en el particular por la cédula de 11 de enero de 1770”.

De esta resolución apela ante la Superior Cámara de Apelaciones “y que para efectuarlo se le diese testimonio de todo lo obrado”.

Corrido el traslado a la otra parte, ésta manifiesta que dichas apelación no corresponde en el caso pues “por el artículo diez del reglamento que nos rige, expresamente se manda que semejantes recursos se entablen precisa e indispensablemente para ante el M. I. Cabildo, cuando la cantidad sobre que rueda la causa no pasa de 500 pesos y para la alzada de Provincia cuando alcance a mil, por cuya expresión cuantitativa no queda duda que resultó prohibida toda apelación *per saltum* a dicha superioridad, esto es a la Suprema Cámara, y que por lo tanto se ve revestida de dicho vicio la actuada por el albacea por no conformarse con la citada superior disposición, intentando suscitarlo para otro distinto tribunal que el expresamente determinado por el enunciado reglamento”.

Con fecha 30 de junio de 1813 el Alcalde-Juez da la siguiente resolución: “No ha lugar la apelación sobre el artículo de que es referente, por ser notoriamente ilegal y de un auto puramente interlocutorio perteneciente a la mera substanciación del juicio; y en su virtud guárdese el proveído en 16 del cte. satisfaciendo D. Pedro Esteban González las costas de este artículo”.

El albacea González recurrió directamente a la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires. Lo representa ante esta instancia Martín J. de Segovia. “Procurador de los del N° de esta Sala de Apelaciones”, quien alega no haber hecho lugar el Alcalde-Juez a la recusación del letrado Ortiz del Valle. A continuación del escrito del recurrente hay

la siguiente resolución: "Autos y Vistas: Esta parte ocurra a la Alzada de Provincia respectiva para donde se le otorgarán por el Juez-aquo los recursos que legítimamente interpusiese". Hay cinco rúbricas de los vocales de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires (9 de julio de 1813).

Con esta resolución, el albacea comparece ante el "Alcalde de Primer Voto y Juez acompañado" que lo era el Alcalde de Segundo Voto y expone que la Superior Cámara de Apelaciones en decreto del 9 de julio se ha servido ordenar se le conceda en apelación para la alzada de Provincia "interponiéndola pues de nuevo, presento dicho decreto superior, exigiendo su obediencia y pidiendo se me entreguen los autos originales para mejorarla por ello".

La instancia primera da traslado a la otra parte. Ocurre el albacea en apelación directamente ante el Gobernador Intendente Francisco Javier Viana, y por decreto subsiguiente del 23 de julio de 1813 el Gobernador dice: "En cumplimiento de los encargos y facultades con que me hallo del Gobierno Superior, pase el escribano con recado de atención al señor Alcalde del 1er. voto para que mañana pase a este Gobierno con los autos que sigue el suplicante". Actuaba como asesor teniente del Signo. El 27 de julio el Gobernador decreta: "nombren colegas en el auto de la notificación".

Francisco A. González nombra a los doctores José Eugenio del Portillo y José Norberto de Allende; y el albacea a Manuel Bernabé de Orihuela y al Teniente asesor del Gobierno "en cuanto se lo permitan sus atenciones".

El Gobernador por decreto del 28 de julio de 1813 admite de colegas al Dr. del Portillo y a don Bernabé de Orihuela, quienes deben aceptar y jurar y pasar los autos al recurrente para que exprese agravios. Por su parte el albacea recusa al Dr. del Portillo por haber tenido alteración con él, "sobre haber demandado dicho doctor ante el Juzgado de 2º Voto por cierta deuda de la testamentaría a su cargo en el mismo día del nombramiento de colegas". Se nombra en su reemplazo al Dr. Allende. Este pide se lo eximiese de este nombramiento por hallarse en la ocasión muy ocupado con tener a su hermano político moribundo "de modo que ni tiene lugar de dormir algunas noches, siendo el único hombre en la casa que corro con todos los negocios de dicho mi hermano en este caso".

Francisco A. González propone entonces a Juan Pablo Bulnes y a Sixto Funes, Viana nombra a Funes, quien es recusado a su vez por el

albacea "por estar trabado en las cuentas que tiene que rendir su hermano a la testamentaría de su cargo". Viana nombra a Pérez Bulnes. Queda formado de la siguiente manera el Tribunal de Alzada de la provincia; gobernador Francisco Xavier Viana, Juan Pablo Bulnes y Bernabé Orihuela. Ante él, concurre en apelación el albacea expresando sus agravios de las providencias del alcalde de 1er. voto. "Digo que habiendo corrido mi hermano desde la muerte de nuestro finado padre con todos los intereses tanto de la testamentaría de éste (hablo de los que no se habían recibido por los herederos) como de los propios de nuestra madre, con tal franqueza y arbitrio como si fuese dueño único por la confianza y satisfacción que de él hacía; al fin vino a abusar de ella en tal extremo que formando una cuenta antojadiza hizo contra madre un alcance de cuatro mil y más pesos previniéndole con éste el que debía resultarle de la administración de crecidos intereses que había tenido a su cargo cuya cuenta yo le había pedido. La proximidad de nuestra madre a los últimos períodos de su vida en que se le presentó la cuenta, no le permitió entrar en cargos con mi hermano, que ya le tenía dados anticipos, motivo para despertarla en esta obligación a que la estrechaba el derecho de los otros hijos. Pero quiso desasirlos en su última disposición que le hiciese su albacea según consta de la cláusula de su poder y comunicados que corren agregados en testimonio en los que declara igualmente la ilegalidad de la cuenta de mi hermano". Cita en apoyo de su pedido de recusación a la Ley 2 del Tit. 21, P. 3; Ley 22, Tit. 23, P. 3; y Ley 28, Tit. 23, P. 3. También cita a la Ley 25, Tit. 19, Lib. 8 de la Recopilación Castellana. Se apoya también en Josef Febrero, cuya *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Theórica Práctica de Principiantes*, en la edición de Madrid de 1786, venía siempre en auxilio de los litigantes. Febrero le dá este argumento: "Toda sentencia que sobre lo que prefiere no espera otra del mismo juez, tiene fuerza de definitiva, porque surte el efecto de ésta y pone fin y término a la instancia".

En su escrito de traslado el Dr. Francisco González cita la opinión de Gregorio López, el eminente editor y comentador de las Siete Partidas. Este jurista español es muy citado en los alegatos jurídicos de los abogados argentinos que iban conformando el derecho patrio; no solamente en la competencia civil, sino en la penal.

Mientras tanto la Asamblea del año XIII ha modificado el *Reglamento de Justicia* de 1812. El gobernador de Córdoba que sigue siendo el Coronel Viana, se ve en la necesidad de arreglar el procedimiento

a las nuevas prescripciones. Por decreto del 28 de setiembre de 1813 decide: "Para la primer audiencia y sin colegas en virtud del nuevo Reglamento de Justicia dado por la Asamblea General Constituyente".

Con fecha 11 de octubre de 1813 el gobernador Viana dá el siguiente fallo que lo transcribo porque tiene su interés: "Vistos con lo expuesto en juicio verbal, hoy mismo entregue don Pedro Esteban González a su hermano el Doctor don Francisco Antonio, la criada, plata labrada, baúles e importe del cortinado, presenciando el actuario la entrega y que sin que se dé motivo a la más levé desavenencia sobre que se reserva el gobierno tomar las más serias providencias para cortar de raíz una enemistad que les depara los mayores perjuicios; y respecto a haberse avenido ambos hermanos en que se verifique la entrega respondiendo de ella don Francisco Antonio Bulnes quien igualmente se ha conformado firmará éste la diligencia que se pondrá en autos, cuya medida será adoptada en obsequio a la paz. Don Pedro Esteban González satisfará las costas y se le exime de la multa por varias consideraciones que se han tenido presentes aunque en rigor debía satisfacerlas. Cumplido este auto en el día, pasen los de la materia al juzgado que entiende en esta testamentaría; y anunciándose el juicio que se prepara ya sobre cuentas, se encarga al juzgado el exacto cumplimiento de lo mandado en el artículo 7 del Reglamento de Justicia sancionada por la Soberana Asamblea el 6 de setiembre del presente año y cuantas medidas que estén a su alcance para cortar toda diferencia y administrarle la más exacta justicia".

El litigante y heredero Francisco Antonio González en sus escritos y apelación cita constantemente lo dispuesto por la tercera Partida, Ley 22, Título 23. Se basa también en la doctrina de Gregorio López, expuestas en sus glosas y a quien llama tratadista. Hace compartir también su opinión con el sentir del autor de la Curia Philipica en su quinta parte, segunda instancia, 1 verb. apelación N° 17. Habla también del alcance del art. 8 del Reglamento de Justicia expedido el año XIII por la Soberana Asamblea Constituyente.

Por su parte su hermano y albacea se refiere en sus escritos al del "elocuente Cicerón" y a "los sabios Carrasco, del Saz y Bobadilla".

Actúa como su abogado patrocinante el Dr. José Dámaso Xigena. El juicio se prolonga, entra en el año 1815 y un tercer primer alcalde interviene como juez y esta vez es el Dr. José Norberto de Allende. Del nuevo incidente planteado se dá apelación al tribunal de Alzada. El 27 de enero de 1815 se avoca el gobernador Ocampo.

No podemos seguir por menudo los distintos alegatos que se arguyera en los diversos traslados. No dejan sin embargo de tener interés para el conocimiento de la interpretación del derecho de esta época, sobre todo los alegatos del Dr. Xigena que no hacen nada más que confirmar la fama de que gozara en vida este jurista notable.

La extensión del tema monográfico no me permite detenerme, pero dejo constancia aquí que el estudio de estos alegatos judiciales de los letrados del foro cordobés podría ser objeto de una investigación especial.

El 13 de abril de 1815 interviene el nuevo gobernador don José Xavier Díaz que confirma el auto del 16 de noviembre de 1814 con costas. El alcalde de primer voto Dr. José Norberto de Allende ejecuta lo ordenado el 2 de mayo de 1815. (Escribanía 3, 1815, Leg. 63, Exp. 1).

## LAS CIUDADES DE INDIAS Y SU ASIENTO EN CORTES DE CASTILLA

Por DEMETRIO RAMOS

Al referirse Agustín Argüelles a la presencia de diputados americanos en las Cortes de Cádiz, envanecido por la trascendencia que concedía a tal hecho, llegaba a considerarlo como insólito ejemplo, hasta el extremo de afirmar que “la igualdad de derechos políticos concedida a la América era en realidad una innovación en el sistema colonial de las naciones de Europa”<sup>1</sup>. Pero con ello, el destacado tribuno de aquella época cometía errores de matiz y de apreciación muy sensibles, pues ni el *status* de los territorios americanos tuvo nunca carácter colonial —calificación contagiada al paso del siglo XVIII de la terminología francesa— ni tampoco se trataba de ninguna innovación, como dice, al menos dentro de la Corona de Castilla. Así, al agregar que “por desgracia, las Cortes no podían aprovecharse de ningún ejemplo práctico que las guiase en su experimento”, no hacía más que reincidir en el desconocimiento de un hecho que sí contaba con precedentes, aunque ciertamente, en descargo de Argüelles, nadie de los que organizaron aquella convocatoria tuvo la menor noticia de antecedentes como los que echaban de menos. Y lo curioso es que aquella idea de los hombres de Cádiz ha permanecido inmodificada desde entonces, a pesar de no ajustarse a la realidad histórica.

La arquitectura de la corona castellana, que con la de Aragón constituían la monarquía de España, se hallaba establecida por la adición de dos componentes: los reinos viejos, regidos por unas normas de derecho general o territorial, que pretendían ser el común denominador, al lado de las cartas locales que los distintos reyes dieron como fuero a las ciudades; y los reinos nuevos, los de Indias, que montados de nueva planta, no tuvieron en el sentido estricto fueros para su población, leyes locales, entendiéndose inicialmente que serían suficientes las leyes comunes de Castilla que, después, al desarrollarse el derecho indiano, pasaron a ser supletorias<sup>2</sup>. Cualquiera que sea el carácter que

<sup>1</sup> AGUSTÍN ARGÜELLES, *Examen histórico de la reforma constitucional*. Londres, 1835, tomo I, cap. III, págs. 356-357.

<sup>2</sup> *Recop.*, ley II, tít. I, lib. II, basada en la C. R. de D. Carlos de 1530.



quiera darse a la naturaleza de la incorporación de las Indias a la corona de Castilla, que estudió Manzano<sup>3</sup>, es evidente que el sentido no singularizador inicial se va matizando, desde el momento que se legisla especialmente para América, con lo que se distinguirá su individualidad, hasta el extremo de llegar a ser bien pronto esas normas las preferentes, como se expresó al decir: “ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer... por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla, conforme a la de Toro”. Se trata, pues, de un reino distinto, como es evidente, pero de un reino —mejor de unos reinos— que además de *integrados* en la misma corona, quedaban *intertrabados* con Castilla pues, sin la distinción que caracterizaba a los reinos de la corona de Aragón y ajena Castilla a la tradición de su pluralidad, venía a sentarse el principio de que, a pesar de las circunstancias que imponían normas específicas para las Indias, debía aspirarse a la más próxima analogía legal, “porque siendo de una Corona los Reynos de Castilla y de las Indias, las leyes y orden de gobierno de los unos y de los otros deben ser lo más semejantes y conforme que ser pueda... en quanto hubiere lugar, y permitiere la diversidad y diferencia de las tierras y naciones”<sup>4</sup>. Con ello no se hacía otra cosa que reproducir, dentro de lo posible, la tendencia que desde el siglo XIII pretendía una generalización del derecho territorial sobre todo el reino castellano.

Ahora bien, si dentro de la corona de Castilla se mantenía Navarra con su propio aparato administrativo y sus Cortes, ello era consecuencia de que fue incorporada como reino cristiano ya constituido, mientras que en los reinos del sur, adquiridos de los infieles por reconquista, se extendieron los instrumentos administrativos comunes, manteniéndose el título de reinos únicamente en forma nominativa. Ante tales precedentes ¿tendrían, por analogía con ellos, que fundirse en las Cortes de Castilla los nuevos reinos indianos? Esto es lo que parece a primera vista, puesto que cabía extender a ellos lo que simultá-

<sup>3</sup> JUAN MANZANO, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*. Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1948, en especial pág. 353; *id.*, *Por qué se incorporan las Indias a la Corona de Castilla*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1951.

<sup>4</sup> *Recop.*, ley XIII, tit. II, lib. II, texto procedente de Felipe II, recogido en la Ordenanza 14 del Consejo.

neamente se hizo con Granada y se había hecho antes con Jaén, Córdoba, Sevilla y Murcia. El hecho de que la adquisición de estos reinos se basara en razones distintas a la que permite la incorporación de las Indias —la donación papal— no parece constituir ningún obstáculo. Tampoco se oponía a ello otra de las diferencias que van a distinguir a los reinos americanos de los del sur de España, donde se entregaron territorios a la jurisdicción señorial, mientras en Indias se frustró esa trayectoria y hasta llegó a ser imposible hacerlo desde el momento que la corona se comprometió a la no enajenación<sup>5</sup>. Pero esta distinción con los viejos reinos —la de mantenerse todo el territorio como jurisdicción realenga— decimos que no constituía obstáculo, puesto que de ese hecho podía derivarse una mayor posibilidad para la incorporación de sus ciudades a las Cortes, como miembros de reinos nuevos. Bien sabemos que cabe el argumento de que la donación pontificia puede entenderse a título personal en favor de Isabel y Fernando y, por lo tanto, que las Indias se estimaran como directo patrimonio —a manera de *señorio* real—; más lo cierto es que en la época inmediatamente subsiguiente la situación de las Indias no es otra que la de unos territorios incorporados a la corona, sin que aquella posible distinción —que daría su representación a los propios reyes— llegara a pervivir.

De esta forma, sin ningún impedimento que obstaculizara la representación en Cortes de Castilla de los reinos indianos ¿puede admitirse como auténtica la aparente anomalía de que, incorporados a la corona, no tuvieran asiento en Cortes —como los reinos reconquistados— ni Cortes propias, como Navarra? Bien sabemos que esto último —la configuración de unas Cortes peculiares para los reinos indianos— es lo que se cree llegó a estar previsto, al interpretar así unos textos que lo que previenen es algo muy distinto, como se verá, aunque dicho sea de paso, esa interpretación no carecía de lógica, puesto que era inexcusable ante el hecho de que desconociéramos la solución que nos ofrece el testimonio que presentamos.

¿Cuál fue la actitud que, a este respecto, se manifestó en Indias en la época fundacional? Se suele ofrecer como síntoma el caso de Santo Domingo de 1518, aunque resulta a todas luces imposible conceder el alcance que algún historiador ha dado a la procuraduría otorgada entonces a Lucas Vázquez de Ayllón por los representantes de los

<sup>5</sup> *Recop.*, ley I, tít. I, lib III, basada en la C. R. del 14 de septiembre de 1519 y otras reiterativas y confirmantes.

pueblos de La Española, que Giménez Fernández califica con la intención de enviarle como "procurador general de la isla a las cortes de Castilla, coetáneamente reunidas en Valladolid"<sup>6</sup>, pues bien sabido es que a las cortes no se podía incorporar ningún representante sin llamamiento real. Tampoco abona esa intencionalidad la respuesta regia, que al negar el permiso para trasladarse a España al procurador y referirse al propósito que tenía en su comisión sólo se habla de que "vinyesedes en nombre della [de la Isla] a hazerme rrelacion de las cosas"<sup>7</sup>, sin mencionar para nada a las cortes, ni al deseo de sumarse a ellas. Por consiguiente —aparte el carácter que quiera darse a la asamblea de La Española de 1518<sup>8</sup>, a lo más que puede llegarse es a considerar una disposición de los pobladores a tomar acuerdos en común para su representación al rey, sin que se planteara formalmente la aspiración a tener asiento en cortes.

En este punto y para enfrentarnos de lleno con la aparente anomalía de que los reinos indianos ni tuvieran cortes propias ni asiento en las de Castilla, debemos dejar despejado el problema que venimos planteándonos. Si, aparte lo que quiera suponerse de la asamblea de municipios de La Española de 1518, el primer hecho es innegable, puesto que ninguna disposición crea, bajo ningún concepto, las cortes indianas, podríamos preguntarnos, respecto al segundo, el valor que cabe conceder a esa realidad de que no fueran llamadas las ciudades o villas americanas en el siglo XVI a las cortes de Castilla. ¿Cabe deducir de ello algún efecto en cuanto a la categorización jurídica de las nuevas tierras o, por el contrario, carece de significado?. En definitiva ¿puede

<sup>6</sup> MANUEL GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Bartolomé de Las Casas*, vol. II, Sevilla, 1960, página 147, nota 474.

<sup>7</sup> *Archivo General de Indias*, Indiferente General., 419, lib. VII, fol. 107.

<sup>8</sup> Este punto ha sido tratado por numerosos autores. ALFONSO GARCÍA-GALLO en su *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1947, pág. 408, no pasa de considerarlo como un mero congreso de ciudades para estudiar asuntos de interés común, sin aspirar a intervenir en la alta política estatal, como es lógico. En esta opinión se mantuvo también GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Las Cortes en Indias*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, XVIII, 1947, pág. 656, como también EMILIO RODRÍGUEZ DEMORIZI en *El primer congreso de municipios, 1518*, en *Revista del Museo Nacional de Guatemala*, núm. 1-4 1946 y MARIO GÓNGORA, *El Estado en el Derecho Indiano*, Inst. Invest. Histórico-culturales, Santiago de Chile, 1951, pág. 86. Por el contrario, consideran como Cortes a la reunión de La Española autores como GIMÉNEZ FERNÁNDEZ en *Las Cortes de La Española en 1518*, en *Anuario Universal Hispalense* Sevilla, núm. II, 1954, a pesar del obstáculo de no mediar convocatoria real, y sobre todo HUGENIO PETIT MUÑOZ, *Orígenes olvidados del régimen representativo en América*. II Congreso Internacional de Historia de América, Buenos Aires, 1938.

explicarse tal ausencia sin vernos obligados a considerarlo como anómalo?

La circunstancialidad del momento, tanto en Indias como en España, es la causa a la que cabe atribuir el hecho de que no se incorporaran las ciudades americanas a las cortes de Castilla, sin que ello fuera resultado de ninguna clase de factores relativos al *status* de las nuevas tierras, que en nada se ve afectado por esa realidad. Más aún: no se trata de ningún fenómeno singularizador, como vamos a verlo.

Por lo pronto, es evidente que, de momento y aunque solo fuera transitoriamente, las ciudades indianas no se encontraban en el mismo plano que las de los viejos reinos, por cuanto en las recién creadas los vecinos gozaban de privilegios de exención tributaria, que se habían de prolongar por una serie de años. Este hecho las eximía, razonablemente, de los servicios económicos que habían de ser considerados en cortes, aunque ciertamente podían haber concurrido para acompañar a las ciudades de los viejos reinos en el juramento de príncipes, etc. Pero lo cierto es que, consideradas como exentas de servicios las ciudades de Indias, ningún motivo tendrían éstas ni la corona para una asistencia —que siempre había de ser onerosa por el pago de costas a los procuradores— cuando faltaba la razón de interés para el rey y ello podía presuponer un riesgo para aquellas, cuando podía deslizarse algún servicio pecuniario. Bien conocido es, en relación con el interés del servicio para la corona que, por el encastillamiento de la nobleza en sus privilegios de exención dejaron de ser llamados los señores desde la época del emperador. ¿Existía alguna razón para que se hiciera lo contrario con las nuevas ciudades ultramarinas?

Por otro lado, para los pobladores indianos su problema máximo, en aquel entonces, consistía en salvarse del peligro de caer bajo un régimen señorial, que podía extenderse a Indias con merma de los derechos adquiridos por los conquistadores. De aquí el que volcaran su empeño en obtener las garantías de no enajenación del realengo, lo que consiguen por la C. R. dada por el emperador en Barcelona el 14 de septiembre de 1519, a la que siguen las cédulas de Valladolid del 9 de junio de 1520, del 22 de octubre de 1523 y del 7 de diciembre de 1547. Felipe II se verá obligado a reiterar iguales seguridades por la cédula de Madrid de 1563 y otras. De esta insistencia es fácil deducir, por un lado, el riesgo que sentían y, por otro, la frustración de paralelos intentos contrarios que sería muy interesante estudiar.

Mientras tanto, cuestiones como la encomienda, régimen de pobla-

ción, etc. no sólo han terminado de configurar la sustantividad del derecho indiano sino también —de paso— la naturaleza de los nuevos reinos que, desde la constitución del Real y Supremo Consejo de las Indias, adquieren mayor personalidad. Tan evidente es la consecuencia que entonces ya aparecen iniciativas que pretenden prolongar las arquitecturas de los viejos reinos. En este sentido debemos ver la que promueve el cabildo de México el 25 de septiembre de 1528— a sólo un año de distancia del acontecimiento citado—, al encomendar al Dr. Hojeda, regidor de la ciudad, la gestión de conseguir, con ocasión de su viaje a España, un privilegio “en cuya virtud, la ciudad de México, en nombre de la Nueva España, tuviese voz y voto en las cortes que el emperador y sus sucesores ordenaren celebrar”<sup>9</sup>. Como se ve, estamos ante una pretensión que viene a reproducir el modelo de Andalucía de la representación por cabeza de reino. México no tiene tal iniciativa sintiéndose representante de la totalidad del mundo americano, sino que se limita a promoverla como cabeza de la Nueva España, tal como Jaen, Sevilla, Granada o Murcia lo eran de sus respectivos reinos.

Por consiguiente, a la vista está como, si se tenía noción de la individualidad de la Nueva España, también se mantenía sólidamente la idea de la incorporación a la corona, entendida como unidad *intertrabada*, ya que en Castilla no se había producido ningún precedente equiparable al sistema de la corona de Aragón, donde al mismo tiempo que el reino principal tenía su propio aparato, también lo poseían el condado de Barcelona y el reino de Valencia, con sus cortes. Y esto no obstante la sensación que el propio Cortés tuvo al considerar su obra de conquista como construcción de otro imperio semejante al germánico, al que categorizaba como gemelo: “. . . porque he deseado que Vuestra Alteza supiese las cosas desta tierra, que son tantas y tales que se puede intitular *de nuevo* emperador della y con título y no menos merito que el de Alemania, que por la gracia de Dios vuestra sacra majestad posee”<sup>10</sup>.

La contestación real a la petición de México quedó pendiente. Resolver en el sentido solicitado hubiera supuesto la aparición de un precedente al que otras ciudades indianas, como Santo Domingo o Panamá,

<sup>9</sup> *Actas del Cabildo de la ciudad de México*. México, 1889, tomo I, pág. 183. LUCAS ALAMÁN, *Disertaciones sobre la historia de la República Mexicana*. Méjico, 1844, pág. 316.

<sup>10</sup> HERNÁN CORTÉS, segunda carta de relación, en *Bibl. A. E., Hist. Indias*, tomo I, Madrid, 1946, pág. 12.

podrían acogerse al considerarse igualmente cabeza de sus respectivos ámbitos. Mientras tanto, el escenario americano fue ampliándose, paralelamente a las conquistas y fundaciones. ¿Sería posible, en tal situación, otorgar asiento en cortes de Castilla a las cabezas de los nuevos reinos, como se agregaron las representaciones de Jaen, Córdoba, Sevilla y Granada a las de las ciudades que le tenían con anterioridad a las conquistas del siglo XIII?

El problema no era fácil, pues había de contar tanto la diferencia de situación —ante hechos también nuevos y radicalmente distintos—, como la circunstancia que pesaba en las mismas cortes antes ya de la petición de México y desde tiempos lejanos. Martínez Marina nos habla del concepto de privilegio con que las ciudades de Castilla estimaban su derecho de asiento en cortes, de tal manera que ya en 1506 habían representado contra la concesión de nuevos asientos en favor de otras ciudades castellanas que le hubieran dejado extinguir<sup>11</sup>. En las cortes de 1512, por ejemplo, se repite igual petición, al suplicar “que S. A. no consienta que sea dado voz y voto en Cortes a alguna [otra] ciudad, porque sería en mucho perjuicio de las que lo tienen”<sup>12</sup>. Si esto sucedía con las ciudades de Castilla que podían alegar el haber sido llamadas en tiempos anteriores, fácil es suponer el temor con que podía verse un llamamiento nuevo, que podría utilizarse como asidero por las ciudades castellanas que perdieron el derecho.

Este conjunto de factores, y ante la circunstancia de la problemática distinta de los nuevos reinos —abierto ya el ancho cauce del derecho indiano— hubieron de pesar para resolver la corona en forma muy diferente de la solicitada. La respuesta está en la C. R. de Madrid del 25 de junio de 1530, por la que la emperatriz gobernadora disponía que: “En atención a la grandeza y nobleza de la ciudad de México, ya que en ella reside el Virrey, Gobierno y Audiencia de la Nueva España, y fue la primera ciudad poblada de Cristianos: es nuestra merced y voluntad, y mandamos que tenga el primer voto de las ciudades y villas de la Nueva España, como lo tiene en estos nuestros Reynos la Ciudad de Burgos, y el primer lugar, después de la Justicia, en los Congresos que se hicieren por nuestro mandado, por que sin él no es

<sup>11</sup> F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813, vol. I, páginas 159-162.

<sup>12</sup> Tratado este punto del sentido de privilegio en M. GOUNON-LOUBENS, *Essai sur l'administration de la Castille au XVI siècle*. Paris, 1860, pág. 106.

nuestra intención ni voluntad que se puedan juntar las ciudades y villas de las Indias”<sup>13</sup>.

De esta disposición se deriva fundamentalmente la nueva situación. Ahora bien, entendemos que la individualización del aparato no llega a significar la constitución de reinos sustantivos, al modo de Valencia respecto a Aragón; de aquí que empleemos el término *individualizado* para expresar este matiz. Y decimos esto porque, como ha podido verse, se ha cuidado de calificar a la reunión de ciudades y villas no como cortes, sino como *Congresos*, puesto que su función no podía ser equiparable ya que es obvio que tales reuniones no habían de abarcar los mismos extremos, ni siquiera los fiscales que las cortes cumplían. Por otra parte, al no quedar prevista la presencia del rey —un virrey nunca es equiparable siquiera con el gobernador del reino—, la distinción resulta patente<sup>14</sup>. Y puesto que cortes y congresos no son equiparables tampoco son excluyentes, de lo que forzosamente se desprende que no cabía descartar la presencia en cortes de Castilla de las ciudades indianas. Es decir, que lo que se regula por esta C. R. de 1530 es la reunión de asambleas municipales, tal como la tantas veces citada de Santo Domingo de 1518, aunque dándoles un rango que aquella no tuvo, lo que es obvio se haga ahora al convertirse aquel recurso en una institución de derecho<sup>14 bis</sup>.

Concuerda con esta interpretación el texto de la C. R. de Madrid del 14 de abril de 1540, renovada por otra de Felipe II, dada en Aran-

<sup>13</sup> *Recop.*, ley II, tít. VIII, libr. IV.

<sup>14</sup> SALVADOR DE MADARIAGA en *Cuadro histórico de las Indias*, Buenos Aires, 1945, pág. 83, se fijó también en esta circunstancia de que no se hable de *Cortes* sino de *Congresos*, diferencia que se limitó a creer derivada de que, al no estar el Rey presente en ellas significaba un “respeto al monarca”.

<sup>14bis</sup> Siglos más tarde y alejados de la realidad de la tramitación, llegó a creerse que esta disposición que comentamos estableció unas cortes para la Nueva España. Tal idea la admitió, convirtiéndola en hecho indiscutible en la época independentista el célebre fray Servando Teresa de Mier, quien con el seudónimo de *Doctor José Guerra* publicó la *Carta de Un Americano al Español sobre su número XIX*, con fecha 18 de noviembre de 1811, donde, con evidente alusión a esta cédula de 1530 y a la que comentaremos de 1540 para Perú, decía que si las Leyes de Indias —donde se recogieron— tenían establecidas cortes para los reinos americanos, el despotismo conculcó su realización (V. íd. JOSÉ ELEUTERIO GONZÁLEZ, *Obras completas*, tomo IV, II parte: *Fray Servando Teresa de Mier: Cartas (bajo el pseudónimo de Un Americano). Años 1811 y 1812*, Monterrey, 1988, págs. 24 y sgtes.). Fray Servando insistió en lo mismo en la *Historia de la Revolución de Nueva España*, Londres, 1813, obra iniciada por encargo y en defensa del virrey Iturrigaray, donde toca el tema en el prólogo y en libro XIV. No es extraño que en la época de la independencia se pusiera gran interés en el posible significado de esas leyes, así interpretadas como Morales Duarez lo hizo en las cortes de Cádiz y, desde entonces, todos lo hemos creído.

juéz el 5 de mayo de 1593, donde se lee, según lo recogido en la *Recopilación* que “es nuestra voluntad y ordenamos que la ciudad del Cuzco sea la más principal y primer voto de todas las otras ciudades y villas que hay y hubiere en toda la provincia de la Nueva Castilla. Y mandamos que, como principal, y primer voto, pueda hablar por sí, o su procurador en las cosas y casos que se ofrecieren, concurriendo con las otras ciudades y villas de la dicha provincia, antes y primero que ninguna de ellas, y que le sean guardadas todas las honras, preeminencias, prerrogativas e inmunidades que por esta razón se le debieren guardar”<sup>15</sup>.

Como puede verse, en este texto ni se emplea el término *congreso*, lo que sólo es explicable si tales asambleas limitaban su función a una simple coordinación de opiniones para poder representar al rey en forma concordante los problemas que normalmente eran objeto de procuración. Mas aún: se ha omitido como es bien visible, la previa convocatoria del monarca —señalada como inexcusable en la disposición de diez años antes para México—, lo que evidencia un interés en evitar cualquier equiparación con una reunión de cortes<sup>16</sup>. La razón de la diferencia puede residir en que, en el caso de México, se trataba de responder a la petición formulada para tener asiento en cortes, motivo por el cual, al configurar los congresos, se deslizaron esas fórmulas que recordaban la institución. En el caso del Cuzco, por el contrario, no se tuvieron presentes.

Esto no quiere decir que más tarde no llegara a pensarse en la posibilidad de reunir cortes en el Perú. Guillermo Lohmann ha investigado esta iniciativa de Felipe II, que por cédula del 23 de julio de 1559 pidió al virrey conde de Nieva estudiara tal proyecto y le informara sobre las medidas necesarias para llevarle a cabo, con el fin de que el reino de la Nueva Castilla pudiera hacer un servicio semejante a los que se votaban en cortes de Castilla. Sin embargo, del hecho mismo de que se necesitara estudiar la forma en que habrían de reunirse esas cortes se deduce claramente que los congresos nada tenían que ver con la institución ahora programada, puesto que de no ser así sólo habría necesitado aplicar lo que ya estaba dispuesto desde diecinueve años antes.

<sup>15</sup> *Recop.*, ley IV, tít. VIII, lib. IV.

<sup>16</sup> GUILLERMO LOHMANN [8], pág. 657 se fijó, con su habitual perspicacia, en este detalle, aunque le considerara debido a que así “se evitaba la posibilidad de que se valieran de estas juntas para cometer actos de indisciplina política”.



Bien claro se ve la diferencia con otro caso, resultado de la petición formulada en 1606 por varias ciudades del Perú que solicitaron del virrey marques de Montesclaros —según lo estudió también Lohmann— la reunión de un congreso o junta de ciudades, que el virrey no franqueó, por las razones que ofreció a la corona al pedirle el rey explicación ante la protesta que elevaron los procuradores. Como se ve, ahora no se trataba de considerar un proyecto, sino de poner en práctica lo que ya estaba previsto por cédula real. No se realiza tal junta por razones de oportunidad, mientras que en el caso anterior lo que se había hecho preciso, era la fórmula legal que lo permitiera y el sistema de procedimiento oportuno, puesto que se trataba de una innovación.

La compatibilidad de los congresos de ciudades con las cortes de Castilla y, por lo tanto, la no exclusión de las ciudades de Indias que podía derivarse de ser aquellos una institución semejante, se pone en evidencia ante un testimonio que demuestra como pudieron llegar a consolidar las ciudades americanas, su derecho de asiento en cortes de haber atendido el llamamiento real hecho por Felipe IV en el año 1635<sup>17</sup>. Se trata de una C. R. que nosotros encontramos en el Archivo General de la Nación de México, y que suponemos pudo tener también paralelo para el Perú, aunque no fuera absolutamente obligado. El documento en cuestión dice lo siguiente:

“El Rey. — Marques de Cadereyta, pariente, de mi Consejo de guerra a quien he proveído por mi Virrey governador y Capitan general de las provincias de la Nueva España: Entre otros medios que se me an propuesto en utilidad y beneficio desas provincias y convinientes a mi servicio a sido congeder a los moradores dellas algunas prerrogativas de las que goçan los destos reynos y en particular que quando se combocassen Cortes en Castilla para juramentos de Principes viniesen quatro procuradores en nombre desas provincias que son las comprehendidas en las Audiencias de Mexico, Guatimala, Santo domingo, Nuevagalicia y Philipinas sorteandose entre las çudades donde residen y que ellas pagasen los salarios a las personas a quien tocase y truxese sus poderes para tratar de los negocios publicos que se ofreciesen, y Yo atendiendo a que esto demas de ser cosa tan autoriçada y en beneficio de essa tierra seria posible que a título de hacerles esta gracia y merced me sirviesen con alguna cantidad considerable he tenido por bien de encargaros como lo hago, lo trateis y ajusteis en la forma que mas convenga y poniendose las dichas çudades en lo que fuere raçon se lo otorgueis y concedais en mi nombre avisandome luego dello para que

<sup>17</sup> Este testimonio se lo ofrecimos a nuestra discípula D. Mercedes Sánchez Sala como tema de la tesina de licenciatura, que redactó bajo nuestra dirección con el título de *Un llamamiento de ciudades americanas a las Cortes de Castilla en 1635*, de la que dió un resumen al XXXVI Congreso Internacional de Americanistas. Por la naturaleza del trabajo y la premura del tiempo, centró el estudio en la circunstancia histórica del momento, por lo que le replanteamos nosotros en una dimensión que no pudo entonces abarcar.

se les embie el despacho neçesario para su mexor execucion y cumplimiento, y en el entretanto se les dareis vos en la forma que tubieredes por conveniente y pondreis en ello el cuydado y diligencia que de vos fio. Fecha en Madrid a doze de mayo de mil y seisçientos y treinta y cinco años. — Yo el Rey. — Por mandato del Rey nuestro señor Don Fernando Ruiz de Contreras'' 18.

Ciertamente, el contenido de este importantísimo documento se presta a un planteamiento de numerosos problemas. Uno de ellos —y sin duda capital— sería el de su conexión con los propósitos políticos del conde-duque, sobre todo si se tienen en cuenta sus ideas sobre la transformación de la monarquía en un Estado unificado y uniforme, tal como se contiene en la *memoria* que en 1625 escribió para Felipe IV. A este propósito vale recordar este párrafo significativo: "Tenga V. M. por el negocio mas importante de su monarquía el hacerse Rey de España; quiero decir, señor, que no se contente V. M. con ser el Rey de Portugal, de Aragon, de Valencia, conde de Barcelona, sino que trabaje y piense, con consejo mundano y secreto, por adueir estos reinos de que se compone España'' 19.

Mas si es cierto que programa un insensible fusionismo entre los antiguos reinos, que había de iniciarse con la designación para el desempeño de los altos puestos de su administración de las personas más significativas sin distinguir su naturaleza, también lo es que al referirse a la América en la misma *memoria* no la considera distinta de Castilla, por lo que en su caso no se trataría de innovar nada: "He dicho a V. M. por mayor lo que conviene a estos reinos de España —todos los viejos reinos— y por *parecerme casi uno en Castilla el gobierno de las Indias Occidentales*, omitiré aquí lo que se me ofrece". Por consiguiente, ni siquiera trata de un problema cuestionable para las Indias son para el conde-duque, como es cierto, reinos *casi* unos con Castilla, por lo que el desempeño de funciones en una y otra parte por naturales de cada una, sin tener necesidad de tomar en cuenta el lugar de nacimiento, no era cuestión.

Esta forma de *casi uno* la vemos no sólo en los antecedentes ya señalados sino que, como consecuencia de ella, es posible, sin necesitar

18 *Archivo General de la Nación*, México. Reales Cédulas, vol. I, exp. 140, fol. 254. Descamos dejar aquí constancia de nuestro agradecimiento a la cooperación que nos brindó el director de este establecimiento, Dr. Ignacio J. Rubio Mañé en las investigaciones que en él realizamos, gracias a su ayuda, en 1962.

19 Este texto de la llamada Instrucción del Conde-duque está reiteradamente publicado. Como lugar más fácilmente accesible citamos el apéndice 16 de la obra de GREGORIO MARAÑÓN, *El Conde-duque de Olivares (la pasión de mandar)*. Madrid, Espasa-Calpe, 1936, págs. 425-431.

ninguna reestructuración, la concesión de asientos en cortes a los procuradores de los nuevos reinos. Una medida semejante hubiera sido impracticable para los reinos de la corona de Aragón, sin haber desmontado antes su sustantividad (como se haría después en época de Felipe V). El que se dispusiera ahora tal llamamiento para Indias sin el menor inconveniente sirve para comprender que sus reinos eran considerados como nominativos y de acesión, tal como los de Sevilla o Murcia.

Si contemplamos aisladamente el texto de la cédula dirigida al marqués de Cadereyta que hemos transcrito, llegaríamos a conclusiones que forzosamente, conducirían a una idea de singularidad, para ver limitada la resolución a un intento exactivo con el que se empareja una insospechada innovación que afecta a las Indias. Mas en este examen aislado correríamos el riesgo de admitir como única una fórmula que puede no serlo y para evitarlo debemos establecer el texto en función de las circunstancias que están actuando sobre las cortes en la misma época. Sólo así estaremos en condiciones de comprender que no se trata ni de una singularidad ni de una resolución que modifica el *status* existente. En efecto, si anteriormente vimos que la no concesión de asiento en cortes de Castilla a las ciudades indianas, era un fenómeno que tenía también su paralelo en la misma actitud para las demás ciudades castellanas privadas del llamamiento, ahora podremos ver igualmente que estas concesiones se emparejan con otras que por análoga vía se otorgan o gestionan con distintas ciudades de la península. A una política de limitación del privilegio sucede, pues otra, en la que, una vez que se rompe el *numerus clausus* en Castilla, se abre análoga posibilidad para las Indias.

Esta nueva realidad arranca de los últimos años del siglo XVI, cuando se introducen determinadas modificaciones que van a determinar un vivo interés en las ciudades castellanas por tener asiento en cortes, que antes no había sentido. El punto de partida está en el desastre de la armada invencible, que obligó a Felipe II a buscar rápidamente recursos económicos extraordinarios para poder sostener la guerra en el mar. Así nació el nuevo *servicio de millones*, título de urgencia y por una sola vez, aunque luego las crecientes necesidades impusieran su repetición. Este servicio económico tiene para nuestro caso una importancia decisiva, puesto que permite a las ciudades con voto en cortes disfrutar de un beneficio en el reparto del donativo ya que se dispone que "pueda la tal ciudad [con asiento en cortes] nombrar

las personas y ejecutores, para que con vara de justicia vayan a ejecutar y cobrar lo que los pueblos debieren"<sup>20</sup>. Cada población, según el acuerdo al que se llegó, quedaba en libertad de resolver sobre el medio de recaudar la parte que pudiera corresponderla, pero por cédula real se dispuso que el sistema al que recurrieran había de someterse a la aprobación de la ciudad con voto en cortes que la representara, con lo que ésta adquiriría una supremacía innegable.

Por añadidura, los procuradores no sólo actuaban como receptores, sino que quedaba resuelto que habían de percibir como salario quince maravedís al millar, es decir un 1,5 %<sup>21</sup> y, además, se les otorgó una gratificación especial de 60.000 ducados, a distribuir entre ellos<sup>22</sup>. Así se comprende el interés que ahora, más que antes, se pondrá en poder ser procurador y las pugnas que llegan a suscitarse en las ciudades con voto para lograr los aspirantes entrar en las *suertes*<sup>23</sup>. Domínguez Ortiz, que examinó las apetencias que se desencadenaron, se fijó agudamente en esta ventaja remunerativa, así como en la participación del 1,5 % concedida a los procuradores, además de los premios en hábitos y cargos, como uno de tantos factores que contribuyen a suavizar las resistencias al otorgamiento de subsidios<sup>24</sup>.

Mas, paralelamente, se desataba también el interés de las ciudades castellanas por tener asiento en cortes, pues si desde la Edad Media muchas de ellas habían dejado de enviar sus procuradores por los gastos que se derivaban —hasta extinguirse su representación—, en el siglo XVII pondrán todo su empeño en recuperar o ganar el privilegio, pues

<sup>20</sup> *Actas de las Cortes de Castilla*. Madrid, 1861-1929, vol. XI, pág. 339; se repitió sucesivamente, vol. XIV, pág. 232.

<sup>21</sup> *Archivo General de Simancas*, Contaduría Mayor de Cuentas, 2ª época, leg. 304.

<sup>22</sup> *Actas* [20], tom. XI, 347-348.

<sup>23</sup> En Murcia, por ejemplo, donde según era normal sólo insaculaban los nombres de los regidores, intentarían los jurados poder también participar, por lo que ofrecen al Consejo de Hacienda, para conseguirlo, un donativo de 10.000 ducados (*Actas* [20], tom. XIII, pág. 257). MODESTO ULLUOA, *La Hacienda Real de Castilla en el reinado de Felipe II*. Roma, 1966, pág. 41, hace referencia al caso, al tratar de las diferentes formas de designación que hubo en algunas ciudades y supone que estos no llegaron a conseguir su intento.

<sup>24</sup> ANTONIO DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Concesiones de votos en Cortes a ciudades castellanas en el siglo XVII*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1961, 175-186. La valiosa aportación que supone este estudio nos llevó a desarrollar alguna de sus conclusiones en otro trabajo de carácter complementario: DEMETRIO RAMOS, *El origen de las provincias y su relación con la evolución de las Cortes*, contenido en el vol. *La Provincia, dimensiones histórica y política*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación provincial, 1966, págs. 27-37.

—escribe Domínguez Ortiz— “se percataban de que no sólo perdían una copiosa fuente de ingresos para sus regidores, sino que habían caído bajo la potestad de las ciudades que hablaban por ellas. Lo que en el siglo XVI parecía ser un mero rango honorífico, se encontró transformado en el siguiente en una potestad jurisdiccional en cuanto a la recaudación de tributos”<sup>25</sup>.

Si antes ciertamente, ya se inició la pugna contra el *numerus clausus* de los asientos en cortes, especialmente por Galicia, que incluso en 1557 llegó a ofrecer un donativo de 20.000 ducados al fisco para volver a gozar de representación propia<sup>26</sup> puede calcularse como se redoblarán los esfuerzos ante los nuevos efectos. Así, por ejemplo, en 1607, Ecija reivindica sus derechos de llamamiento a cortes, reclamando contra el uso de hablar por ella Sevilla y, sobre todo, por administrar ésta el servicio en su partido. Otro tanto hizo y repitió Santiago, respecto a Zamora.

A esta presión, se opondrá, naturalmente, el interés de las ciudades que poseían asiento, para mantener su exclusiva. No obstante, la corona no se cerró a tales deseos, aunque en la práctica las concesiones fueran muy limitadas. En efecto, gracias al conde de Gondomar y a la intercesión de fray Antonio de Sotomayor, confesor del rey Felipe IV, otorga, por provisión del 15 de octubre de 1623, asiento a Galicia, aunque este fuera plural y rotatorio. Dado caso que en Galicia se reunían juntas del reino —análogas en cierto modo, a los congresos previstos para las Indias— y a las que asistían siete ciudades: Santiago, Coruña, Betanzos, Orense, Mondoñedo, Lugo y Tuy, se resolvió que en cada ocasión fueran procuradores de dos ciudades, por turno, y que a las primeras cortes acudieran Santiago y Betanzos. Tal incorporación se justificó por la posesión del cuerpo del apóstol Santiago, los servicios del reino y, concretamente, por el donativo de 100.000 ducados para construir seis navíos que habían de guardar sus costas<sup>27</sup>.

En las cortes no se promovió abiertamente ninguna protesta contra esta ampliación, pero la resistencia no dejó de manifestarse, pues como en 1608, se defiende la estabilización del número al volver a pedir al

<sup>25</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ [24], pág. 178.

<sup>26</sup> *Archivo General de Simancas*, Consejo y Juntas de Hacienda, leg. 30 antiguo, 20 moderno.

<sup>27</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ [24], pág. 179 y sgts. Es de advertir que aún en las Cortes de Cádiz se mantuvo el sistema de la representación plural de Galicia, pues entre los firmantes de la Constitución de 1812 figura Benito María Mosquera y Lera como “diputado por las siete ciudades del reino de Galicia”.

rey en 1625 que no aumentara en lo sucesivo los asientos en cortes. A ello hubo de acceder, pero el donativo voluntario se convirtió en un precedente para forzar el compromiso años más tarde. En 1635, concretamente, se suscitó igual iniciativa por el principado de Asturias al reivindicar su junta el derecho de asiento, por el disgusto con que veían a León —que hablaba por Asturias en las cortes— administrar el tributo de millones en el principado. Esta es justamente, la fecha de la cédula dirigida al virrey de México, en la cual, como hemos visto, se ofrece la posibilidad del sistema rotatorio, análogo al de Galicia, y también mediante la fórmula del donativo, que igualmente se estudia en Asturias, como se aplicó en el primer caso.

Por consiguiente, el llamamiento para las ciudades indianas sigue exactamente los mismos cauces que los abiertos para los territorios peninsulares, sin más distinción que la de hacer constar expresamente la conveniencia de limitar la asistencia para aquellas cortes en que se jurara príncipe, sin duda en razón de la distancia y quizá para que los gastos de ayuda de costa no pudieran alarmar a las ciudades a las que se brindaba el privilegio. Tal diferencia, según es fácil deducir, no entrañaba distinción, sino que encierra un propósito de marginar temores e inconvenientes. Por lo demás —y esto es lo que define la calidad de la representación—, habían de acudir los procuradores con “sus poderes para tratar de los negocios públicos”.

Algo mucho más importante debe atraer nuestra atención, pues si nos fijamos en el carácter de los territorios peninsulares a quienes se concede asiento en cortes, o con los que se gestiona su otorgamiento —Galicia y Asturias— fácilmente se advierte que ambos poseen un *status* especial, que les distingue del resto, tanto por su categorización, como reino o principado, como por la posesión de unos instrumentos peculiares: las juntas de ciudades, que no poseían los demás. Si recordamos la expresión de la *memoria* del conde-duque de Olivares, al referirse a las Indias, cuando decía que estos reinos eran “*casi uno con Castilla*”, descubrimos que esta es también la naturaleza que caracteriza a Galicia y Asturias. Ciertamente, las Indias no estaban en igual situación jurídico-administrativa, pues si poseían el sistema de juntas de ciudades —que Petit Muñoz demostró existieron en mayor abundancia de lo que se supone—, en cambio estaban administradas por un consejo distinto, con lo que no cabe la plena equiparación con Galicia y Asturias. Pero con todo, lo que nos resulta evidente es su distinto grado en ese ser “*casi uno*”: como resultado de un pasado que

se atenúa para estos, y como resultado de un presente que se acrecienta para los reinos indianos, ya que aún están en plena construcción.

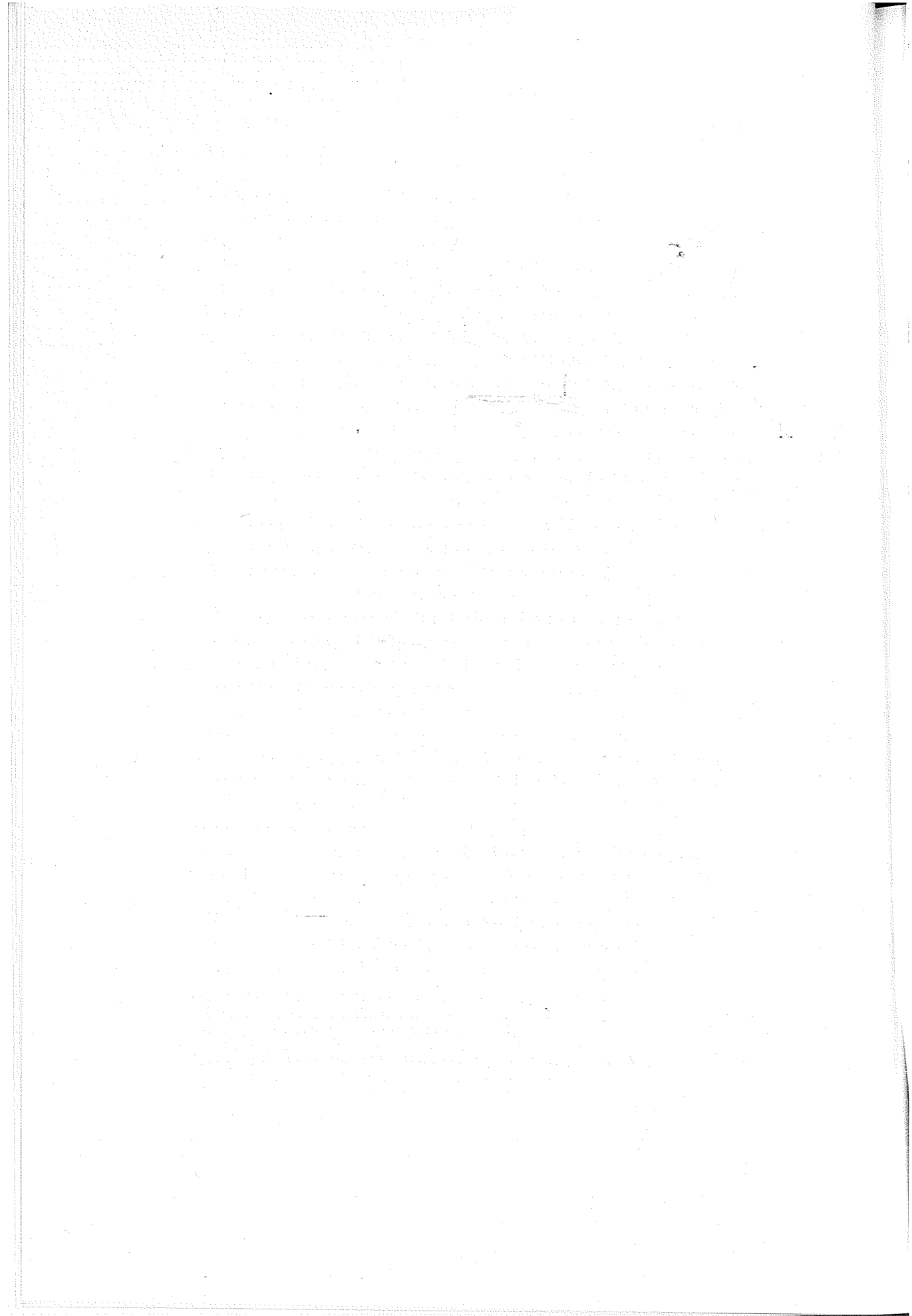
De esto puede deducirse que si primitivamente fueron llamadas a cortes todas las ciudades del reino de Castilla, y luego, a partir de las conquistas al sur de la Sierra Morena, sólo se perpetúan los llamamientos en estos nuevos territorios para las ciudades que en ellos se consideraban cabezas de reino —Jaén, Córdoba, Sevilla, Granada—, ahora en este momento del siglo XVII los nuevos otorgamientos parecen destinados únicamente a aquellos territorios que poseyeran un carácter de “casi uno con Castilla”. Tal sucede con Galicia y Asturias y tal se dispone, por consiguiente, con los indianos, al menos —por lo que conocemos— para los que se citan en la cédula dirigida al virrey de México, para los cuales, como en el caso de Galicia, se prevé también no una asistencia general, sino turnante.

He aquí, como al mismo tiempo que se nos define la igualdad de derecho y la unidad con la corona de Castilla, esta unidad no resulta incompatible con el carácter específico de reinos que los territorios indianos poseían.

Cierto que en años sucesivos, dentro de la península, se concedieron nuevos asientos en cortes que parecen desdibujar este esquema; pero antes de llegar a ninguna apreciación precipitada, debe tenerse en cuenta que de los dos que se otorgan, uno el que se concede a Palencia en 1660, se apoya en haberle poseído antiguamente, y el otro, el de Extremadura, sustanciado en 1653, tiene también carácter plural, para que Badajoz, Mérida, Trujillo, Cáceres y Alcantara, se turnaran dos a dos en cada convocatoria, en lo que podemos ver no sólo el otorgamiento de asientos simplemente, sino también una categorización de reino<sup>28</sup>. Lo mismo podía suceder para las Indias, como se dio en el siglo XVIII, al promocionar distintos territorios a la categoría virreinal.

He aquí pues, no sólo un testimonio de concesión de asiento en cortes para las ciudades de Indias, sino también un texto que sirve para definir más justamente el carácter de los nuevos reinos en su relación con la corona de Castilla.

<sup>28</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ se fija en este caso, como en el de Galicia, calificando el otorgamiento de asiento plural únicamente como resultado de las dificultades para contribuir aisladamente cada ciudad con el donativo pertinente. Creemos, sin embargo, que la razón está en el fundamento de representación territorial que quería darse a las nuevas concesiones, tal como se ve, bien claramente, en el texto de la cédula de México, como si se tratara de un criterio modernizante frente al localismo medieval.





## INFORMES

---

### LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Aunque el tema ya ha sido abordado con anterioridad (véase, entre otros trabajos, los publicados en el número 10 de esta *Revista*), parece oportuno recordar someramente los aspectos más salientes de la enseñanza del derecho indiano en nuestra Facultad. Desde la creación de la cátedra de Introducción al Derecho, en 1875, los profesores que se sucedieron en la misma (Juan José Montes de Oca, Manuel Augusto Montes de Oca, Juan Agustín García y Carlos Octavio Bunge), se ocuparon de incluir en los respectivos programas varias bolillas dedicadas a la historia externa del derecho argentino, abordando distintos aspectos del derecho indiano.

La incorporación de Ricardo Levene a esta cátedra, como profesor suplente en 1912 y como titular en 1918, señaló un hecho auspicioso pues promovió, con incansable actividad estos estudios, en el terreno de la investigación, reflejándose de inmediato sus resultados en la enseñanza impartida. En este sentido, su obra *Introducción a la historia del derecho indiano* (1924), marca la iniciación de una etapa fructífera, que habría de concretarse más tarde con nuevas obras y monografías del maestro y de sus discípulos.

Levene continuó hasta su muerte (1959) al frente de la cátedra de Introducción al Derecho en donde prosiguió enseñándose el derecho indiano, aunque ya desde mucho tiempo antes su aspiración era la creación de una cátedra dedicada exclusivamente a la enseñanza de la historia jurídica argentina. Esta idea sólo se concretó en el plan de estudios aprobado en 1961 (ver n° 13 de esta *Revista*, pág. 205), que incluye en el quinto año de la carrera de abogacía la materia *Historia del Derecho Argentino*. La nueva cátedra, que funciona a partir de 1965 a cargo del doctor Ricardo Zorraquín Becú, no sólo permite una mayor intensificación de los estudios de derecho indiano sino también profundizar algunos de sus aspectos, teniendo en cuenta el grado de los conocimientos jurídicos que los estudiantes deben necesariamente poseer en ese momento de su carrera.

La tarea de la cátedra se complementa con la enseñanza e investigación en los cursos de *doctorado*, donde una de las especializaciones es precisamente la *Historia del Derecho*; y en *seminarios* para alumnos de la carrera de abogacía, en los que se los introduce en las técnicas de investigación.

Además en el ciclo de enseñanza básica (curso preparatorio de ingreso a la Facultad), funcionan cuatro cátedras de *Historia de las Instituciones Argentinas* (a cargo de los doctores Estanislao del Campo Wilson, Francisco E. Trusso, Fernando L. Sabsay y Víctor Tau Anzoátegui), en las que, de acuerdo al programa oficial de 1960, se tratan las instituciones indianas en la primera parte del curso, con lo que el estudiante adquiere, ya al iniciar sus estudios universitarios, un concepto básico sobre la evolución institucional.

Este esfuerzo docente unido a la labor del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, permite entrever con renovado optimismo el futuro de los estudios de derecho indiano en esta Facultad.

### FUENTES INEDITAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO INDIANO CONSERVADAS EN LA CIUDAD Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Repeticiones de la administración pública e institutos de investigación, han ido editando un conjunto no desdeñable de fuentes relacionadas, directa o indirectamente, con el Derecho Indiano, cuya nómina puede consultarse en el n° 17 de esta *Revista*. Mas los repositorios del país, siguen atesorando una cuantiosa riqueza documental inédita, discretamente organizada y dotada de índices no perfectos, pero sí aceptables, que la hacen accesible al investigador. Los dos principales repositorios donde se conserva esa documentación, apenas explorada por los historiadores del derecho, son el Archivo General de la Nación y el Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACION. Fundándose en que la "multiplicación de archivos lejos de facilitar el servicio que ellos deben prestar, contribuye sólo a aumentar los costos" y a dificultar el acierto del despacho, el gobierno provincial de Martín Rodríguez, creó en 1821 un Archivo General, destinado a unificar los archivos parciales de las oficinas públicas que fue nacionalizado años más tarde. A los fondos provenientes del antiguo archivo de la Secretaría del Virreynato, que constituyeron el grueso del nuevo organismo, se agregaron entonces papeles del Cabildo, Cámara de Apelaciones, Consulado, Caja Nacional de Fondos, Correos, Contaduría General de la Provincia e Intendencia de Ejército y Policía. Con el correr del tiempo el Archivo General, recibió nuevos aportes por compra o donación y se enriqueció considerablemente con las colecciones de manuscritos pertenecientes a la Biblioteca Nacional y al Museo Histórico Nacional y con sucesivas remisiones del archivo de los tribunales.

El proceso de colonización del Río de la Plata y la tardía creación del Virreynato y de los organismos que completaron su estructura administrativa y judicial, explican que sean relativamente escasos los documentos de los siglos XVI y XVII y que abunden, en cambio, los del siglo XVIII —especialmente a partir de mediados de la centuria— y principios del XIX. Una investigación realizada hace algunos años sobre uno de los virreyes del Río de la Plata, nos permitió comprobar que se conservaba en buen estado, la casi totalidad de los

expedientes tramitados en la época ante las oficinas de la Capital, y que era insignificante lo que podía darse por perdido o trasapelado, salvo la lamentable excepción de los papeles de carácter eclesiástico que, conservados en la curia, desaparecieron en el incendio de 1955.

Sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva, sino de dar sólo una idea de algunos de los materiales que puede encontrar el historiador del Derecho Indiano en el Archivo General de la Nación, destacamos a continuación algunas de sus series.

—Varios cedularios formados en las oficinas públicas o para el uso particular de funcionarios o letrados indianos, constituyen un elenco de legislación metropolitana, que puede ser útil para el investigador local, privado de consultar los insustituibles libros registros del Archivo General de Indias de Sevilla. Además de un catálogo impreso de las cédulas conservadas anteriormente en la Biblioteca Nacional, existe a disposición de los investigadores un catálogo manuscrito en el que el personal técnico del AGN, ha procurado indicar, no solamente la disposiciones reunidas en los cedularios antedichos, sino aun las dispersas en los distintos expedientes. El catálogo se compone de siete volúmenes de "reales cédulas, provisiones y decretos" y de ocho volúmenes de "reales órdenes y comunicaciones" y comprende los años 1437-1813.

—Bandos de gobernadores y virreyes 1741-1809. Existe un índice manuscrito que abarca los aspectos temático, cronológico y onomástico.

—Copiadores de decretos de la Junta Superior de Real Hacienda. La serie comprende 25 legajos y abarca desde 1775 a 1810.

—Copiadores de correspondencia y de informes del Tribunal de Cuentas (1780-1810).

—Sumarios militares (1751-1809).

—Juzgado de bienes de difuntos: 41 legajos (1718-1800).

—Documentación sobre alcabalas, diezmos, aduana de Buenos Aires, Dirección General de Tabacos y Naipes.

—Sucesiones. Los miles de sucesiones incorporadas al AGN, están agrupadas en legajos de acuerdo a la letra inicial del apellido del causante. La serie del AGN carece de índice, pero el investigador puede recurrir previamente a dos claves existentes en el archivo del Palacio de Tribunales, donde anteriormente se conservaba la colección: un fichero por el nombre del causante y libros manuscritos correspondientes a cada letra, dentro de la cual, las sucesiones aparecen indicadas cronológicamente. Naturalmente sería de desear que algún día, estos índices puedan reunirse en el AGN con los legajos a que se refieren.

—Protocolos de escribanos. Los anteriores a 1810 comprenden poco más de 200 volúmenes, ordenados por años, dentro del registro al que corresponden. No existe índice pormenorizado de escrituras, pero un viejo trabajo de José A. Villalonga editado en 1909, puede aún servir de guía para orientar las primeras búsquedas.

—Papeles de tribunales ingresados al Archivo en distintas oportunidades. Comprenden: a) serie de 190 legajos que contienen 3991 expedientes; posee

un índice mecanografiado por orden alfabético del apellido del actor; b) serie de 264 legajos; un índice mecanografiado especifica el contenido de cada legajo; c) serie de expedientes del fuero civil ingresados ultimamente. Según informes proporcionados por la secretaría del AGN, los legajos correspondientes al período anterior a 1810 son 68. El Archivo no ha terminado aún de indizar esta colección, pero pueden consultarse los antiguos índices en carpetas mecanografiadas que se conservan en el Palacio de los Tribunales; d) serie de expedientes comerciales substanciados ante el tribunal del Consulado. Comprende 431 legajos, la mayoría de ellos posteriores a la Independencia. Cuenta con un catálogo mecanografiado que abarca la totalidad de la colección, y Julio César Guillamondegui ha publicado en el t. XXXIII del *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* un índice cronológico-alfabético de las causas seguidas en el Tribunal de Justicia del Consulado de Buenos Aires entre los años 1800 y 1810, existentes en el Archivo General de la Nación.

—Papeles de hacienda. La Sección Contaduría de la División Colonia, conserva una variada documentación: juicios de cuentas, revisitas de indios, propios del Cabildo, etc. procedente de las cajas reales y demás administraciones de real hacienda. Un catálogo mecanografiado, proporciona una idea sumaria del conjunto.

—Entre los documentos ingresados por donaciones o compras, se cuentan algunas obras de interés para los estudios de Derecho Indiano. Mencionaremos como ejemplo el aún inédito *Synthagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Real Patronazgo de las Indias según el orden y método establecido por las Leyes del Reino y Reales Cédulas* del jurista criollo Pedro Vicente Cañete y un buen códice del manual de procedimientos conocido como *Cuadernillo de Gutiérrez*.

ARCHIVO HISTÓRICO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Fue creado en 1925 por iniciativa de Ricardo Levene, quien dirigió la organización de sus fondos procedentes de varias reparticiones públicas de la provincia. La parte de mayor interés para los estudios de Derecho Indiano lo constituye, la documentación de la segunda Audiencia de Buenos Aires, que comprende disposiciones metropolitanas comunicadas a la Audiencia (han sido publicadas por el Archivo), expedientes personales de los integrantes del tribunal, incorporaciones de abogados a la matrícula de la Audiencia, votos consultivos expedidos en el Real Acuerdo, informaciones de pobreza, recursos de fuerza, causas civiles y criminales y el archivo privado de los escribanos de la Real Audiencia Facundo de Prieto y Pulido y Marcelino Calleja Sanz. Cuenta con dos tomos de índice manuseritos y un fichero.

Aunque en los dos archivos mencionados se reúne la mayor parte de la documentación de interés para nuestros estudios existente en la ciudad y provincia de Buenos Aires, podrían también citarse el Museo Mitre, los documentos de cuyo "Archivo Colonial" cuentan con un índice impreso en 1909, el archivo de la Escribanía Mayor de Gobierno de la Provincia de Buenos (La Plata), y algunos repositorios conventuales, parroquiales, universitarios y mu-

nicipales. Algunas informaciones adicionales a las aquí consignadas pueden consultarse en el t. I de Lino Gómez Canedo, *Los Archivos de la Historia de América. Período colonial español*, México, 1961.

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

### LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INDIANO EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA "SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES"

Desde su fundación, en 1958, en la Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", los problemas del Derecho Indiano han integrado la enseñanza y la investigación de las dos cátedras de "Historia de las Instituciones Argentinas", regenteadas por el doctor Ricardo Zorraquín Becú y el suscripto.

Es natural que así sea porque la vigencia de aquel ordenamiento regulador acompaña a la vida del país desde su nacimiento hasta mucho tiempo después de su proclamada independencia. Interesa, pues, señalar en un breve resumen las características de estos cursos.

El análisis histórico jurídico, en ambas cátedras, profundiza en las fuentes legales y consuetudinarias, explicando a este respecto la coordinación del régimen indiano con el hispano castellano, conforme a las previsiones del orden de prelación que caracteriza al sistema, y las que emanan de la delegación de facultades legislativas en órganos locales, a lo largo de un proceso evolutivo que desde la implantación del ordenamiento jurídico se enriquece, en un transcurso secular, por los cuidados de una sabia política que busca siempre la incorporación y trasplante de las instituciones fundamentales de derecho europeo y cristiano a las nacientes sociedades del Nuevo Mundo.

De esta suerte, la incidencia y la trascendencia del Derecho Indiano en la evolución jurídica del país explícense en función del decurso histórico, que comienza en el Río de la Plata en el día inicial de las fundaciones, todas ellas erigidas sobre las bases del Estado Indiano —sentido misional, buena gobernación y justicia— y desarrollados conforme a un sistema de gobierno y administración que va creando formas permanentes de organización. Todo ello, además, valorado no solamente desde el punto de vista de las fuentes sino ahondando en el derecho de las instituciones y su juego vital en relaciones interindividuales y situaciones que el derecho regula.

Especial detenimiento requieren los programas de estudio a la organización y funcionamiento de la justicia durante el período indiano y a como actuaban el orden de procedimientos judiciales. La exploración de archivos de Tribunales ofrece en este aspecto la más interesante tarea formativa para el estudiante. También, y es obvio, los problemas de la Economía, el Comer-

cio y la Real Hacienda, en la característica evolución que acompaña la cambiante política de Austrias y Borbones. De singular significación, y acaso lección entrañable, resulta el análisis de la vida jurídica municipal y la actividad de los Cabildos, que asumió tanta importancia en la vida política argentina cuando llegó la hora de la independencia nacional.

Por fin, el estudio pormenorizado de la cultura jurídica en que nutren las normas del Derecho Indiano desde sus orígenes, muestra los fundamentos de derecho natural que exhiben las obras de teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII. Y la aparición de cambiantes influencias determinadas por el auge del despotismo ilustrado y los políticos y economistas del XVIII. En este sector cultural del estudio de la época indiana, alcanza interés la enseñanza del derecho en América y los estudios universitarios de Charcas y Córdoba.

SAMUEL W. MEDRANO

#### INFORME SOBRE LA ENSEÑANZA E INVESTIGACION DEL DERECHO INDIANO EN LA UNIVERSIDAD DEL SALVADOR (BUENOS AIRES)

En la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales la enseñanza de la Historia del Derecho, es impartida en una sola cátedra en el 5° y último año de estudios de la escuela de Abogacía. Fue fundada en el año 1962 y su primer profesor titular fue el Dr. Eduardo Elguera. Adjunto, el suscripto. Desde 1963 y hasta el presente, la cátedra estuvo a cargo del suscripto. Como auxiliar de cátedra, se desempeña la Dra. Lidia Bossetti.

La enseñanza se imparte en clases magistrales a cargo de los profesores y en mesas redondas o coloquios, bajo la dirección del Centro de Estudios de Historia del Derecho Argentino (C.E.D.A.), creado por resolución de fecha 9 de mayo de 1963.

Actualmente el Centro ha sido dividido en dos grandes Departamentos:

- a) Departamento Seminario, a través del cual, cumplen con la obligación docente respectiva, los alumnos que cursan el quinto año de abogacía. El alumnado ha sido dividido en ocho comisiones compuestas de no más de diez alumnos por cada una y cuya jefatura ejercen dos abogados egresados de la misma facultad, respetando para su prelación la antigüedad de su título.

A cada comisión se le ha señalado un tema especial sobre Derecho Indiano, sobre el cual deben realizar una investigación, dirigida por los encargados de la comisión y cuyos resultados parciales, se vuelcan en sendas fichas, que una vez clasificadas, quedan en poder del centro. En reuniones semanales va dando cuenta cada alumno de la marcha de sus estudios, recibiendo nuevas instrucciones sobre la orientación que debe imprimirle. Al final del año lectivo deben presentar una mo-

nografía escrita que clasificada por el titular de la cátedra, resulta eliminatoria para el examen anual.

- b) Departamento de Investigaciones. Está formado por alumnos del ingreso y los diversos cursos de la Escuela de Abogacía, que voluntariamente se han anotado en el mismo. Actualmente trabajan en un estudio cuyo plan de desarrollo se ha calculado en tres años, referidos a la actuación pública del Dr. Victorino de la Plaza. Las tareas de este primer año se concretan a situar y glosar las fuentes de información que se encuentren en los siguientes lugares: Archivo General de la Nación; Archivo General de Tribunales; Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores; Biblioteca Nacional y Biblioteca del Congreso. En cada uno de estos repositorios, se desempeña una comisión a cargo también de un egresado de la facultad y de un alumno de cuarto año. Los elementos que se van encontrando se vuelcan en fichas que una vez seleccionadas, servirán para obtener los testimonios de documentos, cuya importancia así lo aconsejan.

Una última comisión trabaja en la Biblioteca del Banco Central de la República Argentina, fichando toda obra bibliográfica que se refiere a la actuación del Dr. de la Plaza como ministro de Hacienda y como agente financiero de la República en Londres. Se contempla para el año entrante, la estada en Londres de un delegado permanente del centro, que realice las comprobaciones documentales necesarias en los archivos del Ministerio de Relaciones Exteriores inglés.

*Razones para un programa de Historia del Derecho Argentino*

Un programa de enseñanza no es una lista de tópicos sobre la asignatura a que se refiere. Tampoco es muestra de erudición de quien lo confeccionó; ni mucho menos, demostración de la amplitud librea asignada a la materia.

Un programa de enseñanza es la relación circunstanciada y doctrinaria de la asignatura a la medida y con el enfoque que le adjudica la cátedra, adaptándola asimismo, a las posibilidades de su completa y radical aprehensión por las mentes a quienes se dedica.

Y ello importa para el profesor, toda una demostración de su esquema doctrinario, resuelto luego del juego de sus múltiples conocimientos y su propia experiencia vital.

De otra manera la distancia inicial entre profesor y alumnos se agiganta durante el curso y lo que debiera ser diálogo y enseñanza, se convierte en monólogo y sacrificio.

Precisamente lo que caracteriza el magisterio (de magister), es la "paternidad" que implica esta enseñanza, que deberá ser "conducción y formación" y no "erudición y ponderación".

Todo ese conjunto de ideas, me permite intentar la mención de las razones que me asistieron para la confección del programa de Historia del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador de Buenos Aires, cuya cátedra desempeño desde 1962.

La historia es el conocimiento del pasado humano, para explicarlo, ordenar sus variadas estructuras, discernir las razones de sus cambios y juzgarlos con arreglo a ideales superiores y permanentes <sup>1</sup>.

Pero también la historia no es el modo histórico de conocer la realidad, sino el modo de conocer la realidad histórica <sup>2</sup>.

En la historia, el tiempo no es mera magnitud que se aplica a los hechos, sino una parte constitutiva de los hechos mismos y por lo tanto, inseparable de ellos <sup>3</sup>.

De allí, que lo histórico sea la sustantivación de la conducta específicamente humana en el tiempo.

El Derecho es la norma coercible que rige nuestra convivencia social, o de otra manera, "la ordenación de la vida social con fuerza vinculante" <sup>4</sup>.

De esta manera nos resulta fácil y claro, ponderar la distancia que media entre las dos posiciones que se enuncian en estas afirmaciones:

Que la historia del Derecho es parte integrante del dilatado dominio de la historia universal y del campo más circunscripto de la historia de la cultura <sup>5</sup>.

O bien que la historia del Derecho, no debe completar el panorama cultural de cada época, sino la profundización y el conocimiento del Derecho, examinándolo en su dimensión histórica. Es una ciencia jurídica auxiliada por el método histórico <sup>6</sup>.

De cualquier manera que sea y se interprete, existen puntos básicos y fundamentales para hallar alguna conciliación y desbrozar el camino.

El profesor García Gallo dice que en los hechos humanos deben observarse, a la luz de la Historia del Derecho, tres aspectos fundamentales, el primero, referido a la apreciación del hecho en sí, sea éste motivado o no por el hombre; la valorización de este hecho conforma el segundo aspecto que requiere un análisis personal, cumplido conforme a los elementos que en idioma orteguista, constituyen la "circunstancia" de cada cual y por último, la ordenación o regularización de aquellas situaciones conformadas por la valorización que el hombre ha hecho de ellas.

Este último aspecto, es el que constituye lo *propriamente jurídico* de las situaciones sociales que llamamos *instituciones*.

Parecería pues que el estudio de estos ordenamientos, ya sean formulados o no, a través del tiempo constituiría el solo y definido objeto de la Historia del Derecho.

Pero aislar este aspecto, se nos aparece como una imposibilidad formal que de solucionarse traería al estudioso —jurista o historiador—, una forma

<sup>1</sup> RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1966.

<sup>2</sup> MANUEL GARCÍA MORENTE, *Ideas para una Filosofía de la Historia de España*, Madrid, 1917, p. 217.

<sup>3</sup> JORGE LUIS CASSANI Y A. J. PÉREZ AMUCHÁSTEGUI, *¿Qué es Historia?*, Buenos Aires, 1964, p. 20.

<sup>4</sup> ALFONSO GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1959, t. I, p. 1.

<sup>5</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *op. cit.*, p. 23 citando a R. Levene.

<sup>6</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, *op. cit.*, p. 23 citando a García Gallo.



sin materia. Y esta afirmación es valedera aún para las posiciones más avanzadas de las tesis que campean en la orientación dogmática de la Historia del Derecho.

Un hecho social, valorizado incluso, pero sin ordenamiento, no tiene en modo alguno jerarquía de objeto de estudio dentro de la Historia del Derecho, a cuyo ámbito podrá ingresar sólo una vez que haya recibido el ordenamiento, que al sistematizarlo, lo proyecte como institución.

Todo esto significa a mi entender, que el ordenamiento del hecho es causa, que no consecuencia de la institución, que no adviene tal hasta estar ordenado. Y si esta operación es causa, está ínsita en la propia naturaleza de la institución.

Tales premisas definen la imposibilidad de dicotomizar la institución para estudiar un solo aspecto de su constitución.

De allí que pensemos lógicamente que la Historia del Derecho, está más cerca de lo que dice el profesor Zorraquín Becú <sup>7</sup>, cuando delimita meridiana-mente el papel del jurista, en cuanto analiza normas e instituciones desde un punto de vista lógico, mientras el historiador del Derecho las percibe evolutivamente, investigando sus orígenes, sus cambios y sus estructuras pretéritas. De la misma manera que la ciencia jurídica <sup>8</sup>, aspira a realizar la exégesis y comparación de las normas, para llegar a un encadenamiento racional y a las construcciones que las reúnen, y la Historia del Derecho trata de conocer cómo ha sido un sistema en tiempos anteriores, para ver cómo funcionó, cuales fueron sus transformaciones y de que manera resolvió los problemas de la convivencia humana.

Debe pues la Historia del Derecho estudiarse en su doble aspecto, con criterio histórico, hecho humano, en el tiempo, trascendente, pero con método jurídico, ordenamiento recto, coerción.

Así obviaremos también el inconveniente doctrinario y filosófico de juzgar, ponderar a la institución pretérita con criterio actual y a la luz de la convivencia de siglos posteriores a su acaecimiento.

Dentro de tales extremos, hemos elaborado el programa que acompañamos, cuyas razones se van dando a lo largo de esta memoria.

Nuestra experiencia en la cátedra nos ha demostrado hasta hoy que resulta indispensable a los estudiantes, algún esquema histórico-cronológico, a cuyo compás puedan ir captando los distintos ordenamientos jurídicos y apreciar así las innumerables y distintas soluciones aportadas a los problemas de la convivencia social en las diversas épocas.

Sólo me resta agregar que la enseñanza propugnada en el programa a que me estoy refiriendo, exige una complementación práctica contemporánea a su desarrollo cumplida en tareas primordialmente de investigación, para las cuales ha de privar en forma eminente, el criterio jurídico-institucional; aún con detrimento del método histórico.

<sup>7</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, op. cit., p. 25.

<sup>8</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, op. cit., p. 25.

Es evidente que la Historia del Derecho de cada país, variará los programas de su enseñanza en función de las peculiaridades nacionales. Pero afortunadamente, estas circunstancias no juegan para España y nuestras queridas patrias americanas.

Toda Hispanoamérica que reconoce un tronco común, tiene como consecuencia un estilo de convivencia social que estratificado o no, revela coordenadas comunes para delinear un esquema único y general para todas, en lo que se refiere al nacimiento, realización, posterior evolución del Derecho que rigió.

Para alcanzar una adecuada finalidad que refleje resultados positivos, será tal vez necesario distinguir etapas en la Historia del Derecho Hispanoamericano.

La primera de ellas comprendería todo lo que va desde los orígenes españoles hasta la primera década del siglo XIX; o sea, la vigencia del Derecho hispánico y del indiano. Los movimientos que desintegraron el imperio, señalan el fin de esta primera etapa.

Dentro de esta división, correspondería también distinguir su primera época que termina a fines del siglo XV con el descubrimiento de América, y la segunda, que se prolonga hasta la emancipación de los distintos reinos.

La segunda etapa está constituida por los derechos locales —patrios o intermedios— de cada país, continuándose hasta la codificación.

Así planteado el problema se aclara doctrinariamente el panorama histórico jurídico que se estudia, dando a una u otra de las divisiones establecidas una mayor importancia en orden a su gravitación en el influjo formativo del Derecho de cada país.

Antes de todo ello, sin embargo, deben darse algunas referencias científicas y dogmáticas de la historia como ciencia o como arte, de la metodología histórica en general. Concepto e idea de la Historia del Derecho en particular, su división y por último, una relación circunstanciada de la historiografía jurídica.

Con ello se establece un conocimiento previo e indispensable de la disciplina que se va a estudiar. Su ubicación en el campo amplio de la historia y su contenido.

Así se está en condiciones de entrar al estudio de los elementos formativos del Derecho en España primitiva.

También lo incluyen en sus programas la cátedra de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, (en adelante I) Bolilla 1º; la misma cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, (en adelante II) Bolilla 1º y 2º; la cátedra de Historia del Derecho español de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, (en adelante III), Bolilla 1º; la cátedra de Historia del Derecho Español de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, (en adelante IV), Bolillas 1º, 2º y 3º y la cátedra de Historia de las Instituciones Argentinas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, (en adelante V) Bolilla 1º.

Los orígenes del Derecho español; sus elementos formativos y el asentamiento durante la España romana, resultan elementos que deben conocerse. Para la España visigótica, se ha señalado con más detalle, porque entiendo que la aportación germánica en nuestro derecho, significa las razones de la fijación de sus caracteres peculiares en el posterior Derecho español. Los Concilios Toledanos, la Lex Romana y el Fuero Juzgo deben estudiarse con algún detenimiento. La España musulmana con su ordenamiento jurídico exótico y su configuración social, constituye un elemento que no puede desconocerse. Ello servirá además, para ponderar su poca influencia posterior en el Derecho castellano; circunstancia que resulta significativa frente a las secuencias ancestrales en los demás campos de la ciencia y el arte.

Para los Reyes Católicos; la monarquía castellana; las cortes y el fundamento del poder real, ha dejado el programa que se glosa un capítulo especial. Se ha pensado que esta etapa de la Historia del Derecho argentino, tiene especial significación, porque los ordenamientos sancionados durante ella han significado una uniformidad institucional, que la diversidad de la legislación foral nacida sin el perjuicio de aquella, permite concluir similares soluciones a problemas vivenciales surgidos durante la guerra de reconquista, en iguales términos, con similares fines y equivalente permanencia. El estudio de las cortes, su significación y funcionamiento merecen especial atención de la cátedra.

Lo traen I, B. 2º; II, B. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, y 8º; III, B. 2º, 3º, 4º y 5º; IV, B. 5º, 6º, 7º, 8º y 9º; V. B. 2º y 3º.

Aquí terminamos la primera parte de la etapa que hemos señalado más arriba.

La segunda parte de la primera etapa en que hemos dividido la Historia del Derecho Hispanoamericano, comienza con el descubrimiento de América que al decuplicar el ámbito de vigencia del Derecho de ese momento, exige la creación de nuevos ordenamientos jurídicos que constituyen prístinos antecedentes de todos los derechos patrios hispanoamericanos.

Por lo demás, la aparición del natural como sujeto jurídico, provoca una única y genuina revisión de todos los ordenamientos metropolitanos sancionados hasta ese momento y aún después de los primeros ensayos americanos.

Todo el siglo XVI español, está colmado de una grandeza que supera los límites del oro que lo señala. Es el siglo de los justos títulos, cuya polémica no tiene parangón en toda la historia universal. Las Casas, Sepúlveda, Vitoria y Solórzano, tienen en este programa su legítimo y adecuado lugar.

A partir de la solución del problema filosófico jurídico, el derecho peculiar de América tiene su formulación clara y terminante.

Se ha pensado entonces, que lo prudente era proceder a su estudio en orden a la clasificación actual de las distintas ramas del Derecho. Esta circunstancia no contradice en modo alguno, las líneas doctrinarias expuestas al comienzo. Sólo se pretende entregar al estudiante el ordenamiento jurídico indiano, correlacionado con la nomenclatura jurídica actual que le es conocida.

Para el estudio del Derecho indiano, no se ha reparado en la división de su

esfera de aplicación pública o privada, porque se entiende que su estudio ha de ser integral.

Las recopilaciones indianas, y el Estado español en América inician este estudio.

El Derecho Público eclesiástico; el Derecho Político y Administrativo bajo los Austrias; el Derecho Municipal indiano; la Organización Judicial en Indias; el Derecho Económico y Financiero indiano y el Régimen Comercial son temas que ocupan sendas y detenidas lecciones.

El Derecho del Trabajo indiano y la condición social del indio forman capítulo aparte. El Derecho Procesal con los Juicios de Residencia terminan el capítulo.

Las reformas del siglo XVIII y su enorme secuencia en todos los órdenes, se estudian con especial detenimiento, referido a las modificaciones en toda la ideología política que preside la actuación de los Borbones.

El estudio definitivo del Derecho indiano, se concluye con la minuciosa revista de su esfera privada: personas, familia, matrimonio, filiación, el Derecho de sucesión, mayorazgos y vinculaciones, bienes de difuntos y testamentos.

El Derecho de las obligaciones, locación de servicios y el Derecho de propiedad, servidumbres, terminan este capítulo que la cátedra valora en toda su importancia histórico-jurídica.

Aquí termina la primera etapa que hemos señalado para la Historia del Derecho y también termina aquí el común estudio del Derecho hispanoamericano.

Todo lo que continúa del programa, está referido al Derecho patrio y se extiende desde 1810 hasta 1870, que para nuestro país inicia el período de codificación.

Una superposición de tópicos se produce en nuestras Facultades al estudiar el Derecho patrio público a través de los múltiples ensayos constitucionales y el Derecho patrio privado que ha seguido, en esta época, las líneas australes castellanas.

Un somero estudio sobre las universidades, cuyos principales juriscultos terminan el Programa.

La extensión de la materia y la diversidad de sus tópicos, me deciden a calificarla de "formativa del abogado", razón por la cual debe estar al final de su carrera y al principio de su vida de abogado.

JORGE E. PIÑERO

### *Programa de Historia del Derecho Argentino*

#### I

- A — Historia - Concepto - Objeto - Sujeto - Ciencias afines y auxiliares - Método.
- B — La Historia del Derecho - Concepto - Método de su estudio - Contenido y caracteres - Disciplinas afines y auxiliares.

- C — Relaciones entre la Historia y el Derecho - División de la Historia del Derecho - Externa - Interna - General - Especial.
- D — Historia de la historiografía Jurídica - España - América - Argentina Autores - Obras.

II

- A — Orígenes del Derecho en la Península Ibérica - Elementos formativos.
- B — La España Romana - Fuentes del Derecho en esta época - El asentamiento.
- C — La España Visigótica - Las culturas romanas y germanas - La unificación - San Isidoro - Los Concilios - La monarquía - Godos e Hispanorromanos - Lex Romana Visigotorum - Fuero Juzgo.
- D — La España Musulmana - Organización del Estado - Las fuentes del Derecho en esta época - La composición social.

III

- A — La Reconquista - La repoblación - Fuentes del derecho - Liber Iudiciorum - Albedrío - Fueros - Cartas pueblas - Las cortes - Los Municipios.
- B — El Derecho Aragonés - Fuentes - Características - El Consulado del mar. El Justicia - Fueros.
- C — El Derecho Castellano - Alfonso el Sabio y su obra jurídica - Las Partidas - Contenido - Las fuentes del Derecho en esta época - Recepción del derecho romano justiniano: la escuela de los glosadores.
- D — El ordenamiento de Acalá - El fuero viejo - Las ordenanzas reales.

IV

- A — Los Reyes Católicos - La unidad política y religiosa - La unidad jurídica - Afianzamiento de la monarquía - Las Leyes de Toro.
- B — La monarquía castellana - La corona - el Rey - El poder real y sus mutaciones - Intervención de las comunidades en el gobierno: las Cortes - El Estado - Fundamento del poder real.
- C — Elementos del derecho castellano en esta época - Prelación de las leyes - La Nueva y la Novísima Recopilación de las leyes.

V

- A — El Derecho Indiano - Su formación - Sus características - Las Capitulaciones: Análisis jurídico-político.
- B — Las Bulas Alejandrinas - Su calificación: antecedentes - El Justo título de dominación de Indias; el problema; su planteo - El poder espiritual y el poder temporal.
- C — Fray Bartolomé de las Casas: su vida y su doctrina - Ginés de Sepúlveda: su tesis - Las Leyes de Burgos - La Junta de Valladolid y las Leyes Nuevas - El Requerimiento.

- D — Fray Francisco de Vitoria: su vida y su doctrina - Las "relecciones" y sus consecuencias - El Dr. Solórzano Pereyra y sus obras.

## VI

- A — Las Recopilaciones del Derecho Indiano - Ovando - Zurita - Encinas - Zorrilla - Aguiar y Acuña - Solórzano - Pinelo - Ayala - La Recopilación de 1680; su análisis y crítica.
- B — El Estado Español en América: sus caracteres - Las primeras penetraciones - El sentido de la pacificación de América.
- C — El Derecho Público Eclesiástico Indiano - El Régio Patronato - La Iglesia en América y su organización - Las Universidades.
- D — El Derecho Político y Administrativo Indiano bajo los Austria - Los Adelantados - Gobernadores - Virreyes - El Consejo de Indias - La Casa de Contratación.

## VII

- A — El Derecho Municipal Indiano; Los Cabildos: origen y desarrollo - Su influencia y desempeño.
- B — La organización judicial en Indias - Las Audiencias: su origen - Su creación en América - Composición y competencia
- C — El Derecho Económico y Financiero en Indias - Las regalías de la Corona - El régimen de tierras - Política agraria - Política monetaria - La minería - La Real Hacienda.
- D — El régimen comercial - Intervención estatal - Los consulados - La Casa de Contratación: competencia y legislación comercial.

## VIII

- A — El Derecho del Trabajo Indiano - Las encomiendas: legislación - El interés fiscal - Los repartimientos - El tributo - La mita - El trabajo en las minas - Los cacicazgos.
- B — Condición social y jurídica del indio - Los negros - La cédula de 1601 y la ordenanza de población de 1573.
- C — El derecho procesal indiano - Las Instituciones político-administrativas con funciones judiciales - Los recursos - Abogados - Eseribanos.
- D — Los juicios de residencia - Los Juzgados especiales - Bienes difuntos - Los fueros: Universitario - Protomedicato - Eclesiástico - Militar - La junta de temporalidades.

## IX

- A — Las reformas del siglo XVIII - Los Borbones en España - Absolutismo y despotismo - La nueva política del Estado español y su repercusión en América.
- B — Las modificaciones impuestas a la legislación - La Real Ordenanza de Intendentes: su análisis - El régimen fiscal - Los impuestos y su percepción - El régimen de las tierras.

- C — El Virreynato del Río de la Plata - Importancia política y jurídica de su creación - La enseñanza del derecho en esta época.

X

- A — El derecho privado en Indias - Las personas y su capacidad - Ciudadanía - extranjería - Vecindad - Ubicación jurídica de la mujer - La familia - Regulación jurídica del matrimonio - Esponsales - Relaciones entre los cónyuges y entre padres e hijos - Libertad de matrimonio - La religión de los cónyuges y sus efectos - Régimen de bienes en el matrimonio - Filiación.
- B — El derecho de sucesión - Concepto de herencia: aceptación - Mayorazgos - Capellanías - Vinculaciones y patronatos - Sucesión ab-intestato - Bienes de Difuntos - Testamento.
- C — El derecho creditorio - Limitación a la capacidad de contratar - Restricciones con respecto al objeto de los contratos - Locación de servicios - Situación de los indios.
- D — El derecho de propiedad - Concepto de cosas - El dominio y los modos de adquirirlo - La posesión y su reglamentación - Las tierras de realengo - La propiedad comunal - Límites al derecho de propiedad - Servidumbres.

XI

- A — El derecho patrio: concepto - Las opiniones de Alberdi y Levene - El derecho intermedio: su carácter.
- B — La Revolución de Mayo y su doctrina jurídica - Los reglamentos del 24 y 28 de Mayo - El Congreso General: objeto - Los Gobiernos Provinciales - La crisis de la 1ª Junta - La Junta Grande y los Triunviratos - Los Estatutos Constitucionales.
- C — La seguridad individual y su tratamiento en los años 1810 y 1811 - La libertad de imprenta - Recursos de segunda suplicación e injusticia notoria.
- D — El reglamento Provisional y el Estatuto Orgánico - Sus disposiciones sobre el Poder Judicial.

XII

- A — El Reglamento de Administración de Justicia de 1812; sus fundamentos y consecuencias - Críticas.
- B — El Tribunal de Bienes Extraños: fundamentos, actuación y modificaciones.
- C — La Asamblea del año XIII: su importancia institucional y su carácter - El Reglamento de Administración de Justicia de 1813 y 1814.
- D — Leyes sancionadas por la Asamblea en orden al derecho público: Nacionalidad y ciudadanía - Incapacidad de extranjeros - Libertad de vientre - Indultos - Los juicios de residencia - Acuñación de moneda - Ordenanzas del Cabildo.

- E — Leyes en orden al derecho privado: Mayorazgos y vinculaciones - Sucesiones transversales - recursos extraordinarios.

## XIII

- A — La Revolución Federal de 1815 - El delito de facción - Las Comisiones especiales: Civil, Militar y de secuestros - El Estatuto de 1815 - La Junta de Observación - El Poder Judicial en el Estado - Los Cabildos y su elección.
- B — El Congreso de 1816 - La declaración de la independencia y su importancia. Labor jurídica del Congreso.
- C — Las comisiones especiales del año 1817 - Excusación de Camaristas.
- D — El Estatuto de 1816 y el Reglamento provisorio de 1817 - Los Alcaldes pedáneos - Garantía de la defensa en causas criminales.

## XIV

- A — La Constitución de 1819 - Sus disposiciones respecto al Poder Judicial - La jurisdicción consular y los jueces de alzada de Provincia - Los alcaldes de Hermandad y de barrio.
- B — El año XX y su significado institucional - La desaparición del poder central y la erección de la Provincia de Buenos Aires. El régimen de pactos interprovinciales.
- C — El Tratado del Pilar - El proceso por alta traición - El gobierno de Sarratea - El reglamento provisorio de 1820 de la provincia de Buenos Aires: el Poder Judicial.
- D — La designación del General Martín Rodríguez - Sus reformas administrativas - Judiciales - Supresión de Cabildos - Departamentos judiciales de la provincia - Jueces de 1ª instancia - Justicia de Paz - Policía de seguridad.
- E — Reformas en materia penal; comercial; rural; del trabajo; procesal; militar y eclesiástica.

## XV

- A — El Congreso de 1824 y sus resoluciones - La ley fundamental y la ley de Presidencia.
- B — La Constitución de 1826; el poder Judicial - La formación del Derecho Internacional Argentino - Los primeros tratados internacionales.
- C — Las reformas judiciales de G. Bellemare - El Gobierno de Lavalle y el Consejo de Estado - Reformas judiciales.

## XVI

- A — El primer gobierno de Rosas - Las facultades extraordinarias y su delegación - Doctrina nacional.
- B — La administración de Justicia - Los asuntos judiciales nacionales - La desintegración del Poder Judicial.



- C — Gobierno de Balearee - Proyecto de constitución y proyecto de administración de Justicia para la Provincia de Buenos Aires del año 1833.
- D — La libertad de prensa y la revolución de los Restauradores - El Patronato Nacional - Los matrimonios mixtos.

XVII

- A — La carta de la "Hacienda de Figueroa" - La suma del poder público: concepto y su forma en los gobiernos de Balearee, Viamonte y Maza.
- B — La dictadura - La suma del Poder Público y su iniciación - Fallos dictados por Rosas en materia de quiebras y en el proceso de Barranca Yaco.
- C — El derecho patrio en las provincias - El bloqueo anglo francés.
- D — Constituciones y reglamentos de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes - El reglamento de Córdoba y La Rioja - Mendoza, San Juan, San Luis y Tucumán - La carta de Santiago del Estero - Salta - Jujuy y Tucumán.

XVIII

- A — El Derecho Patrio en el orden internacional - La política exterior - Francia - Inglaterra - Las Islas Malvinas.
- B — Las cuestiones internacionales con Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay y Brasil - Crisis de la dictadura.
- C — La generación de 1837 - Las ideas políticas y jurídicas de Alberdi, Echeverría, Gutiérrez y Sarmiento.
- D — La enseñanza del derecho - Las universidades de Córdoba y Buenos Aires: sus planes de estudio - Maestros de sus claustros.

XIX

- A — Los grandes jurisconsultos: Manuel Antonio de Castro y la Academia de Jurisprudencia - Dámaso Gigena.
- B — La enseñanza del derecho civil: el Dr. Pedro Somellera - El Dr. Rafael Casagemas - El Dr. Marcelino Ugarte.
- C — La codificación - Antecedentes del Código Civil - La compilación de Don Bernardo Vélez y la Recopilación de de Angelis - El Dr. Vélez Sárfield - Su vida, sus obras, su labor profesional.

XX

- A — Proyectos de Códigos de Comercio y Minería - Sus autores.
- B — Proyectos de Código Penal - El Dr. Carlos Tejedor - El código rural.
- C — La Legislación patria procesal - Antecedentes - El Dr. Manuel A. de Castro y su Manual de Práctica Forense - El Dr. Esteves Sagú y sus Procedimientos Civiles.

BREVE NOTICIA SOBRE ARCHIVOS CORDOBESES CON FONDOS  
DOCUMENTALES PARA UNA INVESTIGACIÓN DE LA  
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Para una labor de investigación del proceso evolutivo del derecho castellano-indiano-argentino y su aplicación en lo que a la provincia de Córdoba se refiere, es menester primeramente un conocimiento de los repositorios que existen en los archivos de la ciudad de Córdoba.

Vamos a intentar en un simple esquema una clasificación de estos archivos y su valoración como fuentes para la investigación de la historia del derecho.

*Archivo Histórico de la provincia de Córdoba*

Podemos afirmar que es el archivo más importante del interior de la República Argentina, no sólo por el número de documentos que obran en sus repositorios, sino también por la calidad y su estado de conservación.

Este archivo se creó por decreto N° 45.978, serie A de fecha 23 de abril de 1941 y organizado por ley N° 3.967 del 26 de diciembre del mismo año.

El art. 2° de la citada ley, establecía que el archivo se formaría con los documentos y expedientes de todas las reparticiones y dependencias de los poderes del Estado provincial, incluso las municipalidades, conservados en los respectivos archivos hasta fines del siglo XIX, y con los fondos documentales de más de cuarenta años de antigüedad y que antes del 31 de enero de cada año le remitieran todas las reparticiones de los poderes públicos provinciales y municipales.

El inc. b, del mismo artículo, se refería a los fondos documentales que fueran adquiridos o donados al Estado y que integrarían también el referido archivo.

Este archivo se ha formado pues, con los fondos del material remitidos por el Archivo de Gobierno de la Provincia, por los papeles de la Contaduría General de la provincia, por los fondos del Consejo General de Educación, del Hospital San Roque y por el Archivo General de Tribunales. Ultimamente recibió la documentación obrante en la policía de la provincia.

Cabe observar que posteriormente sólo el Archivo General de Tribunales, ha seguido enviando anualmente la documentación que cumplía cuarenta años de antigüedad.

De los fondos mencionados, los más importantes son los provenientes del Archivo de Gobierno y del de Tribunales.

Para un estudio de la evolución del derecho público de Córdoba, el fondo más importante juntamente con las actas capitulares conservadas en el Archivo Municipal, es el proveniente del Archivo de Gobierno.

Desde la fundación de la ciudad, 6 de julio de 1573, su distrito integró la gobernación de Tucumán con sede en la ciudad de Santiago del Estero hasta el año 1699 que se trasladó a Salta. Desde 1783 Córdoba fue cabeza de la

Intendencia de Córdoba del Tucumán con los distritos de La Rioja, Mendoza, San Juan y San Luis hasta que se creó la Intendencia de Cuyo en 1813.

Los 304 tomos de este archivo con un índice en 214 hojas (1604-1897), compuesto del número de orden de cada documento en cada tomo, su breve contenido y el número de hojas, forman un acervo documental riquísimo.

Otro fondo documental de extraordinaria importancia es el proveniente del Archivo General de Tribunales. Este archivo se creó en 1882 y pasó a depender de él, toda la documentación guardada por los escribanos, cesando así su función de depositarios.

Es sabido que en la época hispánica hubo en Córdoba cuatro escribanías. Se conserva un considerable número de expedientes judiciales en series casi completas. Hay en ellas una valiosa y amplia fuente documental para estudiar la vida económica y social a través de los pleitos sucesorios, bienes hereditarios, pleitos dotales, cobros de pesos, mercedes de tierras, encomiendas, compra y venta de tierras, solares y esclavos, censos o hipotecas, desalojos, indemnizaciones, etc.

Se puede estudiar también la vida y el trato social entre los conquistadores y los indios, pleitos por violencias e injurias, tutelas, servidumbres, hay importantes datos demográficos, genealógicos, estadísticos, etc.

Para la historia del derecho hay elementos importantes sobre procedimientos judiciales y sobre la aplicación del derecho castellano vigente.

Las escribanías están distribuidas de la siguiente manera: N° 1, 1574-1882, 580 legajos; N° 2, 1581-1882, 234 legajos; N° 3, 1679-1882, 181 legajos; N° 4, 1690-1882, 168 legajos.

Hay también una escribanía de crimen (1664-1882) con 450 legajos. Para los expedientes de las cuatro escribanías existen índices manuscritos y uno mimeografiado. El índice está dividido por escribanía y cada una de éstas, por el orden alfabético del demandante. Cada anotación contiene además del nombre del demandante, el del demandado, una breve indicación del contenido o causa del pleito, el año y la signatura del legajo y expediente. La escribanía de crimen dispone de un índice manuscrito en un tomo (1664-1905).

En esta sección debemos hacer constar la rica colección de protocolos de escribanos. Es sabido la importancia que tenían los escribanos en las ciudades americanas. El mismo día de la fundación de la ciudad de Córdoba (6-VII-1573), el fundador Jerónimo Luis de Cabrera nombró en calidad de escribano a Francisco de Torres, y el 30 de octubre del mismo año a Alonso Suárez de la Cámara como escribano público del número. No se conservan sus protocolos.

Es recién con el escribano público y de cabildo —Juan Pérez Montañés— nombrado el 16 de marzo de 1574 por el nuevo gobernador Gonzalo de Albreu de Figueroa que empieza la serie de escrituras públicas, anotadas en el Registro N° 1 y conservadas de una manera bastante completa.

Está de más insistir sobre el valor extraordinario que tienen estas fuentes documentales para un estudio de la vida de estas regiones en todos sus matices: genealógicos, económicos, social, demográficos, jurídico, cultural a través de los contratos de venta de bienes raíces y muebles, dotes, permutas, cesiones, donaciones, testamentos, codicilos, censos, hipotecas, finanzas, etc.

*Archivos de la Universidad Nacional de Córdoba*

Entre los archivos de la Universidad, dos son los que tienen especial importancia y trascendencia para el estudio e investigación de la historia del derecho: el general de la Universidad (administrativo e histórico) y el archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

A través del Archivo General se puede seguir la vida de la Universidad en sus diversas etapas desde su fundación bajo los auspicios del Obispo del Tucumán Fray Fernando Trejo y Sanabria (1613): La Universidad Jesuítica (1614-1767), del período franciscano (1767-1807), y la Universidad Mayor de San Carlos con sus transformaciones posteriores hasta el presente. Hay dos catálogos publicados con el título: Archivo General. Colección de Documentos, t. 1º (1611-1891) y el 2º (1892-1910). El tercero está en prensa.

Este archivo tiene especial interés para el estudio de la enseñanza de la Universidad; primeramente hasta 1791 en las dos Facultades: La menor o de Artes y la mayor o de Teología, y a partir de 1791, la Facultad de Jurisprudencia. En el siglo XIX se crearon las Facultades de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales y la de Medicina.

En cuanto al Archivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (1871-1953) está encuadernado en 671 tomos.

Otro archivo universitario cuya existencia debemos hacer constar es el del Colegio Nacional de Monserrat, fundado como convictorio por el Pbro. Dr. Ignacio Duarte y Quirós en 1684 y reconocido por Real Cédula de 15 de junio de 1685. Es muy importante para el conocimiento del origen y comportamiento de los antiguos convictores.

*Archivo del Instituto de Estudios Americanistas*

Es otro archivo dependiente de la Universidad Nacional, formado con el acervo documental reunido por el historiador monseñor Pablo Cabrera. Tiene importante documentación sobre asuntos lingüísticos y etnográficos, sobre encomiendas, pleitos de indios, peticiones, visitas, etc. Hay también un material importante para un estudio económico a través de la posesión de la tierra, mercedes, capellanías, etc. En asuntos eclesiásticos hay material valioso sobre oposiciones, visitas diocesanas y reales cédulas sobre el gobierno eclesiástico.

*Archivo Arquidiocesano*

Este archivo tiene también mucha importancia como fuente documental para un estudio de la historia del derecho, sobre todo en asuntos matrimoniales: juicios por esponsales, divorcios y nulidades de matrimonio, proclamas y dispensas, juicios eclesiásticos y criminales, dimisorias para recibir órdenes, visitas canónicas, etc.

Es un archivo muy rico y completo. Es muy antiguo. Recordemos que el Obispado del Tucumán fue erigido por Pío V en 1570 con sede en Santiago del Estero y trasladada a Córdoba en 1699. La Diócesis comprendía hasta

1807: Tarija, Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca, La Rioja, Santiago del Estero y Córdoba.

*Archivos Municipal y del Cabildo Eclesiástico*

Son dos archivos que tienen también su importancia para estos estudios, sobre todo el rico archivo municipal. Hay valiosos elementos de investigación.

ROBERTO I. PEÑA

LA ENSEÑANZA DE LA HISTORIA JURÍDICA INDIANA  
EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE

1. *Finalidad y contenido de la enseñanza histórico jurídica.*

En el plan de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales hay dos cátedras que comprenden secciones destinadas al derecho indiano: la de historia del derecho, en el segundo año y la de historia de las instituciones políticas y sociales de Chile, en el primero. La finalidad de esta enseñanza es perfectamente clara, la de proporcionar a los estudiantes la perspectiva histórica en su formación jurídica, la que es indispensable para evitar un anquilosamiento racionalista a que fácilmente puede conducir el estudio del derecho positivo, en particular el contenido en viejos códigos obsoletos ante la realidad actual; obtener que en sus mentes se adentre la idea de que el derecho es un objeto histórico que, para ser valedero, debe ajustarse a la circunstancia. Como consecuencia de lo anterior, el contenido de la enseñanza, vertido en los programas oficiales, responde a las preguntas ¿cuál fue nuestro derecho en el pasado?, ¿cómo se formó?, ¿cómo fue variando? Para responder a esos interrogantes es indispensable el desarrollo de los tres sistemas jurídicos que forman nuestro pasado, con su continuidad y sus entrecruces: el derecho español y, desde que Castilla existe, el castellano en particular; el derecho indiano, entendido en toda su amplitud, es decir el sistema normativo creado para las Indias, tanto desde la metrópoli como en cada una de las secciones de América, en nuestro caso en el reino de Chile, y no sólo en la forma de la ley, sino que también en la creación jurisprudencial y consuetudinaria, a todo lo que podemos llamar derecho indiano *stricto sensu* y además la presencia respetada en cierta proporción de los sistemas jurídicos indígenas y la aplicación, como supletorio, del derecho castellano. Por último, a partir de la independencia, la historia del derecho nacional.

2. *La cátedra de historia del derecho.*

En la reforma de los planes de estudios de la Facultad realizada en 1902, se estableció en vez de la cátedra de derecho canónico, la de "historia general del derecho, especialmente en sus relaciones con el derecho chileno" y se

dispuso que la dictaría el hasta entonces profesor de derecho canónico, José Eduardo Fabres. En 1906 fue publicado el programa de la nueva cátedra. El contenido de ese programa oficial, el título mismo de la asignatura y el hecho de que el autor de todo ello fue el entonces rector de la Universidad Valentín Letelier, muestra la tendencia, el sociologismo positivista, bajo la cual nació. Efectivamente el programa, dividido en dieciocho capítulos, comprendía las más dispersas materias: sólo en el capítulo XVII, bajo el epígrafe de "derecho español" aparecían algunas menciones a fuentes jurídicas indianas. La realidad del ejercicio de la cátedra, mientras la desempeñó Fabres, hasta 1912, fue una continuidad del tratamiento del derecho canónico, como derecho positivo, con un pequeño agregado que se estudiaba por un opúsculo cuyo autor era el profesor de la Universidad Católica de Chile, Carlos Silva Cotapos, el que, en cuarenta y cuatro páginas impresas desarrollaba en diez capítulos, un panorama histórico, muy aceptable, de la historia del derecho español, con inclusión de algunas menciones de las fuentes indianas. El sucesor de Fabres en la cátedra, Arturo San Cristóbal (1912-1916) dio a la enseñanza un giro distinto, que conocemos a través de su libro de texto (Santiago, 1916, 207 págs.), en que, teniendo como base siempre los planteamientos de los esquemas de evolución de los positivistas, aparece ya el tratamiento, aunque en pequeña escala, de temas de derecho indiano, incluso de instituciones canónicas indianas. A San Cristóbal lo reemplazó Juan Antonio Iribarren, que desempeñó la cátedra por largos años hasta su jubilación en 1954; de formación netamente positivista, como discípulo dilecto de Letelier, pero que, manteniendo sus puntos de vista, dio cabida a algunos planteamientos modernos al dividir su curso en dos secciones separadas que titulaba "sociología jurídica" e "historia de la legislación". La lucha contra el sociologismo, la comienza un nuevo profesor, que es designado en 1932, como paralelo de Iribarren. Es Aníbal Baseañán Valdés, que se había formado en España como discípulo de Rafael Altamira, de Galo Sánchez y de Román Rianza. El trae a nuestra Facultad los conceptos modernos de la materia y da un contenido apropiado a la enseñanza. Esto se advierte en la redacción, en 1934, de un nuevo programa oficial cuyo contenido es una transacción: cuatro de sus nueve capítulos están destinados a los sistemas jurídicos español, indoamericano, hispanoamericano (indiano) y chileno; otros cuatro contienen materias ajenas a nuestro pasado jurídico y temas de introducción con fuerte acento positivista, y uno final está destinado al derecho canónico positivo. En 1948 se creó una tercera cátedra, para la que se designó a Alamiro de Avila Martel, discípulo de Baseañán; entre tanto éste había dado a su enseñanza un contenido directamente encaminado a presentar el pasado jurídico chileno sin prejuicios de escuela. En 1949 se aprobó por la Facultad el programa vigente, que excluyó todas las materias ajenas a la finalidad formativa de la enseñanza y a lo que fue en la realidad nuestro pasado jurídico. Hoy día esa es la orientación de las cátedras que son desempeñadas por los profesores Alamiro de Avila Martel, Jaime Eyzaguirre Gutiérrez y Manuel Salvat Monguillot. La enseñanza se vierte en cinco lecciones por semana; los alumnos están sometidos a tres pruebas en el año, cuyas calificaciones determinan si tienen derecho o no a rendir el examen oral de

fin de curso. Un grupo de alumnos, de las diversas cátedras complementan su formación con tarea activa en un seminario de investigación sobre un tema monográfico: en 1966 se han realizado cinco de esos seminarios con la concurrencia de cerca de cien estudiantes. Ellos versaron sobre: la encomienda indiana, la probidad funcionaria en el período indiano, proyecciones del juicio de residencia indiano en el período patrio, las "leyes de Burgos", y organización administrativa de Chile en 1810. Los tuvieron a su cargo miembros del personal del Seminario de Historia y Filosofía del Derecho.

3. *La cátedra de historia constitucional de Chile y su transformación.*

En 1938 se incorporó al plan de estudios de la Facultad, en el primer año, la cátedra de historia constitucional de Chile y se encargó su desempeño a los profesores Guillermo Feliú Cruz y Eugenio Pereira Salas. El programa contemplaba un capítulo sobre temas de derecho público indiano, centrado en el siglo XVIII. Este año de 1966, esa cátedra se transformó en la de historia de las instituciones políticas y sociales de Chile y el primer capítulo de su programa se titula "La época de la colonización española (1540-1810)", sus apartados se refieren al "medio geográfico y los elementos raciales", a la "organización política y administrativa (gobierno metropolitano y territorial, cabildos)"; a "la sociedad (clases, encomiendas, régimen del trabajo); a la "estructura económica (propiedad territorial, mayorazgos, economía privada y pública)" y a "la cultura (educación)". Profesan esa cátedra, como ordinarios, los profesores Jaime Eyzaguirre Gutiérrez, Belisario Prats González y Julio Heise González y como extraordinario Fernando Campos Harriet. Vale la pena llamar la atención acerca del nuevo método en la enseñanza que se ha puesto en práctica por la Facultad en 1966, comenzando por aplicarse al primer año. El consiste en una división de las obligaciones de los alumnos: de una parte deben asistir a lecciones magistrales, con sus respectivas pruebas de aprovechamiento, al modo tradicional, y de otra deben participar activamente en seminarios, clínicas jurídicas, controles de lecturas y otras pruebas útiles para una formación más intensa. En cada cátedra se ha creado un grupo docente, bajo la dirección de un profesor ordinario. En la cátedra de historia de las instituciones políticas y sociales de Chile, jefe de cuyo grupo es el profesor Jaime Eyzaguirre Gutiérrez, algunos seminarios han versado sobre temas indianos.

ALAMIRO DE AVILA MARTEL

FUENTES DOCUMENTALES PARA EL ESTUDIO DEL  
DERECHO INDIANO EN CHILE

A pesar de la guerra de Arauco y de las frecuentes destrucciones debidas a inundaciones y terremotos, Chile tiene la suerte de conservar en una proporción muy grande sus archivos indianos, los que, en general, están bien

mantenidos y catalogados. A continuación va una noticia sumaria de esos repositorios y de las fuentes publicadas.

#### A. Acervos documentales

##### I. Colecciones que se conservan en el Archivo Nacional.

1) *Archivo de la Real Audiencia de Santiago*. Está compuesto en total de 7.810 piezas que constan del catálogo impreso. Comprende la documentación de este tribunal desde septiembre de 1609 hasta principios de 1817; el grueso de ella lo forman los expedientes judiciales sobre materias de competencia de la Audiencia. Uno de los más importantes cedularios que se conservan está en este archivo. El catálogo está impreso: *Catálogo del Archivo de la Real Audiencia de Santiago*, Santiago, Archivo Nacional, cuatro tomos, 1898, 1903, 1911 y 1942.

2) *Archivo de la Capitanía General*. Comprende 1036 volúmenes que contienen aproximadamente 18.000 documentos de diversos tipos del período indiano. Básicamente está compuesto por causas particulares, expedientes administrativos y correspondencia oficial. Destaca por su importancia la serie de 58 volúmenes de cédulas y reales órdenes. Para su consulta se cuenta con un índice elaborado por José Toribio Medina: *Índice de los documentos existentes en el archivo del Ministerio de lo Interior*, Santiago, Imprenta de la República, 1884.

3) *Archivo de la Contaduría Mayor*. Consta de aproximadamente 8.200 volúmenes que han sido clasificados parcialmente. Los documentos clasificados están separados en tres series: 1ª serie, que comprende 4.827 volúmenes y 2ª serie y serie suplementaria, que en conjunto alcanzan a 3.318 tomos. Cronológicamente este archivo abarca los siglos XVI a XIX inclusive y contiene toda la documentación de las rentas reales, la financiera de los establecimientos de beneficencia, en forma completa la de algunos organismos indianos como la Casa de Moneda y toda la correspondiente a las relaciones financieras de las distintas instituciones indianas con la Contaduría Mayor. Este último aspecto es de gran importancia pues la precisión y detalle de los expedientes permite reconstruir con sus datos lagunas existentes en otros archivos. Cabe destacar en la 2ª serie la existencia de un cedulario. Es necesario advertir que en ciertos casos, especialmente en la 1ª serie, la documentación suele encontrarse dispersa por descuido de los encuadernadores.

La clasificación de la 1ª serie es obra de Teresa Esterio y para su consulta se puede acudir a la reseña que acerca de este archivo publicó en: *Revista chilena de Historia del Derecho*, n° 1, 1959, p. 36 a 50; la de la 2ª serie y de la serie suplementaria fue ejecutada por el Centro de Historia de América de la Universidad de Chile; esa guía no ha sido publicada pero es posible consultarla en un ejemplar mecanografiado, existente en el Archivo Nacional. Falta por hacer una catalogación detallada.

4) *Archivo de Escribanos*. Todos los protocolos notariales del país que tengan ochenta años ingresan al Archivo Nacional. Por este motivo todos los



del período indiano están allí. Cuentan con catálogo publicado los 955 volúmenes de protocolos de los escribanos de Santiago desde el siglo XVI hasta 1800: *Guía para la consulta del Archivo de Escribanos*, Santiago, Archivo Nacional, 3 volúmenes, 1913, 1927, 1930. También hay catálogo publicado de los documentos de ciertos escribanos del sur: *Índice de los protocolos notariales de Valdivia, la Unión, Osorno y Calbuco y alcabala de Chiloé*, Santiago, Archivo Nacional, 1929. Además de la documentación mencionada, en el Archivo Nacional se conserva la correspondiente a los escribanos de los siguientes lugares: Valparaíso, Arica, Casablanca, Cauquenes, Chillán, Combarbalá, Concepción, Coronel, Curicó, Illapel, La Serena, Linares, Los Andes, Los Angeles, Melipilla, Ovalle, Parral, Petorca, Puchacay, Quillota, Quirigüe, Rancagua, Rengo, San Bernardo, San Carlos, San Felipe Tacna, Talca, Tarapacá, Tomé, Vallenar, Vicuña y Yumbel, la que no cuenta con índice o catálogo sino únicamente con inventarios para el uso del personal del Archivo.

5) *Archivos de los cabildos*. En el Archivo Nacional existe documentación de los cabildos de Concepción, La Serena, Quillota, San Felipe y Talca, además de la del de Santiago, 82 volúmenes que incluyen las actas, parte de las cuales se encuentran publicadas según se señala más adelante. No están catalogados como tampoco lo está el resto de los archivos de cabildos antes mencionados con excepción de los de San Felipe y La Serena, cuyos catálogos son de relativa utilidad debido a que la ubicación que en ellos se indica no corresponde a la que tienen los documentos en la actualidad: *Índice del Archivo del Cabildo de La Serena*, por J. E. Peña Villalón, *Anales de la Universidad*, tomo CIV, Santiago, 1899; e *Índice razonado del Archivo del Cabildo de San Felipe*, *Anales de la Universidad*, tomo CVII, Santiago, 1900.

6) *Archivo Fondo Antiguo*. Esta colección cuyo origen es la sección de manuscritos de la Biblioteca Nacional, contiene documentos de variadas materias, reunidas en 134 volúmenes. Para su consulta se cuenta con un índice no publicado que fue elaborado en el Archivo en 1936: *Índice de la Colección Fondo Antiguo*, y con el *Inventario de la Colección Fondo Antiguo en el Archivo Nacional de Santiago de Chile*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1938.

7) *Archivo Fondo Varios*. Comprende alrededor de 900 volúmenes de material muy desperejo, entre el que se cuentan numerosos documentos indios. Existe publicado un catálogo alfabético de nombres de personas y de asuntos: *Catálogo Fondo Varios*, Santiago, Archivo Nacional, 1952.

8) *Archivo de la Universidad de San Felipe*. Comprende 27 volúmenes de documentos universitarios desde el año 1733 hasta 1846 que revisten gran importancia para el conocimiento del estado de los estudios de derecho en el siglo XVIII y comienzos del XIX. Está publicado el *Libro índice de los libros de matrícula, de acuerdos, de exámenes y de colocación de grados*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1898 (por un orden alfabético de nombres y asuntos).

9) *Archivo Eyzaguirre*. Cerca de 50 volúmenes forman este archivo legado al Estado por quién lo formó pacientemente. Existe publicado un índice alfabético: *Catálogo de la colección de manuscritos de D. José Ignacio Víctor Eyzaguirre*, Santiago, Archivo Nacional, 1944.

10) *Archivo de jesuitas del imperio español*. Se compone en total de 453 volúmenes con documentación de los jesuitas de Chile, Argentina, Bogotá, Bolivia, México, Perú, Quito, Venezuela y Filipinas. Del total, 134 volúmenes corresponden a los jesuitas de Chile y abarcan el período comprendido entre los años 1625 a 1814. Esta parte del archivo cuenta con un catálogo publicado que es obra de J. Manuel Frontaura y Arana: *Catálogo de los manuscritos relativos a los antiguos jesuitas de Chile que se custodian en la Biblioteca Nacional*, Santiago, Imprenta Ereilla, 1891.

11) *Archivo judicial*. En este archivo se conservan los expedientes de las causas civiles, criminales y militares del período indiano tanto de Santiago como de provincias. Hay catálogo únicamente de los juicios civiles seguidos en Santiago: Muñoz O., Carlos: *Índice del Archivo Judicial del departamento de Santiago de Chile*, Santiago, 1887-1908, tomos I a III y apéndices I a VIII. Respecto a los demás fondos hay inventarios mecanografiados en el Archivo.

12) *Archivo del Tribunal del Consulado*. Pequeña colección compuesta de 52 volúmenes, la mayor parte de ellos sin clasificar ni numerar. Contiene la documentación correspondiente al consulado chileno desde 1795 hasta 1836 y alguna anterior a la primera fecha señalada: desde 1648, relativa a la diputación de comercio. Varios volúmenes correspondientes al archivo de esta institución se encuentran equivocadamente incluidos en otros fondos. Para su consulta sólo se cuenta con un inventario parcial publicado en: Riveaux Villalobos, Sergio: *La justicia comercial en el Reino de Chile*, Santiago, Estudios de Historia del Derecho Chileno n° 4, Universidad Católica de Chile, 1956, págs. 50 a 53.

13) *Archivo Gay - Morla Vicuña*. La parte correspondiente al archivo Gay, 133 volúmenes, tiene catálogo publicado: *Catálogo del Archivo de Claudio Gay*, Santiago, Archivo Nacional, 1963. El resto, archivo Morla Vicuña, fue catalogado por Marcelo Carnagnani y el catálogo será publicado en un futuro cercano.

14) *Archivo del Tribunal de Minería*. Lo forman 15 volúmenes sin catalogar que contienen la documentación de este organismo desde 1773 hasta 1840.

15) *Archivo de la Inquisición*. Componen este fondo 515 tomos de documentos relativos al comisariato del Santo Oficio de la Inquisición en Chile que abarcan el período comprendido entre los años 1572 hasta 1823. De este archivo sólo existe un inventario.

16) *Archivo Vidal Gormaz*. Consta de 19 volúmenes en los que se encuentra material del período indiano. Tiene índice.

17) *Archivo Vicuña Mackenna*. Entre los 336 volúmenes de documentos conservados en esta sección hay numerosos manuscritos del período indiano, incluso reales cédulas. Está publicado el *Catálogo de la biblioteca i manuscritos de D. Benjamín Vicuña Mackenna*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1886. Además de esta sección del fondo que reseñamos, el Archivo Nacional custodia la correspondencia de Vicuña Mackenna que no está catalogada.

18) *Copias de documentos de archivos españoles. Archivo de Simancas*. Este fondo está constituido por 31 volúmenes de documentos cuyas fechas van desde 1539 hasta 1797. No tiene catálogo.

*Archivo de Indias.* Igual que la anterior esta serie, 31 tomos, está formada por copias del Archivo de Indias de Sevilla del año 1570 hasta 1799. Tampoco cuenta con catálogo.

19) Los fondos que se reseñan ahora son todos de menos volumen y ninguno de ellos se encuentra catalogado, disponiéndose para su consulta y ubicación solamente con los inventarios confeccionados por el personal del Archivo. Posiblemente cuando se haga su catalogación varios de ellos serán absorbidos por alguno de los fondos de mayor importancia.

*Archivos del Tribunal de Cuentas.* Existen 22 volúmenes con informes de esta institución que van desde el año 1743 hasta 1885. Además, hay 12 volúmenes que contienen documentos relacionados con el trámite de toma de razón en el período comprendido entre los años 1760 y 1838.

*Archivo de la Parroquia de Belén.* Está formado por 11 tomos de documentación parroquial.

*Convictorios y Seminarios.* Consta de 7 volúmenes con papeles del Convictorio Carolino, del de San Francisco Javier y otros.

*Contaduría Mayor.* Son 42 volúmenes conteniendo la documentación de toma de razón de la Contaduría Mayor, siendo la fecha inicial 1769.

*Cajas reales y bienes de difuntos.* 9 volúmenes.

*Real Hacienda.* Papeles diversos de la Real Hacienda cuyas fechas abarcan desde 1712 hasta 1812 contenidos en 8 volúmenes. Además, *Decretos, correspondencia, informes de gobierno y hacienda y secuestros.* 11 volúmenes.

Serie de *reales cédulas* desde el año 1609 hasta 1824 contenidas en 12 tomos. También 19 volúmenes con reales provisiones correspondientes a los años 1641 a 1781.

## II. Colecciones que se conservan en secciones de la Biblioteca Nacional.

1) *Colección de documentos inéditos para la historia de Chile desde el viaje de Magallanes hasta la batalla de Maipo.* (1518-1818). Este importante fondo documental, formado por José Toribio Medina, se compone de copias obtenidas en los archivos de Indias de Sevilla y de Simancas y de un apreciable volumen de documentos originales. Acerca de la parte de este archivo que se encuentra publicada nos referimos en la sección B de esta noticia. Físicamente este fondo se mantiene en la Sala Medina de la Biblioteca Nacional y cuenta con el siguiente índice: *Catálogo breve de la biblioteca americana que obsequia a la Nacional de Santiago José Toribio Medina.* Tomo preliminar: *Índice de la colección de documentos inéditos para la historia de Chile,* Santiago, 1930. *Documentos inéditos para la historia de Chile,* tomo I: Santiago, 1928, tomo II: Santiago, 1930, tomo III, documentos originales: Santiago, 1929, tomo IV: Santiago, 1951.

2) *Colección de don Diego Barros Arana.* Se conserva este fondo en la Sala Barros Arana de la Biblioteca Nacional y no cuenta con índice impreso, pero sí con un bien organizado fichero.

### III. Otros fondos documentales.

1) *Archivos parroquiales*. En el territorio nacional hay 72 parroquias que conservan documentación anterior a 1800. El más antiguo de los libros conservados es el n° 1 de bautizos y matrimonios de la parroquia del Sagrario de Santiago, que se inicia en 1584. Estos fondos parroquiales contienen los libros de bautizos, matrimonios, confirmaciones, defunciones, parte de los de cuentas de fábricas y en ciertas parroquias los llamados libros del colector que dan testimonio de los enterramientos efectuados allí. El Instituto Crescente Errázuriz de la Universidad Católica de Valparaíso ha iniciado la tarea de fichar las partidas sacramentales de estos archivos y en el desempeño de esa labor ha alcanzado ya a confeccionar 100.000 fichas. Nuestro Seminario conserva también una pequeña colección de fichas de las partidas de bautizos de la Parroquia de Santa Ana de Santiago.

2) *Archivo del Arzobispado de Santiago*. Este archivo contiene abundante material del período indiano relativo a la Iglesia, pero desgraciadamente, no se lo ha organizado en forma científica lo que, unido a la falta de un catálogo sistemático, dificulta enormemente su consulta. Existen algunos índices manuscritos del siglo pasado que prestan cierta utilidad. Parte de este fondo ha sido publicado por Elías Lizana como se informa más adelante.

3) *Archivos conventuales*. Existen fondos documentales, de diversa importancia en cuanto a su volumen, en los conventos de dominicos, agustinos, franciscanos y mercedarios. Entre estos papeles presentan especial interés los libros de censos y los de cuentas de los respectivos conventos. Los últimos han estado siendo aprovechados precisamente en nuestro seminario para trabajos de investigación sobre precios y costo de la vida en Chile indiano.

### B. Fuentes publicadas

#### I. Las grandes colecciones documentales.

1) *Colección de historiadores de Chile y documentos relativos a la historia nacional*, Santiago, varios editores e imprentas, 1861-1948, LI volúmenes. La compilación estuvo a cargo de Domingo Arteaga Alemparte, Diego Barros Arana, José Toribio Medina y, en la actualidad, de la Sociedad chilena de Historia y Geografía. Entre los documentos publicados destacan los tomos dedicados a reproducir las actas del Cabildo de Santiago y los dos que contienen las mensuras de Ginés de Lillo. Además se contienen las cartas de Pedro de Valdivia al rey y los textos de los más de los cronistas indianos relativos a Chile.

2) *Colección de documentos inéditos para la historia de Chile desde el viaje de Magallanes hasta la batalla de Maipo (1518-1818)*, obra de José Toribio Medina. Se publicaron 30 volúmenes desde 1888 a 1902. Está en actual impresión una segunda serie, a cargo del "Fondo Medina", de ella han aparecido cuatro volúmenes.

3) *Colección de documentos históricos recopilados del archivo del Arzobispado de Santiago*, por Elías Lizana y Pablo Maulén, Santiago, cuatro vo-

lúmenes publicados entre 1919 y 1921. El tomo I contiene cartas de los obispos chilenos al rey entre 1664 y 1814. Los tres restantes son de cedulario —único chileno publicado— con cédulas desde 1548 hasta 1720.

4) *Colección de historiadores i de documentos relativos a la independencia de Chile*, Santiago, varios editores, 40 volúmenes publicados entre 1901 y 1954. La publicación fue iniciada por Enrique Matta Vial y la continuó hasta el tomo 14, luego dirigieron la obra Tomás Thayer Ojeda, Moisés Vargas, Miguel Varas y actualmente Guillermo Feliú Cruz. Contiene los procesos contra Tomás de Figueroa y el que se siguió a Ovalle, Rojas y Vera, la crónica de Mario Torrente y en general documentos históricos desde los años 1808 a 1830.

## II. Revistas que publican documentos.

1) *Revista chilena de Historia y Geografía*. Han aparecido 133 números desde 1911 hasta 1965. Publica corrientemente documentos; podemos mencionar entre ellos los relativos a Pedro de Valdivia, del P. Barriga; a la encomienda en Chile, de Mario Góngora; el censo del Obispado de Concepción.

2) *Revista chilena de Historia del Derecho*. Han aparecido tres números desde 1959 y está en prensa el cuarto. Tiene una sección especial de documentos la que, generalmente, está dedicada al derecho indiano.

3) *Boletín de la Academia chilena de la Historia*. Publicada por la Academia. Suelen aparecer en ella documentos de interés para el derecho indiano.

4) *Boletín del Seminario de Derecho Público*. Fundado por Aníbal Bascañan apareció entre 1932 y 1951. Hay documentos publicados como el bando del virrey del Perú Agustín de Jáuregui sobre penalidad del juego (nº 5), otro titulado: *Notas para la crónica social de la colonia*, publicado por Jaime Eyzaguirre (nº 6).

5) *Historia*. Publicación del Instituto de Historia de la Universidad Católica de Chile. Han aparecido 4 números, el primero se imprimió en 1961. Tiene una sección dedicada a la publicación de documentos entre los que hay del período indiano como el Sínodo diocesano de Santiago de Chile celebrado en 1626, publicado por Fr. Carlos Oviedo Cavada.

## III. Otras publicaciones documentales.

1) Alvaro Jara: *Fuentes para la historia del trabajo en el reino de Chile*, Legislación, tomo I, Universidad de Chile, Centro de Investigaciones de Historia Americana, Santiago, 1965.

2) Jaime Eyzaguirre: *Fuentes para la historia del derecho chileno*, Santiago, 1952.

3) Claudio Gay: *Historia física y política de Chile. Documentos*, tomos I y II, París 1846-1852, documentos de los siglos XVI y XVII referentes a Chile.

4) *Escritos de Manuel de Salas y documentos relativos a él y a su familia*. Santiago, 1910-1914, tres volúmenes, documentos sobre el consulado y la organización educacional.

5) Las obras de José Toribio Medina sobre la Inquisición en las diversas

partes de América y Filipinas que hacen diez volúmenes, reproducen documentos copiados o extractados del Archivo de Simancas; las de Domingo Amunátegui Solar: *El Cabildo de La Serena* (1678-1800), Santiago, 1928; *El Cabildo de Concepción* (1782-1818), Santiago, 1930 y Miguel Luis Amunátegui: *El Cabildo de Santiago desde 1573 hasta 1581*, Santiago, 1890, contienen extractos de las actas en esos períodos. Medina en sus bibliografías sobre las producciones de la imprenta en las diversas partes de América y Filipinas, en la *Biblioteca Hispano Americana* y en la *Biblioteca Hispano Chilena*, y Luis Montt en *Bibliografía chilena*, reproducen o mencionan documentos de interés sobre todo el período indiano.

ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL  
MARÍA ANGÉLICA FIGUEROA QUINTERO

## EL SEMINARIO DE HISTORIA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO INDIANO

### 1. *Reseña histórica.*

En 1918, don Enrique Matta Vial fue designado primer director del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Derecho de Santiago. Entre los ramos de ese Instituto estaba la historia del derecho. Después de un lapso en que el Seminario no funcionó, en el año 1930 fue reabierto bajo la dirección del profesor Aníbal Bascuñán, llegado recientemente de España, país en el que había seguido cursos con el maestro Rafael Altamira. La especialización del profesor Bascuñán, orientada a la propedéutica de la historia del derecho, al ejercicio de esta cátedra y a investigar en esta materia, resultó de mucho beneficio para el progreso de esta ciencia en Chile. Como una de las mayores virtudes de este profesor fue la de despertar entusiasmo entre sus alumnos; pronto consiguió seguidores que primero colaboraron con él y más tarde continuaron trabajando por su cuenta. La historia del derecho resultó, entonces, una de las materias preferidas del Seminario de Derecho Público y, dentro de la historia jurídica destacó la preocupación por el derecho indiano, impulsándose la búsqueda de documentos en archivos y mejorándose notablemente la técnica de la investigación.

El órgano de publicidad del Seminario fue el *Boletín del Seminario de Derecho Público*, fundado por el profesor Bascuñán en 1933 y que continuó apareciendo hasta el año 1951. En el *Boletín* se publicaron los primeros ensayos histórico-jurídicos de los actuales profesores de historia del derecho de nuestra Facultad. También pueden leerse en sus páginas trabajos de los alumnos y otros que demuestran la inclinación a que se ha hecho referencia.

En el año 1941, con motivo del II Congreso de Criminología, el Seminario realizó un aporte que consistió en la publicación de unas *Notas para el estudio de la criminología y la penología en Chile colonial (1673-1816)*, en las que, por primera vez, se aprovechó el material que se conserva en nuestros archivos ju-

diciales con fines estadísticos y de comprobación del alcance del arbitrio judicial. En las *Notas* se reproduce un expediente modelo y se hace referencia extractada y anotada de veintitres procesos más. El mismo año 1941 vieron la luz varias monografías sobre derecho indiano elaborados en el Seminario, que fueron precedidas por *El Cabildo en Chile colonial*, de Julio Alemparte Robles. En los años que siguieron a 1941 continuaron publicándose monografías indianistas, como se puede comprobar con la lectura de la lista que se inserta al final.

Al renunciar el profesor Bascuñán a su cargo de Director del Seminario de Derecho Público, fue designado Alamiro de Avila Martel, también historiador del derecho, por lo que se siguió practicando esta disciplina con la misma intensidad. En 1953 se creó el Seminario de Historia y Filosofía del derecho, a cargo también del profesor Avila, por lo que puede afirmarse que no ha habido solución de continuidad desde el año 1930 hasta hoy en las actividades histórico-jurídicas desarrolladas por el primitivo Seminario de Derecho Público, del que se segregó el nuestro.

## 2. *Los actuales temas de investigación.*

El año 1958 se organizaron las investigaciones del Seminario dentro de planes colectivos, entre los que, la mayoría versa sobre derecho indiano. Los candidatos a licenciado ejecutan búsquedas en los archivos o elaboran monografías en la parcela de investigación que se les designa. En grado menor, se encarga a alumnos del curso de historia del derecho, copiar paleográficamente documentos del Archivo de la Capitanía o de la Audiencia, fichar volúmenes del Archivo de la Contaduría Mayor o se les envía a las parroquias a obtener datos estadísticos de los registros que en ellas se conservan. En grado mayor, los candidatos a licenciado cumplen su trámite preparando colecciones de fuentes del derecho chileno: cédulas dirigidas a Chile, bandos de los gobernadores y Autos Acordados de la Real Audiencia, todo con la intención de facilitar futuros trabajos poniendo al alcance de los investigadores el mayor acervo documental posible.

De este modo se han compulsado cerca de tres mil procesos criminales en el tema *Derecho penal indiano y su jurisprudencia chilena*, interviniendo en ello diez egresados, cada uno de ellos a cargo de un delito o grupo de delitos afines. Este trabajo está concluido y queda por hacer sólo una refundición de la parte general —que estudia las características de la época de cada delito o grupo de ellos— y de los datos estadísticos. Se calcula que dentro de dos años el Seminario concluirá su labor y se dará a las prensas, en un volumen de alrededor de trescientas páginas, el resultado obtenido.

Preocupa también al Seminario el examen de la economía chilena india-na, propósito que se pretende cumplir desde los dos aspectos: el institucional, que comprende el estudio de los organismos que tuvieron que ver con el desarrollo económico y el funcional, traducido en el estudio de los índices de sueldos, precios y costo de la vida.

Entre los planes proyectados figura también una serie de estudios institucionales que comprende la organización de la iglesia, de los tribunales especiales, de la audiencia, la labor de los gobernadores y otros de esta naturaleza.

El Seminario está empeñado actualmente en cuatro investigaciones colectivas sobre temas indianos:

I. *Derecho penal indiano y su jurisprudencia chilena*. Esta investigación, cuyo propósito, repetimos, es el estudio directo en los procesos de la forma cómo se aplicaba el derecho en Chile indiano y para ello contrastar la norma legislativa con las sentencias, motivó la revisión de cerca de tres mil expedientes en los archivos de la Real Audiencia y tribunales inferiores. Se trabajaron los siguientes delitos: homicidio, de policía, lesiones, sexuales, de contrabando, injuria y calumnia, lesa majestad, contra la propiedad y abigeato. Está pendiente sólo la refundición, como se ha dicho.

II. *Organización institucional del reino de Chile*. Dentro de este amplio tema cada monografía conserva su individualidad propia. Trabajos terminados: El escribano público en Chile indiano, La Iglesia en la evolución económica del siglo XVI, Organización de la Iglesia en el siglo XVI, La regulación económica a través de los cabildos en el siglo XVI, Los cementerios, La condición jurídica de la mujer en Indias, El Real Tribunal del Consulado de Santiago de Chile (1795-1816), Instituciones políticas de Chiloé indiano, Los recursos de fuerza en el reino de Chile.

Para este trabajo existe un plan general que consiste en una introducción panorámica de la historia económica de cada período como preliminar de la exposición del resultado de la búsqueda de los datos, que se expresa en cuadros

III. *Sueldos, precios y costo de la vida en Chile*. Se trata de averiguar la incidencia del factor económico en la historia institucional de Chile indiano. estadísticos y en listas de precios. Se agrega luego un comentario de conclusiones acerca de los niveles que arrojan los cuadros de curva y las comprobaciones. Han sido trabajados: el siglo XVII, el XVIII, y el XIX hasta 1810.

IV. *Fuentes del derecho en el reino de Chile*. Se han realizado los siguientes trabajos de recolección de documentos: Catálogo cronológico del cedulario chileno, Los autos acordados de la Real Audiencia de Santiago, Labor legislativa de los gobernadores en el reino de Chile, Documentos relativos al estanco del tabaco.

### 3. Publicaciones.

Desde el año 1959 el Seminario publica la *Revista chilena de Historia del Derecho*. Han aparecido tres números (1959, 1961 y 1964) y está en prensa el cuarto.

Monografías de derecho indiano publicadas hasta la fecha:

I. — En *Colección de estudios y documentos para la historia del derecho chileno*.

1. Zolezzi Carniglia, Guido: *Historia del salario indígena durante el período colonial de Chile*, 1941, 166 pp.



2. Sáez Vigneaux, Fernando: *Política y legislación sobre Beneficencia Pública durante la Colonia*, 1941, 98 pp.
3. Avila Martel, Alamiro de: *Esquema del derecho penal indiano*, 1941, 120 pp.
4. Zorrilla Concha, Enrique: *Esquema de la justicia en Chile colonial*, 1946, 226 pp.
5. Gajardo San Cristóbal, Lucía: *Estudio sobre el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición*, 1946, 98 pp.
- II. — En *Colección de monografías publicadas por la Editorial Jurídica*.
6. Madrid Rebolledo, Elena: *El Ministerio Público en el Derecho Indiano*.
7. Toledo Sánchez, Pedro: *Esquema del derecho penal militar y su jurisprudencia*.
8. Rochefort Ernst, Gustavo: *Esquema del derecho de minas en Chile colonial* (las tres en un volumen, 1950, 360 pp.).
9. Corvalán Meléndez, Jorge y Castillo Fernández, Vicente: *Derecho procesal indiano*, 1951, 424 pp.
10. Huneus Pérez, Andrés: *Historia de las polémicas de Indias en Chile*, s. a. 152 pp.
11. Espinoza Quiroga, Hernán: *La Academia de leyes y prácticas forense*, s. a. 164 pp.
- III. — Fuera de colecciones:
12. Alemparte Robles, Julio: *El Cabildo en Chile Colonial*, 1940, 452 pp.
13. Quinzio Figueiredo, Jorge: *La colonización española y su espíritu según la Recopilación de Indias*, 1943, 78 pp.
14. Toro Garland, Fernando: *El Cabildo de Santiago en el siglo XVI. Estudio sistemático-jurídico del contenido de las actas entre 1541 y 1609*, 1955, 196 pp.
15. Baseuñán Valdés, Aníbal y Avila Martel, Alamiro de: *Notas para el estudio de la criminalidad y la penología en Chile Colonial 1673-1816*, 1941, 82 pp.

MANUEL SALVAT MONGUILLOT

## LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACION DE LA HISTORIA DEL DERECHO INDIANO EN LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE

### A) *Docencia.*

La enseñanza sistemática de la historia del derecho indiano se realiza en la escuela de Derecho, dependiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, dentro de la cátedra regular de Historia del Derecho Chileno. En ella se concede al derecho indiano la importancia fundamental que le corresponde en el desarrollo de nuestro desenvolvimiento jurídico y social. Dado que el programa de la asignatura se encuentra actualmente en proceso de re-

visión, no se ha estimado procedente exponer aquí con detalle las diferentes materias que él abraza.

El curso de historia del derecho chileno se desarrolla en primero y segundo años de la carrera de Derecho, sirviendo de punto divisorio de las materias que corresponden al uno y al otro la fecha de 1700. De esta manera, aproximadamente la segunda mitad del curso de primer año y el primer cuarto del de segundo, son dedicados a la exposición histórica del derecho indiano. Tanto en primero como en segundos años se destinan tres clases matutinas semanales al desarrollo metódico del contenido del ramo.

Actualmente están a cargo de la cátedra, en el primer año de la carrera, los profesores señores Gonzalo Vial Correa y Hugo Tagle Martínez, y en el segundo los profesores Jaime Eyzaguirre Gutiérrez, J. Bernardo Lira Montané y Javier González Echenique.

Se destinan también clases vespertinas, en el curso del año, a la realización de reuniones activas sobre determinados tópicos de historia jurídica, en las cuales el derecho indiano ocupa también el lugar que le corresponde. Estas reuniones versaron, durante el año que corre, sobre un tema de esta índole: "Orígenes y desarrollo de la propiedad territorial en Chile". A cargo de ellas está, como director y coordinador, el profesor Eyzaguirre, secundado por los profesores ayudantes señores Bernardino Bravo Lira, Fernando Silva Vargas y Pedro Felipe Iñiguez Irrarázaval.

#### B) *Investigación.*

La Universidad Católica cuenta con un Instituto de Historia, cuyo objetivo principal es estimular y coordinar la labor de investigación en las diferentes facultades y escuelas universitarias. El instituto es dirigido por el profesor Eyzaguirre, y es su secretario el profesor Javier González Echenique.

Los centros de investigación más directamente relacionados con el instituto y con la historia jurídica son los siguientes:

1. *Seminario de Historia del Derecho de la Escuela de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Su jefe es el profesor González Echenique y es profesor auxiliar don Cristian Zegers Ariztía. Tiene a su cargo la dirección y orientación de los trabajos que, por exigencia reglamentaria, deben efectuar los alumnos de la Escuela, siempre que se refieran a su respectiva especialidad. Tales trabajos son de dos clases: a) *Trabajos de Seminario*, que se efectúan en cuarto año, penúltimo de la carrera. Dichas tareas, que son a menudo antecedentes de la tesis o memoria de prueba, son realizados en forma colectiva sobre uno o más temas comunes, pero se concretan en una obra individual escrita sobre algún punto determinado del tema general. Los temas propios del derecho indiano se cuentan, por cierto, entre los que periódicamente se eligen para esta categoría de trabajos. No se ha estimado necesario incluir una lista de todos los temas de esta naturaleza que en los últimos años han sido objeto de trabajos de Seminario. b) *Memorias de Prueba o tesis*. Es requisito previo a la recepción del grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el más alto que en el orden académico confiere nuestra Universidad en los

estudios jurídicos, la elaboración de una Memoria de Prueba, que debe ser publicada por lo menos en forma mimeografiada. Las memorias, sujetas a reglamentación en lo que se refiere a su extensión y demás aspectos formales e internos, se ejecutan bajo la dirección inmediata y constante del Seminario y de un profesor del ramo, quienes deben calificarlos por medio de un informe escrito.

Desde 1953, año desde el cual nuestra Facultad goza de plena autonomía legal en lo que se refiere a estudios y títulos, han sido aprobadas y publicadas 15 memorias sobre temas de historia del derecho indiano. De éstas, han sido publicadas oficialmente por la Facultad en la Colección de Estudios de Historia del Derecho Chileno, las siguientes: "Régimen legal del ejército en el reino de Chile", por Roberto Oñat y Carlos Roa; "Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile", por Javier González Echenique; "La justicia comercial en el reino de Chile", por Sergio Riveaux Villalobos; "El africano en el reino de Chile", por Gonzalo Vial Correa; "Notas sobre la condición legal del extranjero en el reino de Chile", por Tulio Vivanco Sepúlveda; "La Tasa de Gamba", por Agata Gligo Viel; y "Tierras y pueblos de indios en el reino de Chile", por Fernando Silva Vargas. Las memorias de la señorita Gligo y del señor Silva han sido agraciadas exaequo en 1965, con el premio Ricardo Levene, instituido por la Fundación Internacional colocada bajo el patrocinio de este gran estudioso del derecho indiano. Las mismas obras y también la del señor Vial merecieron el premio Miguel Cruchaga Tocornal, que la Academia Chilena de la Historia otorga anualmente desde 1957 a la mejor memoria de prueba, sobre tema histórico, escrita por egresados de las universidades chilenas.

2. *Centro de Investigaciones Históricas del Departamento de Historia.* (Escuela de Pedagogía de la Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación). Esta institución, colocada bajo la dirección del profesor Julio Retamal Favereau, tiene por objeto adiestrar en la investigación histórica a los futuros profesores de historia y geografía, que se preparan en el Departamento. No tiene, obviamente, un objetivo de investigación jurídica, pero ocasionalmente realiza, dentro de sus planes regulares, tareas de esta naturaleza y relacionados con el derecho indiano. Así, por ejemplo el profesor J. Armando de Ramón Folch dirigió en 1964 un estudio sobre los grupos sociales de Santiago en el siglo XVI, con evidentes implicaciones jurídicas. En 1965 el profesor Silva Vargas tuvo a su cargo un seminario sobre algunos aspectos de nuestra propiedad territorial en la época indiana, y en 1966 los profesores Retamal y González Echenique han dirigido otro sobre el clero y los conceptos políticos y jurídicos en los años anteriores a 1810.

Además de todo lo anterior no debe omitirse que el anuario *Historia* publicado por el Instituto desde 1961, recoge regularmente trabajos sobre temas relacionados con la historia jurídica indiana. Así, en 1961 el profesor J. Armando de Ramón publicó un estudio sobre "La institución de los censos de los naturales en Chile (1570-1750)"; en 1962 el profesor Javier González Echenique otro sobre "La «alternativa» en las provincias religiosas de Chile indiano"; en 1964 vieron la luz, estudios del profesor Gonzalo Vial sobre

“Teoría y práctica de la igualdad en Indias” y del R. P. Carlos Oviedo, O. de M., sobre “Sínodos y Concilios chilenos. (1584-1961)”]; finalmente, en 1965 se publicó otro del profesor de Ramón, referente a “La sociedad española de Santiago de Chile entre 1581 y 1596”. Además en el fichero bibliográfico que aparece en cada número de *Historia*, se dedica un acápite destinado a recoger la producción histórico-jurídica de cada año.

JAIME EYZAGUIRRE

## LA ENSEÑANZA Y FUENTES DEL DERECHO INDIANO EN EL URUGUAY

### 1. *La enseñanza e investigación del derecho indiano en el Uruguay.*

#### a) Enseñanza de la historia jurídica indiana en el Uruguay.

Conforme a la estructura general de la enseñanza en el Uruguay, el derecho indiano se estudia parcialmente al nivel de la enseñanza media y la enseñanza normal. En cuanto a la primera abarca algunos temas de los cursos de tercer y cuarto año de historia —fundamentalmente las instituciones de derecho público— y en la segunda se estudia en el Instituto Magisterial Superior.

Dentro de la enseñanza media uruguaya, hay un segundo ciclo de dos años que comprende los estudios llamados “preparatorios” de orientación preprofesional —el primer ciclo es de cuatro años—; en los preparatorios para abogacía y notariado hay un curso de seis horas semanales, en el segundo año de Historia Nacional y Americana encarado con fines de ampliación y revisión del primer ciclo, que abarca temas desde los orígenes de la dominación española en las Indias hasta nuestros días. El derecho indiano —público y privado— recibe consideración parcial en las primeras bolillas del programa.

Cabe incluir aquí los cursos que se dictan en el Instituto de Profesores, que prepara docentes para la enseñanza media.

En la enseñanza superior, universitaria, integra parcialmente un curso sobre Historia del Derecho que corresponde al sector de la carrera de notariado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Existe también la posibilidad de que se dicten cursos y cursillos conexos con el derecho indiano, cumplidos alguna vez excepcionalmente.

En la misma Facultad hubo entre 1934 y 1948 un llamado *Seminario de derecho indiano* de concurrencia voluntaria que contó con un corto número de asistentes.

Concretado a la investigación, su fruto más importante, resultado de la labor de equipo, fue *La condición jurídica, social, económica y política de los negros durante el coloniaje en la Banda Oriental* por Eugenio Petit Muñoz, Edmundo M. Narancio y José M. Traibel Neleis, Montevideo, 1948.

La *Facultad de Humanidades y Ciencias* cuenta con cursos que preparan para la obtención del título de licenciado en historia.

Los cursos son de carácter monográfico, teniendo el profesor, libertad

para escoger el tema de su agrado dentro de los programas generales de las materias.

En la citada licenciatura en historia, hay un curso de Historia Americana y dos de Historia Uruguaya, dentro de las cuales cabe la posibilidad de que el profesor elija, para ser considerados en su clase, —tienen un preseminario y un seminario de dos años— temas de derecho indiano. De hecho tal circunstancia se ha producido excepcionalmente.

No hay por tanto en el Uruguay, actualmente, cursos de dedicación total para la enseñanza del derecho indiano; la cuestión sólo ha sido contemplada parcialmente. Sin embargo varias instituciones estarían habilitadas para ese objeto.

b) Información sobre instituciones que se dedican total o parcialmente al estudio e investigación del derecho indiano o que patrocinan su estudio.

Tampoco, puede decirse, hay instituciones —cátedras, institutos, etc.— que se dediquen en exclusividad a las investigaciones sobre derecho indiano pero hay organismos que están capacitados y poseen los medios técnicos para emprender esa tarea; ellos son:

*La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, donde podría establecerse un centro de investigación y enseñanza, cuya falta es notoria; el *Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Humanidades y Ciencias* entre cuyos programas de investigación nada obsta a que se indague el derecho indiano y, finalmente, dentro de la enseñanza pública, el *Museo Histórico Nacional* al cual una ley relativamente reciente lo ha habilitado para la realización de investigaciones en el campo de la historia patria, en la cual se comprende obviamente, el derecho indiano y las materias conexas.

Preciso es indicar también aquí, la existencia en la correspondiente Facultad del *Instituto de Historia de la Arquitectura*, que en más de una ocasión al hacer sus trabajos, especialmente en materia urbanística, ha debido investigar cuestiones relativas a la aplicación del derecho indiano —orígenes y desarrollo de pueblos, villas y ciudades fundadas durante la dominación española, etc.— vinculadas a su especialidad.

Debe agregarse que, a nivel académico, existe la iniciativa de crear en el *Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay*, una sección especializada en derecho indiano. Parece ser ésta, la posibilidad más factible.

## 2. Información sobre fuentes del derecho indiano en el Uruguay. Fuentes editas e inéditas<sup>1</sup>.

La consigna de las fuentes editas significaría prácticamente, un relevamiento de todas o casi todas las obras que se han publicado, tocantes a la do-

<sup>1</sup> Sobre fuentes editas e inéditas de derecho indiano, relativas al Uruguay véase la obra ya citada en el texto sobre *La condición... de los negros... en la Banda Oriental*, libro II, 1ª parte, sección I. El concepto jurídico "negro" y las fuentes de derecho que lo integran, cap. I, II, III y IV, y en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Ricardo Levene, N° 17, p. 271, Buenos Aires, 1966, el *Ensayo de una bibliografía histórico-jurídica de la Argentina y el Uruguay*.

minación española en el Uruguay. Todos aquellos autores, desde De María y Bauzá a Blanco Acevedo, que se han ocupado de ese período, han consagrado páginas de mayor o menor importancia a la reproducción en mayor o menor extensión, total o parcial, de fuentes de interés para el derecho indiano.

Cabe indicar aquí tres obras dedicadas específicamente al tema. CARLOS FERRÉS, *Epoca colonial, la administración de justicia en Montevideo*. Montevideo, 1944.

ATILIO C. BRIGNOLE, *Archivos coloniales*, t. I, Colonia, 1923 y t. II, Montevideo, 1930, y la ya citada obra del Seminario de derecho indiano de Petit, Traibel y Narancio, *La condición jurídica... etc., etc.*

Respecto de las ediciones documentales debe citarse la *Revista del Archivo General Administrativo* que reproduce documentos fundacionales de Montevideo y las Actas Capitulares de la ciudad, publicación continuada luego por el *Archivo General de la Nación* con el título de *Actas del Cabildo de Montevideo*.

Asimismo las fuentes que completan trabajos y textos documentales publicados en la *Revista del Instituto Histórico y Geográfico* (24 tomos) y la *Revista Histórica* de la Universidad (1907) editada hoy bajo el título de *Revista Histórica* por el *Museo Histórico Nacional* (36 tomos). Debe señalarse además la existencia de obras de los tratadistas del Derecho Indiano de la época en diferentes bibliotecas públicas y privadas, *B. Nacional*, *B. Pablo Blanco Acevedo*, *B. de la Facultad de Derecho*, etc., etc.

En cuanto a las fuentes inéditas su caudal es considerable y de gran valor. Sin formular una lista exhaustiva corresponde señalar que, tanto en lo que se refiere al derecho público como al privado, existen fuentes en los siguientes repositorios:

*Archivo General de la Nación*, en sus tres sectores fundamentales: sección Archivo y Museo Histórico Nacional, Archivo General Administrativo y Donaciones y Adquisiciones.

*Archivo de la Escribanía de Gobierno y Hacienda.*

*Archivos judiciales* —actualmente sus fondos están parcialmente depositados en el Archivo General de la Nación—, la documentación comprende expedientes y papeles de la administración de justicia desde 1730 en que, con el primer cabildo, iniciaron sus funciones los alcaldes. Se trata de una documentación sumamente valiosa para el estudio del derecho indiano y sus transformaciones ulteriores así como otros aspectos de la realidad histórica que reflejan sus materiales.

*Museo Histórico Nacional*. El Museo tiene bajo su dependencia un rico archivo, además de los que custodia en el *Archivo y Biblioteca Pablo Blanco Acevedo*.

*Biblioteca Nacional*, tiene manuscritos, en gran parte éditos, de algún interés sobre la materia.

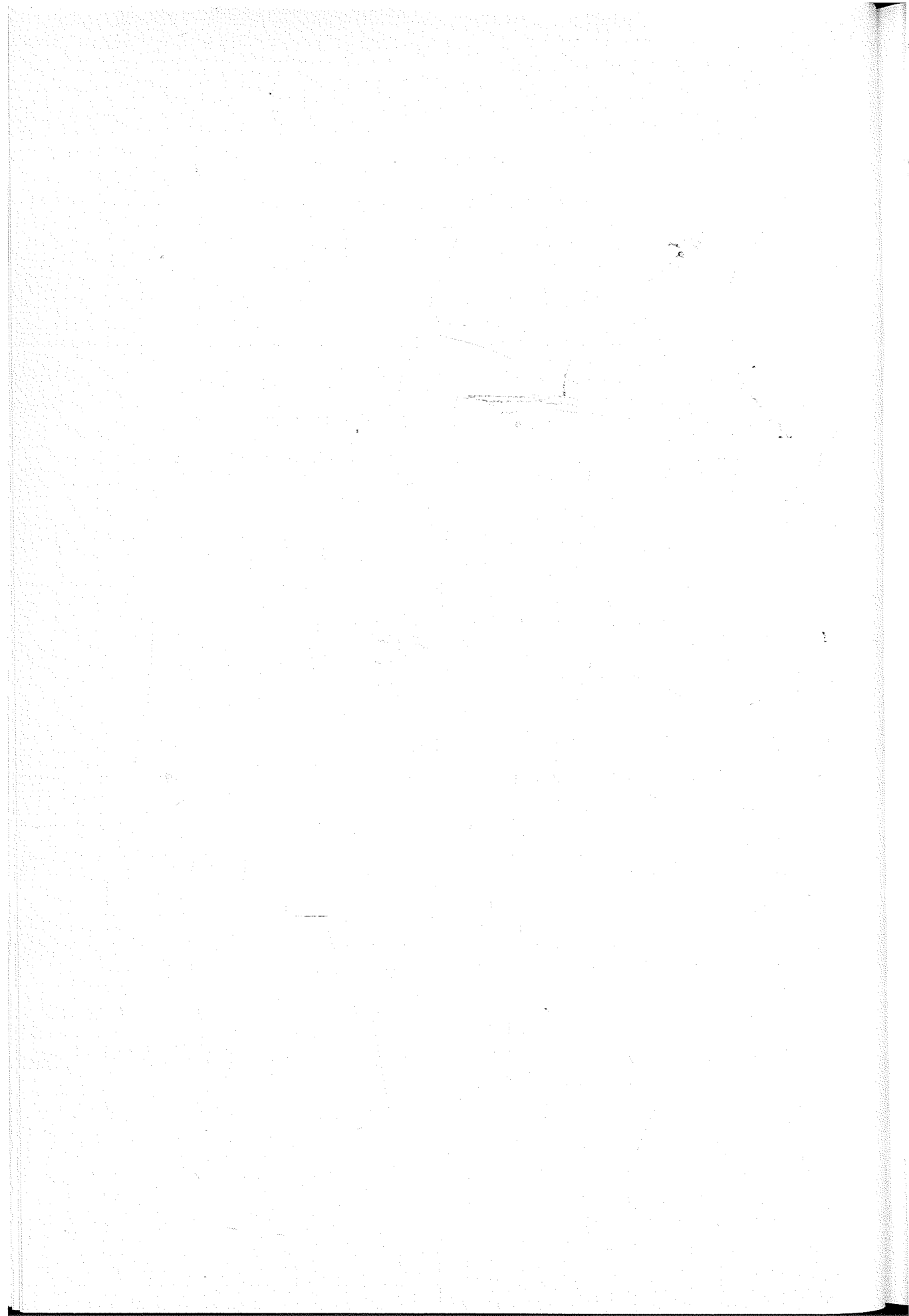
*Ministerio de Hacienda*. Posee en distintas dependencias papeles sobre derecho inmobiliario relativo a bienes del Estado y privados.

*Museo Histórico Municipal.* Guarda colecciones documentales sobre derecho municipal; particularmente importantes son los acuerdos de la *Junta Económico Administrativa de Montevideo* que, si bien posteriores a la independencia, recogen materias frecuentemente conexas con las cuestiones concejiles indianas.

*Archivo de la Iglesia.* Debe indicarse como importante el de *La Curia Eclesiástica* donde hay documentación sobre derecho canónico, estado civil y constitución de la familia, etc. y los *Archivos parroquiales*. En las poblaciones del interior de la República solamente en forma excepcional se conservan materiales inéditos sobre la dominación española; se han trasladado casi todos al *Archivo General de la Nación*.

Asimismo hay colecciones particulares con documentación inédita.

EDMUNDO M. NARANCIO





## ACTAS

---

La *Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano* fue organizada por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene y la Fundación Internacional Ricardo Levene, durante los días 6 a 11 de octubre de 1966, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, dentro del marco del IVº Congreso Internacional de Historia de América, que preparó la Academia Nacional de la Historia.

### ASISTENTES

#### *Argentina:*

Cutolo, Vicente Osvaldo  
García Belsunce, César A.  
Guillamondegui, Julio C.  
Hilaire Chaneton, Edgardo  
Ledesma Medina, Luis A.  
Levaggi, Abelardo  
Mandelli, Humberto A.  
Mariluz Urquijo, José M.  
Martiré, Eduardo  
Marull, Manuel T.  
Medrano, Samuel W.  
Oliveros, Martha Norma  
Peña, Roberto I.  
Pérez Guilhou, Dardo  
Piñero, Jorge E.  
Radaelli, Sigfrido  
Ruiz Moreno, Isidoro J.  
Tau Anzoátegui, Víctor  
Trusso, Francisco  
Zorraquín Becú, Ricardo

#### *Chile:*

Avila Martel, Alaniro de  
Eyzaguirre, Jaime  
Martínez Baeza, Sergio  
Salvat Monguillot, Manuel  
Vial Correa, Gonzalo

*España:*

García-Gallo, Alfonso  
 Manzano y Manzano, Juan  
 Martínez Gijón, José  
 Sánchez Bella, Ismael  
 Ramos, Demetrio

*Inglaterra:*

Lynch, John

*Paraguay:*

Chaves, Julio C.  
 Velázquez, Rafael Eladio

*Perú:*

Lohmann Villena, Guillermo  
 Ugarte del Pino, Juan Vicente

*Uruguay:*

Narancio, Edmundo M.

## Iª SESIÓN: 6 DE OCTUBRE DE 1966.

La Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano se inauguró con presencia, entre otras autoridades, del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, doctor José Bidau, del Subsecretario de Cultura de la Nación, doctor Alejandro Caride, del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, doctor Germán Bidart Campos y de representantes diplomáticos de aquellos países cuyos historiadores concurren a la *Reunión*.

Abrió el acto el Director del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, doctor Ricardo Zorraquín Becú, quien pronunció las siguientes palabras:

El Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene y la Fundación Internacional Ricardo Levene han convocado a esta Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano que me honro en inaugurar. La doble mención del nombre del doctor Levene significa desde ya que ponemos a esta Reunión bajo el patrocinio del ilustre historiador argentino, que fue también el primero en realizar estudios sistemáticos en un campo que hasta entonces permanecía oculto a los historiadores del derecho.

Realizar un encuentro de esta naturaleza fue originalmente una idea del doctor Levene, que nunca pudo materializarse debido a las erogaciones que significaba. Al recoger esa iniciativa, he tenido la suerte de poder aprovechar la realización simultánea del Cuarto Congreso Internacional de Historia de América, que

congrega también a los participantes en esta Reunión. De tal manera he podido cumplir un antiguo deseo del fundador de nuestro Instituto, y cuya obra está destinada a perpetuar la Fundación.

Pero debo declarar también que he contado, para decidirme a esta convocatoria, con el apoyo entusiasta e insistente que brindaron con toda generosidad los doctores Alfonso García Gallo y Alamiro de Ávila Martel. Deseo agradecerles, en esta ocasión, el interés con el cual sumaron sus esfuerzos a los míos, en un gesto de gran solidaridad amistosa e intelectual.



El Director del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, doctor Ricardo Zorraquín Becú, pronuncia el discurso inaugural de la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano. Aparecen en la fotografía el Decano de la Facultad, doctor José F. Bidau; el Subsecretario de Cultura de la Nación, doctor Alejandro Caride, y el Profesor doctor Samuel W. Medrano.

Agradezco también al Instituto de Cultura Hispánica, que dirige el doctor Gregorio Marañón, por haber facilitado el viaje de cinco historiadores españoles; a mis colaboradores del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene por la eficaz labor realizada con tanta competencia en la preparación de este encuentro; y a las autoridades de la Facultad de Derecho que nos han brindado el marco propicio para el desarrollo de nuestras sesiones.

El Instituto de Historia del Derecho, en cuya dirección tuve el honor y la responsabilidad de suceder al doctor Levene, ha procurado continuar con las orientaciones impuestas por el ilustre maestro y, en este sentido, sigue cultivando la historia jurídica indiana a la cual considera como parte fundamental de la evo-

lución del mundo hispanoamericano y especialmente de la Argentina. Fundado en 1937, el Instituto desarrolla y difunde sus estudios mediante las investigaciones que realizan sus miembros y mediante la publicación de obras, monografías, conferencias y libros antiguos. La *Revista del Instituto*, que comenzó a aparecer en 1949, brinda anualmente a los estudiosos un conjunto de trabajos, documentos e informaciones que, sin vana jactancia, considero de alta jerarquía científica. Desde 1962 el Instituto está incorporado a la Asociación Internacional de Historia del Derecho y de las Instituciones, constituida en Europa, y desde 1965 integra el *Bureau* que la dirige.

La Fundación Internacional Ricardo Levene quedó constituida en 1960, en ocasión de celebrarse en Buenos Aires el anterior Congreso Internacional de Historia de América. Dentro de la modestia de sus recursos, ha otorgado ya un premio al mejor trabajo sobre derecho indiano, que en 1963 fue dividido entre dos graduados de la Universidad Católica de Chile. Correspondió entonces al doctor Ávila Martel, que integra el Consejo Directivo de la Fundación, entregarlo a sus compatriotas en un acto que alcanzó singular importancia. El próximo galardón, también destinado a premiar la mejor obra de historia jurídica indiana publicada entre 1964 y 1966, será otorgado próximamente. En esta oportunidad reitero la invitación a participar en el concurso, y aun pido la colaboración de todos los presentes a fin de premiar el trabajo de mayor mérito científico.

De esta manera la Argentina sigue fomentando, difundiendo y estudiando el derecho indiano. La tradición de Levene, de Enrique Ruiz Guiñazú, de Tomás Jofré, de Faustino Legón, entre otros, no ha desaparecido; y es con verdadero orgullo que recibimos hoy a los distinguidos historiadores que nos acompañan, dándonos una bienvenida en la cual se mezclan sentimientos de gratitud por lo que vamos a aprender de ellos y de simpática hospitalidad por lo que podemos contribuir a su agradable permanencia en Buenos Aires.

La expresión "derecho indiano" es, en cierto modo, equívoca. Por un lado designa el sistema jurídico que estuvo en vigor en las Indias Orientales y Occidentales durante la época en que formaron parte del imperio hispánico. En este sentido, comprende normas del derecho castellano, del que fue sancionado especialmente para las Indias y del indígena aceptado por los españoles. Desde otro punto de vista más restringido, el derecho indiano es el conjunto de leyes expedidas especialmente para las Indias o para regular su gobierno en España, así como las costumbres que surgieron en el Nuevo Mundo para suplir sus vacíos.

En este segundo significado, el derecho indiano no abarcaba la totalidad del sistema jurídico. Sólo comprendía, en líneas generales, lo referente al gobierno espiritual y temporal, a la organización administrativa, financiera, judicial, social y económica, a la condición de los indígenas y al comercio y la navegación entre Europa y América. Al estudiarlo, por lo tanto, es indispensable referirse constantemente al derecho castellano, de aplicación supletoria, cuyas normas dominaba en materia civil, comercial, penal y procesal. Por eso, cuando se habla de derecho indiano, es preferible dar a esta expresión un sentido que abarque todo el sistema imperante en las Indias, independientemente de su origen, porque sólo de esta manera podemos alcanzar una visión integral de su régimen jurídico.

La característica más significativa del derecho indiano es su falta de unidad.

La legislación sancionada desde España no estuvo destinada, por lo común, a regir en todas las regiones de las Indias, y en cambio surgió en el Nuevo Mundo un conjunto de reglas locales, de costumbres y de modos de aplicación que dieron al sistema una extraordinaria diversidad, tanto más grande cuanto más se profundiza en la investigación.

Esta diversidad, desde luego, no se manifiesta ni en las normas fundamentales ni en las influencias ideológicas que sucesivamente fueron creando y modificando aquel derecho. Pero en cuanto se penetra en los detalles se advierte que cada provincia tuvo sus características propias derivadas de las circunstancias geográficas, de la forma en que se había realizado la conquista o de su organización social y económica.

Tales diferencias trascienden, en la actualidad, a la investigación histórico-jurídica. Esta no puede realizarse por igual en todas partes. Los aspectos generales del derecho indiano pueden, tal vez, ser mejor estudiados en España; pero las características regionales obligan a un conocimiento preciso de cada parte del imperio, el cual sólo puede ser obtenido con los datos y documentos locales.

Esta circunstancia torna necesaria la reunión periódica de los especialistas de España y de América. No sólo pueden, de tal manera, intercambiar informaciones, consultas y pareceres, sino que también podrían planearse investigaciones colectivas, a realizarse en varios países, que permitirían alcanzar un conocimiento más perfecto de los variados aspectos de este sistema y de sus modos de aplicación. En este sentido, espero que esta Primera Reunión alcance buenos resultados, y sea seguida de otras ulteriores.

El temario que hemos insinuado para esta Reunión, y que desde luego no es limitativo, comprende ante todo las informaciones destinadas a ilustrar acerca de la enseñanza y de la investigación del derecho indiano.

La enseñanza se ha ido imponiendo, desde hace medio siglo, en muchas Facultades de Derecho de España y de América, ya como materia independiente, ya integrando otras de mayor envergadura. En ésto ha habido, según creo, una gran anarquía. La diversidad de los planes de estudio y hasta del contenido de esa enseñanza llaman la atención. Muy pocos contactos se han producido entre los profesores de los diversos países, y esto explica en parte tales diferencias. En realidad, toda esa enseñanza ha ido surgiendo sin método, y ajustándose a los conocimientos, inclinaciones y tendencias de los distintos maestros.

Fue sin duda Ricardo Levene, hace precisamente medio siglo, el iniciador de la enseñanza del derecho indiano con métodos científicos. Contemporáneo suyo sería don Rafael Altamira, que realizó en España una labor paralela aunque sin adelantar los resultados de sus investigaciones. Ambos difundieron extraordinariamente una disciplina que luego encontró magníficos cultores en muchas naciones hispanoamericanas y aun en los Estados Unidos.

En la Argentina, los estudios de derecho indiano se realizaron en la cátedra de Introducción al Derecho, es decir, al comienzo de la carrera de abogacía. Casi todas las Facultades de Derecho incluyeron en esa materia nociones más o menos amplias de historia jurídica nacional, que comprendía naturalmente la época indiana. En tiempos más recientes, sin embargo, esas dos partes se han escindido. La especialización de la Teoría General del Derecho o del Derecho Natural por

un lado, y el desarrollo de la Historia Jurídica por el otro, han conducido a la creación de cátedras independientes en esta última materia. La Universidad de Córdoba la tiene desde hace años, al par que allí funciona también un Instituto de Historia del Derecho. La Universidad Católica de la misma ciudad y las Facultades de Derecho de Buenos Aires y Rosario que dependen de la Universidad Católica Argentina adoptaron, desde sus respectivas creaciones en 1957-1959 la misma orientación. En otras Universidades se realizan también estudios e investigaciones de esta especialidad.

Por último, en esta Facultad de Derecho, en la cual funciona desde 1937 el Instituto de Historia del Derecho que hoy lleva el nombre de su ilustre fundador, el plan de estudios aprobado en 1962 resolvió eliminar a la Historia del Derecho Argentino de la cátedra de Introducción, y crear con ella una materia independiente en el quinto año de los estudios. Esta materia ha comenzado a enseñarse al iniciarse el curso de 1966 con un programa casi idéntico al que ya existía en la Universidad Católica Argentina. En lo que al derecho indiano se refiere, se estudian en sendas bolillas la evolución histórica, las bases del Estado indiano, el gobierno y la administración, la sociedad, la economía, las fuentes del derecho y la cultura jurídica.

La intensificación de los estudios histórico-jurídicos responde a un renovado interés por esta disciplina en toda la América Latina. Como síntoma de ello considero suficiente señalar que la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, reunida en Lima en 1961, declaró que la Historia del Derecho o de las Instituciones Jurídicas era una de las materias básicas que debían integrar todos los planes de estudio, y destacó simultáneamente la importancia de la Historia del Derecho Aborigen, Indiano y Patrio en cuanto pueden contribuir a crear una orientación latinoamericana de los conocimientos jurídicos.

Con referencia a la enseñanza del derecho indiano se plantean varios problemas que pueden ser materia de interesantes discusiones durante el desarrollo de esta Reunión. Algunos de esos problemas son comunes a todos los estudios de historia del derecho; otros son, en cambio, específicos del derecho indiano.

Entre los primeros está el debate entre la consideración de esta disciplina como una rama de la historia y la que trata de acentuar su contenido jurídico. Tengo para mí que ambos enfoques pueden fácilmente ensamblarse exponiendo a la vez el panorama histórico y el derecho que estuvo en vigor en el pasado. Esta solución, que a primera vista podría parecer ecléctica, no lo es tanto si se advierte que debe necesariamente completarse con el análisis de la aplicación del derecho, su influencia sobre la sociedad y la economía, y las reacciones contrarias que eventualmente provocó.

No me parece conveniente —y este es el segundo de los problemas comunes a toda la historia jurídica— limitarse al estudio de las normas en su escueta realidad. Tendríamos así un derecho *puro*, al estilo kelseniano, del cual sólo conoceríamos los aspectos institucionales. Mayor interés tiene para la historia jurídica y para la formación de los abogados y juristas saber cómo funcionó ese derecho, de qué modo y hasta qué punto resolvió los problemas políticos, sociales y económicos, las resistencias o adhesiones que produjo y en qué medida fue realmente cumplido.

De la misma manera que el jurista no debe limitarse, en la actualidad, a la simple contemplación de la ley vigente para hacer su exégesis formalista o conceptual, tampoco el historiador del derecho puede llenar su cometido con la sola reconstrucción de un sistema jurídico pretérito, sin analizar también su funcionamiento y las consecuencias que determinó.

Y esto nos lleva a otro problema, que se plantea especialmente en el derecho indiano y que ha sido muy confusamente tratado en general: el de su aplicación. A este respecto, las ideas difundidas con cierta precipitación deben ser reemplazadas, a mi juicio, por investigaciones metódicas y necesariamente regionales que muestren, en cada caso, el grado de cumplimiento del derecho y las deformaciones locales que sufrió. El caso de las ordenanzas sancionadas para los indios puede presentarse, en este sentido, como un ejemplo de lo que ofrece la investigación pormenorizada.

Hemos incluido también en el temario el problema de las influencias ideológicas que gravitaron sobre la formación, desarrollo y reforma del derecho indiano. Se trata de un tema que completa naturalmente el conocimiento de ese sistema en cuanto contribuye a explicarlo y a comprenderlo; y aun cuando no faltan los trabajos de esta índole, siempre conserva un enorme interés y puede suscitar útiles desarrollos.

Estos y otros temas han de ser, sin duda, objeto de ilustrativos debates a lo largo de nuestras sesiones, cuyo objeto es precisamente intercambiar opiniones y eventualmente encontrar fórmulas de coincidencia. Si pudiera llegarse a esos acuerdos se habría conseguido gran parte del éxito que esperamos de esta Reunión. Pero de cualquier manera ésta habrá cumplido ampliamente su finalidad con sólo producir un acereamiento entre los especialistas, dando origen a un provechoso y estimulante contacto científico.

Debo agregar, por último, que esperamos publicar en el próximo número de la Revista del Instituto los trabajos presentados y las actas de nuestras conversaciones, todo lo cual significará un aporte útil y un elemento de trabajo para el futuro.

Agradezco nuevamente la presencia prestigiosa de los distinguidos historiadores que han tenido la gentileza de acudir a esta cita y de acompañarnos en la contemplación de nuestros comunes problemas. Confío en que estas deliberaciones que hoy se inician tengan, como resultado, el progreso de nuestra cultura histórica y jurídica, el perfeccionamiento de la disciplina que nos congrega, y la fortificación del espíritu, a la vez hispánico y americanista, que anima nuestros estudios.

En nombre de los historiadores extranjeros, pronunció la siguiente alocución el doctor Alamiro de Avila Martel:

El doctor Zorraquín Becú me ha pedido que hable en esta oportunidad en nombre de los invitados extranjeros, le agradezco este honor.

En una larga tarea de más de 40 años, el doctor Ricardo Levene roturó el campo de los estudios de la historia del derecho indiano. Sus exposiciones generales, en las que marca un hito de singular importancia su libro, de 1924, "Intro-

ducción a la Historia del Derecho Indiano", llamaron la atención sobre el camino que era necesario recorrer.

Creo que todos los que en América nos dedicamos a estos trabajos somos deudores de imperecedera gratitud al maestro, que lo era no tan sólo por su sabiduría sino también por el santo entusiasmo que ponía en su labor, por su inigualada bondad para apreciar lo que hacían los jóvenes, aunque disintieran de sus conclusiones y por su capacidad para alentarlos a seguir adelante y producir obras serias.

Durante mucho tiempo acariciaba el doctor Levene, el vivo deseo de organizar una reunión de los especialistas del derecho indiano de diversos países, con el objeto de coordinar los trabajos; inconvenientes que no le fue posible superar impidieron la realización de ese deseo. En una oportunidad, siendo huésped de mi Facultad de Santiago, me propuso, con su desinterés habitual, que hiciéramos la reunión en Chile, pero en homenaje a él rechacé el honroso ofrecimiento, pues siempre me pareció que era un deber que se efectuase en su tierra. Ahora que ha transcurrido poco más de un lustro de su muerte, la Fundación Internacional Ricardo Levene, que establecimos sus discípulos y amigos en su memoria y que ya ha hecho obra tan significativa como la creación del premio internacional para los estudios de derecho indiano, y el Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que él fundó y que hoy lleva su nombre, y que es dirigido por su principal colaborador, el doctor Ricardo Zorraquín Becú, han finalmente hecho realidad el ferviente deseo del maestro de convocar a esta reunión. Es con su recuerdo presente que debemos trabajar estos días.

Desde principios de este siglo, en España y en América española, se ha estudiado la historia del derecho indiano, con seriedad y desde distintos ángulos. No han faltado tampoco los aportes de autores de otros países, de manera preferente de los Estados Unidos de Norteamérica.

Frente a las generalizaciones superficiales y tantas veces teñidas de leyenda negra antiespañola que sabían hacerse, hemos llegado a un momento de producción bibliográfica abundante, en ocasiones no totalmente satisfactoria, por falta de método o por el afán de sacar conclusiones con rapidez, pero en general, de auténtica calidad.

Se plantea entonces el imperativo de mejorar aún más esa producción y darle todo el valor científico posible a sus resultados. Es menester coordinar las investigaciones entre los especialistas de España y de los distintos países americanos. Las posibilidades de los archivos de una y otra parte, son complementarias, y las fuentes documentales son forzosamente nuestra cantera más importante. Las fuentes impresas y aún en general las fuentes normativas a las que genéricamente podemos dar el dictado de leyes, no son suficientes para reconstruir el derecho indiano. Es indispensable recurrir, además, a los documentos de aplicación del derecho y a los procesos judiciales, para conocer el derecho vivido, por otra parte, dentro de una indiseñable unidad del derecho indiano, las circunstancias socio-económicas y políticas pueden determinar creaciones peculiares a los diversos territorios, que es necesario averiguar, y por lo tanto es preciso conducir las investigaciones sobre cada tema en los diversos ámbitos que fueron los reinos de las Indias, con reglas comunes de método.



Pensemos en los temas más trabajados, por ejemplo: la encomienda indiana. Cuántas variantes presenta en lo conocido y debe faltar una porción importante del asunto por investigar y rehacer algunos trabajos envejecidos.

Por otra parte, habitualmente se han estudiado los temas de derecho público, constitucional y administrativo, y se ha descuidado el extenso campo del derecho privado, del procesal y del penal. En la mayor parte de esa materia, normativamente se aplica el derecho castellano, pero su real aplicación no la conocemos aún suficientemente. Esto quiere decir que es preciso fijar temas que puedan irse investigando en distintas latitudes con el mismo método.

También se nos presenta el problema de que en algunos sitios de América aún no florecen estos estudios, o su cultivo es muy incipiente. Hay que buscar el modo de interesar a investigadores de distintos países, y que se formen nuevos especialistas.

Todo esto conduce gustosamente a la creación de una organización estable, que en congresos periódicos, permita la comunicación de los resultados de los trabajos, en lo posible realizados con planes comunes, y la evaluación crítica de esos resultados. Esta asociación internacional de historiadores del derecho indiano, o como se la quiera llamar, con su reglamentación básica, debe nacer de esta Reunión que iniciamos. La mayor parte de los que nos dedicamos al derecho indiano estamos presentes y agradecemos de corazón la hospitalidad argentina, y estamos dispuestos a retribuirla cumpliendo efectivamente los fines para los que hemos sido invitados.

Luego de un breve cuarto intermedio, se eligieron las autoridades de la Reunión, siendo designados por unanimidad: Presidente, el doctor Alfonso García-Gallo, Vicepresidente, el doctor Alamiro de Avila Martel y Secretarios, los doctores Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré.

A continuación se dió lectura a las comunicaciones sobre la enseñanza de historia del derecho indiano en las distintas universidades del país y del exterior, que aparecieron publicadas en este mismo número <sup>1</sup>.

#### IIª SESIÓN: 7 DE OCTUBRE DE 1966.

Se abrió la sesión con la presidencia del doctor García-Gallo y se continuó la lectura de las comunicaciones sobre la enseñanza de la historia del derecho indiano.

Acto seguido, a propuesta de la presidencia, se inició el tratamiento de la metodología de la enseñanza e investigación de la historia del derecho indiano.

El profesor García-Gallo expuso las ideas contenidas en su traba-

<sup>1</sup> Ver pp. 187 a 225.

jo sobre el tema que se publica en este mismo número de la *Revista* <sup>2</sup> suscitándose un interesante cambio de opiniones entre los asistentes.

El profesor Vial Correa señaló que en la enseñanza resulta prácticamente imposible separar la historia del derecho de la historia general, por la influencia que tienen los hechos sociales sobre la formación del derecho. El profesor García-Gallo respondió que, naturalmente, ambos aspectos son inseparables, pero que a los fines de su estudio el profesor debe ceñir su exposición al fenómeno jurídico, sin perjuicio de conocer y señalar los hechos que lo originaron, reduciendo estos al mínimo indispensable, sin que ello implique hacer una valoración sobre cuál de los aspectos es el más importante.

El señor Guillamondegui señaló que el problema se centra en el año de la carrera en que se estudie la historia del derecho. En la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en donde se encuentra en el quinto año de los estudios, el alumno posee un conocimiento amplio de la historia general y de la historia de las instituciones, y entonces sí se puede profundizar la historia jurídica propiamente dicha. De esta manera, el problema metodológico se relaciona con la ubicación de la materia en el plan de estudios de la carrera de abogacía.

El profesor Trusso reseñó los distintos métodos que a su juicio se utilizan para la enseñanza de la materia, según se trate del derecho o de la historia. Asimismo puntualizó las ventajas de la organización de los estudios en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, donde existe un curso de Historia de las Instituciones Argentinas, al empezar la carrera y otro de Historia del Derecho Argentino, al final de la misma.

El profesor Martínez Gijón sostuvo que para poder diferenciar con mayor claridad la Historia del Derecho de la Historia de las Instituciones debe partirse de un concepto claro de lo que se entiende por Derecho. Señaló asimismo que en España, en general, la materia Historia del Derecho está ubicada al iniciar la carrera, lugar que considera el más adecuado. Sin perjuicio de ello, hay casos, como el de Sevilla, en que se dicta una Historia del Derecho Privado en 4º año de la Licenciatura, dándose en cambio en el primer año un curso sobre la evolución histórica del derecho.

El profesor Narancio subrayó la necesidad de distinguir el método de enseñanza del de investigación de la historia jurídica, ya que en

<sup>2</sup> Ver pp. 13 a 64.

tanto el primero se debe adaptar a las necesidades docentes del caso, el segundo pertenece a la ciencia de la Historia del Derecho.

El profesor Medrano sostuvo que resultaba peligroso e inconveniente separar a la norma jurídica, es decir a la consecuencia, de los hechos o circunstancias que le dieron origen, y por lo tanto el profesor como el investigador, no pueden prescindir de ninguno de los dos aspectos, dando —naturalmente— primacía a lo jurídico.

El profesor Piñero dijo que el aspecto jurídico estaba ínsito en la institución, que no puede existir sin ese elemento y que por tanto, la solución del problema consistiría en acentuar el estudio de ese aspecto de la institución de que se trate.

El doctor García-Gallo sostuvo que a su juicio, la historia jurídica no es materia de eruditos, sino de formación, destinada a configurar una mentalidad. Agregó que ninguna metodología puede llevarse a cabo rígidamente y que debe ser adecuada a las necesidades del alumnado y de la casa de estudios donde se dicta la materia. Remarcó que es necesario, en todos los casos, tener presente, al explicar la historia del derecho, las circunstancias que rodearon a lo jurídico.

### IIIª SESIÓN: 10 DE OCTUBRE DE 1966.

Se inició la sesión con la presidencia del doctor García-Gallo y se abordó el segundo punto del temario de la *Reunión*, relativo a las fuentes del derecho indiano en cada país, desde dos puntos de vista, el meramente informativo y el de aplicación y valorización.

El doctor Avila Martel se refirió a los fondos documentales en los repositorios chilenos<sup>3</sup>. Inmediatamente el doctor Mariluz Urquijo se ocupó de reseñar el contenido de los archivos General de la Nación e Histórico de la Provincia de Buenos Aires<sup>4</sup>. El doctor Roberto I. Peña trató a continuación las principales fuentes documentales existentes en Córdoba<sup>5</sup>. El profesor Rafael Eladio Velázquez dió a conocer un breve informe sobre las principales fuentes éditas e inéditas que se encuentran en el Paraguay para el estudio del derecho indiano.

El doctor José Martínez Gijón intervino para hacer notar la necesidad de impulsar los estudios de las fuentes de la historia del derecho

<sup>3</sup> Ver pp. 207 a 209.

<sup>4</sup> Ver pp. 188 a 191.

<sup>5</sup> Ver pp. 204 a 207.

comercial español, conforme lo desarrolla en el trabajo presentado a esta *Reunión*<sup>6</sup>. Los fondos documentales de Barcelona fueron indicados por el doctor Demetrio Ramos, quien resaltó el interés de los mismos, especialmente los vinculados con el desarrollo comercial y hacendístico indiano.

El doctor Guillermo Lohmann Villena destacó luego la importancia de los repositorios peruanos

Acto seguido el doctor Juan Manzano y Manzano expuso su trabajo sobre las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano<sup>7</sup>, mereciendo el comentario elogioso de los presentes. El presidente de la *Reunión*, destacó la importancia del tema y el interés de la comunicación leída. El doctor Ismael Sánchez Bella señaló la particularidad del derecho indígena en los problemas hacendísticos. Vial Correa, Zorraquín Becú, Lohmann Villena, Avila Martel, Ramos y el propio Manzano se ocuparon de indicar la mayor o menor influencia que tuvieron las costumbres y el derecho indígena, no sólo en la época hispánica, sino posteriormente.

Por último la doctora Martha N. Oliveros desarrolló algunos aspectos del trabajo presentado a la Reunión<sup>8</sup>, de gran interés para el conocimiento del régimen indígena de América.

#### IVª SESIÓN: 11 DE OCTUBRE DE 1966 (A LAS 9,30 HORAS).

Abierta la sesión, con la presidencia del doctor García-Gallo, éste señaló la necesidad de formar un ambiente, o de intensificarlo en caso de existir, en favor de la creación de cátedras, institutos o centros de historia del derecho, tanto en las facultades de derecho como en las de historia. Sostuvo la necesidad de publicar una *guía* de historiadores del derecho indiano, con indicación de la especialidad de cada uno, de sus publicaciones, cátedras vinculadas a la materia, y demás datos de interés.

Recalcó la necesidad de ir formando un inventario de fuentes documentales éditas e inéditas, como así también de repertorios bibliográficos. Sugirió la preparación de un *programa* de Historia del Derecho Indiano destinado a la enseñanza e investigación, al estilo de los editados por el Instituto Panamericano de Historia y Geografía.

<sup>6</sup> Ver pp. 72 a 80.

<sup>7</sup> Ver pp. 65 a 71.

<sup>8</sup> Ver pp. 105 a 108.

Un vez redactado el *programa*, sería circulado entre los especialistas de los distintos países a fin de que hicieran conocer las objeciones que les mereciera el mismo.

Las proposiciones del presidente merecieron unánime aceptación y se encomendó al propio García-Gallo la redacción del proyecto de *programa*.

Seguidamente señaló la necesidad de que estas reuniones de especialistas en el derecho indiano se realicen periódicamente y luego de un vivaz intercambio de ideas se convino en fundar el *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, integrado por los historiadores que se especialicen en la materia en los distintos países y presidido por un Consejo Directivo de tres miembros, con una Secretaría permanente con sede en el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene. Fueron designados directores los profesores Alfonso García-Gallo, Alamiro de Avila Martel y Ricardo Zorraquín Becú y secretarios los profesores Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martíre. Asimismo se resolvió que la próxima Reunión se realice en Santiago de Chile durante el año 1969, organizada por el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

A continuación el doctor García-Gallo abordó el tema del derecho indiano general y local, glosando la parte pertinente de su trabajo<sup>9</sup>. Acto seguido el doctor Demetrio Ramos leyó su colaboración titulada *Las ciudades de Indias y su asiento en Cortes de Castilla*<sup>10</sup>, mereciendo el elogio de los asistentes.

Vª SESIÓN: 11 DE OCTUBRE DE 1966 (16.00 HORAS).

Se abrió la sesión con la presidencia del doctor García-Gallo, quien continuó desarrollando aspectos vinculados al tema expuesto en la mañana, refiriéndose en especial a las características del derecho indiano general y local. Intervinieron, exponiendo distintos enfoques de la cuestión, los profesores Sánchez Bella, Avila Martel y Lohmann Villena.

Seguidamente el doctor Avila Martel señaló los lineamientos generales del proyecto redactado por el profesor de la Universidad de Columbia, Lewis Hanke y por los miembros del Seminario de Historia y Filosofía del Derecho de Chile, que el orador dirige, para elaborar

<sup>9</sup> Ver pp. 30 a 39.

<sup>10</sup> Ver pp. 170 a 185.

una colección o *corpus*, de disposiciones normativas en materia minera. Para esta empresa, dijo, resulta imprescindible contar con la colaboración de los especialistas de América y España. Señaló la necesidad de reunir no sólo las disposiciones legisladas, sino también aquellas elaboradas por la costumbre y la jurisprudencia, e invitó a los asistentes a unirse a este proyecto. Luego de un cambio de ideas se manifestó la general aceptación de todos los presentes en colaborar para el mayor éxito del trabajo. Los especialistas argentinos prometieron su ayuda y quedaron a la espera de las indicaciones que señalarán los autores del proyecto.

Finalmente se procedió a firmar el acta de constitución del *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, dando así por concluida la Reunión, con las palabras de despedida del doctor García-Gallo.

#### ACTA DE CONSTITUCIÓN DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

En Buenos Aires, a once de octubre de 1966, los asistentes a la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, reunidos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, convocada por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene y por la Fundación Internacional Ricardo Levene, resuelven:

1º: Constituir el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, que quedará formado por los suscriptos y por los historiadores del derecho indiano que invite al Consejo Directivo.

2º: El Instituto estará gobernado por un Consejo Directivo formado por tres miembros y contará con una Secretaría Permanente.

3º: La Secretaría Permanente tendrá su sede en el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

4º: El Instituto organizará cada tres años reuniones de historiadores del derecho indiano.

5º: El Consejo Directivo dictará las reglamentaciones a que deberá ajustarse la labor del Instituto.

6º: El Consejo Directivo queda integrado, por esta primera vez, por los doctores Alamiro de Avila Martel, Alfonso García-Gallo y Ricardo Zorraquín Becú, y la Secretaría será desempeñada por los doctores Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré.

7º: La próxima reunión de historiadores del derecho indiano será organizada por el Seminario de Historia y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y tendrá lugar en la ciudad de Santiago durante el año 1969.

## CRÓNICA

---

### DIRECTOR INTERINO

Habiendo sido designado Embajador de nuestro país ante el Gobierno del Perú, ha viajado a Lima el doctor Ricardo Zorraquín Becú, Director del Instituto. Con tal motivo se ha encomendado la dirección interina del mismo al doctor Samuel W. Medrano, Profesor de Introducción al Derecho, quien también se ha hecho cargo, en igual carácter, de la cátedra de Historia del Derecho Argentino de esta Facultad.

### PROFESORES DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Han sido designados profesores adjuntos de Historia del Derecho Argentino, por concurso interno, los doctores Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré.

### P E R S O N A L

Nuevamente han sido designados ayudantes de docencia no diplomados, los alumnos Alicia Demetrio y Arnaldo S. Mónaco, en atención a sus distinguidas calificaciones. Habiendo renunciado el señor Mónaco, fue nombrada en su reemplazo la señorita María Beatriz Cassoulet.

### CONFERENCIAS

El 3 de agosto de 1967 se celebró una sesión pública del Instituto, durante la cual el Jefe de Cursos y Publicaciones, doctor Eduardo Martiré desarrolló el tema *Derecho minero indiano*, adelantando algunos aspectos de una obra de mayor volumen que publicará próximamente.

El Instituto recibió la visita del Profesor de la Universidad Libre de Bruselas, doctor John Gilissen, quien ocupó la tribuna del Instituto durante la sesión pública del 1º de setiembre de 1967, ocupándose de los distintos aspectos de la enseñanza del derecho en las universidades de Europa.

## C U R S O S

Durante el corriente año siguió desarrollándose el curso de investigación, sobre el tema *La administración de justicia argentina frente a la realidad social (1810-1910)*, esta vez a cargo del doctor Eduardo Martiré, participando del mismo un numeroso grupo de alumnos.

## AYUDANTE DE CATEDRA

En la Carrera Docente de la materia Historia del Derecho Argentino, ha sido designado por concurso Ayudante de Cátedra de 2ª el doctor Miguel Biscione, quien ya se ha hecho cargo de sus funciones.

## T E S I S

El abogado Manuel Eduardo Piedra Buena, presentó su tesis doctoral para optar al grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, sobre el tema *Las instituciones políticas y la familia en los pueblos indígenas que habitaron el territorio argentino*, la que fue calificada con la nota de *distinguido* (8).

## B E C A

El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas ha otorgado al señor Julio César Guillamondegui, una beca anual de perfeccionamiento para trabajar en este Instituto sobre el tema *Historia de la justicia comercial desde 1810 hasta la supresión del Consulado de Buenos Aires*.

## JORNADAS DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

El Instituto ha organizado las Primeras Jornadas de Historia del Derecho Argentino, que se realizarán en esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, los días 13 y 14 de octubre de 1967, y a las que han sido invitados los profesores de la materia y especialistas de todo el país.

En dichas Jornadas, siguiendo los lineamientos de la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, se tratarán especialmente los problemas metodológicos de la enseñanza e investigación de nuestra disciplina y asimismo se recibirán trabajos vinculados a la especialidad.



## CURSO DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

El Instituto auspició la realización por el Departamento de Graduados de esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de un curso de perfeccionamiento y actualización para graduados, sobre el tema *Enfoques de la Historia del Derecho Indiano*, en el que se desarrollaron temas vinculados con los problemas metodológicos de la disciplina, la regulación del comercio exterior entre España y América, la organización judicial indiana, el régimen de la propiedad de la tierra en Indias, el control administrativo de los funcionarios indianos, el régimen matrimonial, y la persistencia de la legislación indiana durante el período patrio.

El desarrollo del curso estuvo a cargo de la profesora Daisy Ripodas Ardanaz, de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires; del doctor José M. Mariluz Urquijo, de la Facultad de Ciencias Económicas de la misma Universidad y de los doctores Samuel W. Medrano, Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene.

Participaron en el mismo, no sólo abogados, sino graduados de otras facultades e institutos superiores de enseñanza.



## NOTICIAS

---

### PREMIO RICARDO LEVENE

La Fundación Ricardo Levene ha otorgado su premio correspondiente a la mejor obra sobre Derecho Indiano, publicada durante los años 1964 a 1966, al distinguido historiador español doctor Demetrio Ramos por su trabajo *Determinantes formativos de la "hueste" india y su origen modélico*, aparecido en Santiago de Chile en 1965.

El jurado estuvo integrado por Pedro Calmón, Alamiro de Avila Martel, Manuel Ballesteros Gaibrois, Julio César Chaves, Ariosto D. González, Joaquín Gabaldón Márquez y Ricardo Zorraquín Becú.

El premio consiste en una medalla y la suma de cincuenta mil pesos argentinos, y será entregado en acto público próximamente.

Las autoridades de la Fundación recuerdan a los historiadores que las obras que deseen optar al citado premio, publicadas durante los años 1967 a 1969 deberán ser presentadas en la Secretaría, calle San Martín 336, Buenos Aires.

### CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ESCALAS MARITIMAS

La "Société Jean Bodin" y la Comisión Internacional de Historia Marítima, con sede en Bruselas y en París, respectivamente, han organizado un Congreso Internacional para el estudio histórico y comparativo del tema *Las grandes escalas marítimas*, que se desarrollará durante el mes de octubre de 1968 en Bruselas.

El Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, que ha sido invitado a participar en el mismo, se ocupará de los temas vinculados con la legislación mercantil y la regulación del tráfico comercial entre España y el Río de la Plata.

### CURSO SOBRE DERECHO INDIANO EN ROSARIO

Con el auspicio de la Facultad Católica de Humanidades y su Instituto de Historia Argentina, de la Facultad de Derecho de la Uni-

versidad Católica Argentina y del Instituto Santafesino de Estudios Históricos de Rosario y patrocinado por el Instituto Argentino de Cultura Hispánica se llevó a cabo en Rosario en los meses de junio, julio y agosto del corriente año un *Curso sobre Derecho Indiano*, que contó con la asistencia de un crecido número de abogados y profesores de historia. En total, fueron nueve las clases, que se dictaron semanalmente en la sede del Club Español, y que estuvieron a cargo de los siguientes profesores: Conrado Ugarte, Víctor Tau Anzoátegui, Néstor P. Sagües, Eduardo Martiré, Jorge E. Marc, Roberto Teran Lomas, Carlos D. Giannone, Manuel T. Marull y Miguel Angel de Marco.

## BIBLIOGRAFIA

CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*. Ed. del Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1965, 828 págs., XII láminas y 1 mapa.

En la *Advertencia* de este grueso volumen el autor señala que alguna de sus monografías son "obras de juventud" aunque luego agrega, disculpándose por la soberbia, que ninguna de ellas ha sido hasta ahora superada. Y así lo creemos nosotros, que daremos aquí tan sólo cuenta de su contenido pues, siendo válido sólo el juicio emitido por los pares o los más calificados, no sería fácil encontrar quién pudiese dar su opinión sobre la calidad de los trabajos.

El primero se titula *Las Behetrerías. La encomendación en Asturias, León y Castilla*. En más de 300 páginas el profesor Sánchez Albornoz, planteada una vez más la pregunta, ¿cuál es el origen, cómo surgieron las behetrerías castellanas?, se ocupa de los antecedentes históricos de los hombres de benefactoría asturleonésas, de la transformación de las benefactorías y de la última teoría de Mayer, incluyendo también en apéndice varios documentos que hacen al tema.

En *Los libertos en el reino Asturleonés* se estudia uno de los tres grupos de hombres libres en dependencia, los *libertos*, desde la época visigoda, explicando las distintas formas de acceso a la libertad, las clases de libertos, su condición jurídica y la importancia social que tuvieron en la época asturleonésas.

El *Tributum quadragesimale y las supervivencias fiscales romanas en Galicia*;

*El precio de la vida, la moneda de cambio y la de cuenta en el reino asturleonés*; *La primitiva organización monetaria de León y Castilla* junto con *Notas para el estudio del "petitum"* y *El precarium en Occidente durante los primeros siglos medievales* son aportes dedicados a instituciones de tipo económico.

Son varios los temas puramente jurídicos incluidos: *Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda*; *El gobierno de las ciudades de España del siglo V al X*; *La sucesión al trono en los reinos de León y Castilla*; *La "ordinatio principis" en la España goda y post-visigoda*; *Un ceremonial inédito de coronación de los Reyes de Castilla España y el feudalismo carolingio y La potestad real y los señoríos en Asturias, León y Castilla*.

La obra de capital importancia por la autoridad de su autor en la materia, será un elemento de consulta imprescindible. La cuidadosa edición de la Universidad de México realza el valor de su publicación.

JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI

DARDO PÉREZ GUILHOU, *Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, 108 págs.

El decano de la Facultad de Ciencias Políticas y rector de la Universidad de Cuyo ha compuesto este excelente trabajo sobre los intentos de implantar una monarquía en el Plata, durante el período en que sesionó el Congreso de Tucumán. Los hechos son conocidos, pero el

autor se encarga de analizarlos desde un punto de vista novedoso. De esta manera el proceso de instauración monárquica cobra nuevas características y aparece claramente ubicado dentro del plan de acción del Congreso.

Comienza Pérez Guillou por señalar que el monarquismo de los congresales y hombres principales del momento era real y no aparente. Luego de indicar las posturas francamente favorables, se refiere a la tan conocida actitud del Padre Oro, a quien el autor no considera adverso a la monarquía, más bien ve en sus palabras una forma de desalentar la candidatura del Inca, que estaba en el tapete en esa época y que con tanto entusiasmo defendía Belgrano. Esta tesis encuentra fundamento —dice el autor— en la adhesión del ilustre sacerdote, en la sesión secreta de 4 de setiembre de 1816, a las instrucciones que se dieron al representante del Congreso Miguel Irigoyen, para tratar con el jefe portugués Federico Lecor. Allí se expresaba que “la parte sana e ilustrada de los pueblos y aún el común de éstos están dispuestos a un sistema monárquico constitucional o moderado...”. En cuanto a Tomás de Anchorena, que fue quien deshizo los planes monárquicos con su célebre discurso pronunciado en la sesión de 6 de agosto de 1816, también había votado en la recordada sesión secreta en favor de las instrucciones. Aquí también considera Pérez Guillou que Anchorena trataba de desbaratar el plan del Inca, que se discutía en esa sesión de 6 de agosto. El autor apoya esta conclusión en los párrafos de la carta del diputado a Rosas, de 4 de diciembre de 1846: “mas éste [se refiere al proyecto monárquico] no fue rechazado y ridiculizado en el público porque hubiéramos proclamado, o porque nos hubiésemos ocupado de discutir si debíamos proclamar un gobierno monárquico constitucional, sino porque poníamos la mira en un monarca de la casta de los chocolates...”. Y para rubricar la filiación monárquica del diputado el autor transcribe algunos párrafos de la contestación de Anchorena a las imputaciones que en 1820 le hiciera Sarraatea, por sus intentos de traer un príncipe portugués al Río de la Plata. En ese documento Anchorena declara

sin embagues su participación en los intentos de coronar a un monarca de la casa lusitana, recordando entre otras razones que esa coronación “sería un modo de ligar los intereses de la corte del Brasil con los de esta Provincia y aumentar en uno y otro Estado el peso de su poder contra las aspiraciones del viejo mundo”; por otra parte —continuaba Anchorena— se sujetaría al príncipe a una constitución liberal y de esta manera “no solo se salvaba la libertad e independencia del Estado conforme a los votos de los pueblos sino que, acomodándonos a nuestra primera educación, a las costumbres y espíritu del siglo, dábamos más respetabilidad y crédito a nuestra nación, poniéndola también a cubierto de los peligros de una vecindad absolutamente extranjera y de cualquier otra presión particular”. Para el autor, el único auténtico y manifiesto republicano es el doctor Jayme Zudañez, quien expresamente lo reconoció en la sesión secreta de 3 de noviembre de 1919. Las instrucciones a los diputados —dice Pérez Guillou— o bien guardan prudente silencio, o bien les señalan la monarquía constitucional atemperada. Hace luego una reseña del pensamiento de los principales hombres del momento, concluyendo que veían con buenos ojos la fórmula monárquica, que incluso despertaba simpatías en el pueblo, interpretado a través de sus dirigentes, que por esa época —dice el autor— eran los jefes militares de los ejércitos libertadores, en donde se había enrolado la gran masa popular. También analiza la prensa del momento, señalando que “la misma organización de los periódicos, su reducido tiraje, el escaso número de alfabetos y la circunstancia de que su difusión quedara reducida a Buenos Aires, mermaban su influencia”; pero era evidente que su gran mayoría se inclinaba por el monarquismo.

Ubicando en su exacta dimensión las diferencias que separaron al Congreso de los caudillos influenciados por Artigas, nos enseña Pérez Guillou que “el tema de menor importancia en su polémica es el que se refiere a la forma de gobierno”.

Un cuidadoso estudio de la documentación de la época le indica al autor que la monarquía que se pretendía era

para América, y debía ser constitucional y moderada. Señala asimismo las causas del monarquismo: el triunfo de la Santa Alianza y la política general europea del momento, eran las causas externas. Las internas eran en cambio más numerosas y complicadas: el mimetismo rioplatense hacia las fórmulas en boga en Europa, la esperanza de lograr a través de la fórmula monárquica "el afianzamiento del equilibrio social socavado por la revolución", la persistencia del sentimiento colonial, la política económica seguida por los primeros gobiernos patrios en perjuicio del interior, la unidad del antiguo virreinato, etc. Pero de todas estas Pérez Guilhou da preferente importancia a la esperanza de encontrar en la monarquía la solución a "los disturbios y anarquía reinantes para posibilitar el afianzamiento de la independencia rioplatense". San Martín, Belgrano y otros, coincidían sobre esta circunstancia.

Las causas del fracaso de los proyectos monárquicos están configuradas principalmente, a juicio del autor, por la mala elección de los candidatos a ocupar el trono americano. El proyecto del Inca era irrealizable, el del príncipe lusitano representaba la sujeción al enemigo ancestral del antiguo virreinato y el del francés fue propuesto cuando ya el Congreso y el Directorio estaban en franca declinación. Señala asimismo el interés norteamericano para impedir un régimen monárquico en el Río de la Plata. Cree también el autor que además de las causas ya señaladas, fue fundamental la oposición de Fernando VII a que se entronizara en América a un príncipe español, en 1816, cuando la idea de la monarquía constitucional hacía furor. A ello se debió por sobre todo el fracaso del intento monárquico.

De lo expuesto se desprende que estamos frente a una obra de gran valor, importante elemento de consulta para quien pretenda conocer la idea de la instauración de la monarquía en el Plata, que —por méritos propios— se incorpora a los mejores trabajos sobre la materia.

EDUARDO MARTIRÉ

ELEAZAR CÓRDOVA-BELLO, *Compañías holandesas de navegación*, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Sevilla, 1964, 303 págs.

El historiador y catedrático de la Universidad de Caracas, Dr. Eleazar Córdova-Bello, nos ofrece un completísimo trabajo, cuyos pormenores hasta ahora eran poco conocidos. Nos referimos a la presencia de Holanda en el proceso de colonización del Nuevo Mundo, como competidora de España, Inglaterra y Francia, tardía, pero competidora al fin; y al papel de los Países Bajos como "pioneros" de sus actividades ultramarinas comerciales durante los siglos XVII y XVIII a través de sus originales y famosas Compañías Holandesas de Navegación.

Córdova-Bello llena un claro en la historiografía, no sólo sobre la presencia de europeos en el Nuevo Continente, sino también en el tema de la orientación holandesa del comercio ultramarino a través de su original organización.

El trabajo se desarrolla en ocho capítulos coincidentes con el mismo número de etapas.

El capítulo introductorio encierra la temática de Holanda en el momento de su expansión frente a la decadencia lusitana en África y luego en Asia, y presenta el cuadro de una España en plena tarea exitosa de penetración en América, mientras que Inglaterra y Francia le salen al paso al comercio neerlandés esforzándose por compartir con Holanda algunos dominios de ultramar, tentativa que coronan ambos estados con todo éxito. Aquí el autor explica lo que él llama, "la valiosa contribución de Holanda a la penetración de las nuevas ideas en América", en especial en la prédica de la Ilustración cuyo foco de irradiación más poderoso se encontraba en ese país.

El capítulo segundo lo dedica Córdova-Bello a la explicación de la presencia de Holanda en la carrera expansionista como buscadora de negocios, siendo el ariete la famosa *Compañía de las Indias Orientales*, que tipifica la expansión neerlandesa, desprovista de toda idea religiosa de cruzada misionera.

ra, puesto que los holandeses, a través de su burguesía y de poderosos consorcios navieros, invierten sus cuantiosos capitales en calculados fines de orden económico —mentalidad típica capitalista— y políticos, y relata en forma clara y acertada como en poco tiempo la marina holandesa desplaza a los lusitanos de los mercados africanos y asiáticos, provocando así, a corto plazo, la crisis del poder marítimo, no sólo de Portugal, sino de la misma España en el siglo XVII. Muy bien presentado está el proceso de transformación que se opera en el siglo XVII a través de las abundantes y pequeñas compañías de navegación —que compiten entre sí— y que lesionan los intereses de la comunidad, cuya mejor solución es llegar a la política monopolista por delegación estatal en las grandes compañías, origen de la famosa Compañía de las Indias Orientales, que “si bien altera por vez primera —acota el autor— y por voluntad expresa de los mismos holandeses el principio de la libertad de comercio, para dar paso al monopolio, que rindió positivos beneficios a la nación misma”. La Compañía merece especial atención en este acápite, pues estudia su manera de operar, la reacción de Inglaterra ante el franco éxito de ella, que no se resignaba a admitir el monopolio decretado por los holandeses, hasta conseguir el convenio de 1619, por el cual ambas potencias convinieron dividirse por igual el comercio asiático. Nació así la competidora inglesa conocida con el nombre de East India Company, cuya presencia no perturbó el cada vez más creciente dominio holandés en mares y tierras de la lejana Asia.

La trayectoria de otro poderoso y privilegiado consorcio holandés —la *Compañía de las Indias Occidentales*— cuyo ámbito fue para ella en forma exclusiva el Nuevo Mundo, es motivo del capítulo III del trabajo. Se explica en él que además de fines mercantiles, otra finalidad novedosa es arraigar población holandesa y europea —proceso típico de colonización— en el Nuevo Mundo, pero cuya finalidad secreta y encubierta no era otra que atacar en sus propios dominios a España y Portugal, evidente política de agresión, que el propio Estado alentaba nada me-

nos que con un millón de florines. Pero en aras a la fiebre de lucro —expresa el autor— Holanda desperdió en América la oportunidad que le brindaba su organización naval y sus incalculables recursos económicos para asentar las bases de un importante imperio colonial.

El proceso de la *Compañía de los Nuevos Países Bajos*, pues este era el nombre —Nuevos Países Bajos— dado a sus posesiones de América del Norte, que luego fuera absorbida por la de las Indias Occidentales, se explica en el capítulo IV. Analízase en detalles la actuación de los gobernadores de Nueva Amsterdam (nombre de la capital de la colonia), la afluencia de extranjeros venidos de las colonias inglesas del norte, y como se desenvuelve la flamante posesión. Explica cómo fue el negocio del tabaco con sus productores de Virginia y cómo se estimuló el comercio esclavista en estas colonias, típicamente de plantaciones, que constituyó la fuente más lucrativa para el consorcio comercial.

La temática del capítulo V es la del contrabando y los factores que lo coadyuvaron, entre ellos, los onerosos gravámenes aduaneros que asfixiaban toda iniciativa mercantil. Se anota como los holandeses tuvieron a su cargo la mayor parte del tráfico ilícito en las posesiones españolas del Caribe, en la que tanto mercaderes españoles, como los de los dominios indios, “no tuvieron escrúpulo —dice nuestro comentado— de fraternizar y negociar con los contrabandistas neerlandeses”. Muy bien explicado está el conocido ardid de las “arribadas forzosas”, modo de ganar puertos extranjeros para contrabandear, llegando a la conclusión que el contrabando llenaba una necesidad en Hispanoamérica, y que si bien el comercio ilícito debilitaba la dependencia de los dominios de ultramar y sus metrópolis, fue de gran popularidad.

En el capítulo VI tenemos explicado en detalles la presencia de los holandeses en el Brasil como empresa mercantil sin aspiraciones imperialistas y se prueba con rígida objetividad científica que con la designación del príncipe Juan Mauricio Oranges Nassau —gran organizador y civilizador de positivas realizaciones— en *Nueva Ho-*



landa, denominación que se dio a la colonia, y en la cual se asentaron casi un cuarto de siglo. El príncipe, es para Córdova-Bello, el realizador en América de un experimento colonizador de lo más avanzado y moderno y de positivas realizaciones en lo económico, político, social, cultural, etc., de los que no se había realizado hasta entonces. Dice que sólo un hombre movido por una mística civilizadora pudo realizar una obra de tal envergadura. Destaca la hábil política indigenista la que dio excelentes frutos, pues sirvió para ganar al indio a la causa holandesa y alejarlo del despótico trato dispensado por los portugueses. Pero en cuanto a la esclavitud negra, en nada innovó, pues fue negativa coincidiendo con la mentalidad de lusitana, francesa o inglesa, todas identificadas en la impiedad. En acertadas páginas y con cifras documentase el comercio del azúcar, industria que si bien requería inapreciables capitales y de esclavos como mano de obra, dejaba grandes beneficios por su demanda en los mercados europeos. Cierra este acápite con la expulsión en 1654 de los holandeses del Brasil y el problema de la asistencia espiritual en esas colonias a través de la labor evangelizadora de pastores calvinistas.

Los capítulos VII y VIII respectivamente calan bien hondo en el proceso histórico de la presencia de los holandeses en Curazao y en otras islas del Caribe, todas ellas del patrimonio hispánico, y en las Guayanas, señalando todo el proceso inicial hasta su crisis en los siglos XVII y XVIII.

Cierra su brillante labor el catedrático venezolano con el capítulo X, como *ex-tema* con un muy ilustrativo y novedoso cuadro comparativo de las colonizaciones en América y el trato que en ellas se les dispensaba al negro y al indio, estudiando semejanzas y diferencias. Analiza con minuciosidad los instrumentos legales base de la colonización, como: la capitulación hispana, la carta de concesión portuguesa, la carta de fundación inglesa, la concesión holandesa y el patronato holandés. Incluye la esclavitud del indio y del negro, la acción misional, el régimen colonial de tierras y sus aspectos sociales, llegando a la conclusión que España se adelanta en varios siglos a otras na-

ciones, a través de su avanzada política, basada en la justicia social. Admite que debe reconocerse lealmente que esa sabiduría y altruista política fue obstruida en América en sus etapas iniciales por la ambición de los españoles conquistadores y después por la autocracia de sus descendientes.

El trabajo de Córdova-Bello es una contribución al estudio de la penetración de los europeos en el Nuevo Continente y en especial a la holandesa, que escapa a los moldes comunes mostrando originales y eruditos enfoques del problema, muy poco conocido hasta que su trabajo viera la luz.

HUMBERTO A. MANDELLI

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, t. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1966, 269 págs.

Jugando con la paradoja, un historiador argentino se disculpó alguna vez de haber escrito un libro largo por no haber dispuesto del tiempo necesario para acortarlo. En la obra que comentamos ocurre justamente lo contrario. Las escasas 260 páginas son el resultado de veinticinco años de ejercicio de la cátedra y de ininterrumpidas investigaciones jalonadas por varios libros fundamentales y por numerosos artículos en los que el autor ha venido desmenuzando concienzudamente distintas parcelas del tema. No se trata ahora de repetir la exposición prolija y menuda ya cumplida en esos trabajos sino de remodelar su contenido y dejarlo decantar hasta lograr una síntesis que, omitiendo detalles, vaya derechamente a lo esencial de cada cuestión. El objetivo ha sido alcanzado, obteniéndose un magistral epitome de líneas armoniosas y equilibradas, una abreviatura en la que cada párrafo es suma y compendio de trabajos propios o ajenos que lo respaldan. No ha de hallarse, pues, el desarrollo exhaustivo —que

el lector curioso podrá buscar en otras obras del mismo autor— sino el esquema integral en el que los distintos tópicos son jerarquizados de modo que guarden la adecuada proporción.

Este primer tomo, que abarca el período que se cierra con la Revolución de 1810, comprende dos partes. En la primera, de carácter introductorio, Zorraquín Becú precisa su concepción de la historia del derecho, describe las corrientes que contribuyeron a formar el sistema jurídico del pueblo colonizador discriminando las vertientes romana, germánica, musulmana y canónica, y bosqueja un cuadro de las instituciones castellanas.

La segunda parte es consagrada al derecho indiano. Tras algunas escuetas referencias a hechos históricos que deben tenerse presentes para comprender el proceso jurídico, el autor estudia los organismos vinculados al gobierno y a la administración del Río de la Plata. Aquí, como en el resto del volumen, establece las debidas distinciones cronológicas que permiten fijar la trayectoria de cada institución siguiéndola desde el instante inicial del asentamiento colonizador y a través del estático período posterior hasta la etapa en la que el Imperio, bajo la influencia de la Ilustración, renueva sus ideales y estructuras. Terciando en el debate sobre el papel desempeñado por los cabildos, afirma que aunque no pueden calificarse de democráticos ejercieron una función representativa al identificarse con las tendencias e intereses de las clases urbanas superiores.

La existencia de distintos grupos sociales dotados de peculiares estatutos jurídicos lo conduce a estudiar separadamente a indios—infieles y cristianos— negros y blancos. En el capítulo sobre sistema económico aborda la propiedad del suelo y subsuelo, el derecho de los accioneros de Buenos Aires al ganado cimarrón, la producción y circulación de los bienes, el comercio interior y exterior y el Consulado.

El capítulo acerca de las fuentes del derecho indiano evalúa la respectiva importancia del derecho castellano, del indígena y del propiamente indiano que rigieron en América, señala sus características distintivas y establece las diferencias formales o de contenido entre

leyes, pragmáticas sanciones, ordenanzas, instrucciones, provisiones, cédulas, cartas, decretos, órdenes, asientos—nos permitimos disentir de la caracterización que los reduce a la concesión de la exclusividad del comercio negrero—, capitulaciones. Al estudiar los rasgos dominantes del derecho indiano dice Zorraquín Becú que el legislador se inspiró naturalmente en las creencias y doctrinas que sustentaba y que entre ellas pueden “destacarse sobre todo tres, cuya presencia determina los grandes lineamientos del sistema: la religión católica, el jusnaturalismo escolástico y el derecho peninsular entonces vigente. El catolicismo convirtió al Nuevo Mundo en un Estado fundamentalmente religioso, dentro del cual la Iglesia cumplía importantísimas funciones. La filosofía escolástica impuso las soluciones políticas contrarias al absolutismo y también las que tendían a proteger al indio contra la explotación de los españoles. Y el derecho peninsular dio la forma y el nombre de muchas instituciones, aunque su contenido sufriera a veces alteraciones substanciales al trasladarlas a América”.

Son igualmente parágrafos plenos de interés los dedicados a estudiar el valor de la costumbre, del derecho indígena y del arbitrio judicial en la aplicación del derecho. Sobre la tan tratinada controversia en torno al desprecio de la ley observa que “si bien se advierte en ciertos casos un incumplimiento de las normas jurídicas, debe señalarse también que, a la inversa, se produjo la sumisión espontánea al derecho implantado en las Indias. No existían ejércitos ni suficientes órganos de vigilancia, y sin embargo estas nuevas comunidades se organizaron y vivieron respetando un orden jurídico no impuesto coactivamente, sino libremente admitido y acatado por la generalidad”. El derecho indiano—añade— “fundado en la moral y tendiente a asegurar la justicia en las relaciones sociales, se imponía por la sola prestancia de sus fundamentos y por la alta jerarquía de sus fines, cuya validez reconocían los mismos gobernados puesto que coincidían con sus más firmes creencias”.

Un último capítulo versa sobre la doctrina jurídica, la enseñanza del derecho y la abogacía.

Cada capítulo finaliza con una bibliografía en la que se mencionan unas pocas obras básicas que pueden servir de guía para quien desee ampliar el tema. El estilo, correcto y diáfano, y la esmerada sistematización realzan el valor docente de esta obra madura que, sin duda, no será sólo aprovechada por el estudiante de derecho sino por todo aquel que se interese por los problemas de la historia americana. Quien recurra a ella podrá estar seguro de hallar respuesta para sus dudas o —si la investigación no permite ofrecer todavía conclusiones definitivas— un cuidadoso y actualizado balance del estado de la cuestión.

JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

ROLANDO MELLAFÉ, *La esclavitud en Hispanoamérica*, Editorial Eudeba, Biblioteca de América, Buenos Aires, 1964, 115 págs.

El historiador chileno Rolando Mellafé realiza en este pequeño libro que presenta Eudeba en su Biblioteca de América, Libros del Tiempo Nuevo, un interesante panorama de la evolución histórica de la esclavitud en Hispanoamérica. En la Introducción el autor pasa examen a las obras que, con carácter científico, se han escrito contemporáneamente, y encuentra que las mismas surgen en los países en que la institución fue más intensa y prolongada: Cuba, con Antonio José de Saco, y Brasil, con la obra de Raimundo Nina Rodríguez y sus discípulos.

Dice el autor que España y Portugal, en los años anteriores al descubrimiento tenían tratos comerciales con África, los que incluían el comercio negrero; así al descubrirse América, no se produjo más que la extensión de ese tráfico hacia el Oeste. En América eran necesarios para el trabajo de las minas y lavaderos de oro, aliviando el peso del trabajo de la población indígena. Estos motivos, junto con el hecho natural y conocido de que las Antillas fueran el centro de irradiación y la base de operaciones de la conquista, explican, para Mellafé, la abundancia de esclavos negros en esa zona. Analiza

las distintas formas en que se permitía a los primeros conquistadores introducir negros en América: como premio por servicios prestados, o en pago de los "juros" o "anualidades", o aquellos casos en que el negro figura como "compañero y auxiliar del conquistador, en una relación de asociación subordinada pero aliada, que llevó a muchos a obtener la libertad y a poseer esclavos a su vez". Resumiendo, se puede decir con el autor, que "los primeros conquistadores, en cada región de América, fueron también los primeros importadores de esclavos y los más importantes detentadores de mano de obra negra".

Pasa luego a estudiar el período de las licencias, que al ser revendidas encajecían artificialmente los precios, el de los asientos portugueses, favorecido por la unión en la cabeza de Felipe II de las coronas de España y Portugal, y que no hacían más que reconocer el hecho de que las fuentes de extracción de esclavos estaban bajo el dominio portugués; la prohibición del tráfico por el Río de la Plata, con su consecuencia lógica, el contrabando; el período de las compañías por acciones, iniciado con los Borbones, concedido primeramente a Francia y luego a Inglaterra, con el Tratado de Asiento de Negros de 1713 y finalmente Carlos III y sus ministros. El autor llega a la época del libre comercio de esclavos, y culmina su estudio afirmando que hacia 1804 había prácticamente libertad de comercio para toda Hispanoamérica.

Recuerda el autor las dos etapas de la trata, realizadas en forma independiente: la extracción de los esclavos y su llegada a puertos americanos, y su distribución en América en los puertos de arribada más importantes —Cartagena, Veracruz, La Habana y Buenos Aires—. Calcula que entre los negros entrados legal e ilegalmente "no nos parece exagerado decir que en el período colonial fueron introducidos en Hispanoamérica alrededor de 3.000.000 de esclavos negros".

Se refiere a la "ruta continental", abierta en el Río de la Plata como reacción a la empecinada política comercial de la Metrópoli, consistente en utilizar la ruta de Panamá, ruta conti-

mental que se nutrió fundamentalmente del contrabando.

Dice que en distintas formas fueron empleados en los lavaderos de oro de las Antillas, en las minas de plata, en la agricultura de consumo y en la tropical de exportación, que se extendió en una franja costera desde el sur de Norteamérica al norte de Sudamérica.

Problema de difícil solución en la época fue el de la esclavitud improductiva, el vagabundaje y el cimarronaje, definiendo a éste como "actividades penadas por la ley que realizaban los negros esclavos que habían huído de sus amos, y que actuaban en bandas armadas, muchas veces organizadas en formas políticas remanentes de sus orígenes tribales. Se buscaron diversas soluciones, incluyendo la Recopilación de 1680 terribles penas para los cimarrones.

A pesar de que España trató de evitar la unión de razas, ello no fue posible, apareciendo los mestizos, mulatos y zambos con sus innumerables subdivisiones, que en el lenguaje de la época se conocían como castas; dice el autor que "la tendencia general de los negros era dejar de ser negros", "la preferencia general era la de ser considerado euromestizo para acercarse al status social del blanco".

Termina el libro haciendo referencia al movimiento antiesclavista, patrocinado por Inglaterra en una circular a los gobiernos americanos, que fueron aceptando el temperamento. Así, Argentina, que había declarado en 1813 la libertad de vientres, firmó el Tratado con Inglaterra en 1839, estando Rosas a cargo de las Relaciones Exteriores de la Confederación.

La condena, basada en motivos humanitarios, contenidos en la Bula Papal de 1839, respondió, además, a las conveniencias de un nuevo colonialismo, el efectuado en el interior de África, que necesitaba mano de obra negra en su propio territorio.

En síntesis, una obra interesante, de fácil lectura, que cuenta además, en su parte final, con una excelente y extensa bibliografía muy útil para el estudioso que desee profundizar este aspecto de la vida colonial, que comprende tanto documentos y obras de la época como trabajos contemporáneos.

JUAN CARLOS BALERDI

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, *La comenda en el Derecho español: I. La comenda-depósito*, en *Anuario de Historia del Derecho español*, Madrid, 1964, pp. 31-140.

El catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de Sevilla ha compuesto este trabajo sobre la comenda-depósito, en el que se desarrolla el nacimiento y evolución de esta importantísima figura del derecho comercial español.

Comienza el autor por señalar las distintas acepciones que la voz *comenda* tuvo en las fuentes del Derecho hispánico, señalando que en todos los casos ha encontrado como elementos comunes "la idea de protección o custodia de personas o cosas" y la confianza que uno de los sujetos de la relación tiene con respecto al otro, en base a determinadas cualidades de este último. Entiende Martínez Gijón que entre la comenda marítima de la Edad Media "en la que late la idea de empresa", la comenda-depósito, que se confunde con la sociedad y la encomienda o comisión, "existen unos vínculos más profundos que los puramente terminológicos, y que justifican el estudio de la comenda en todas sus manifestaciones", señalando que, en cuanto instituciones mercantiles, todas ellas están basadas en el deseo de lucro.

Desde época temprana la comenda aparece vinculada al depósito y tal evento le indica al autor la necesidad de iniciar el estudio de la institución desde este punto de vista. Para ello comienza por analizar las distintas figuras de depósito que se conocieron en el derecho romano, en el visigodo, en el de la Alta Edad Media y en las fuentes jurídicas de la Baja Edad Media. Ya a esta altura, la identificación entre comenda y depósito era indudable, desconociéndose en cambio la figura del depósito irregular, es decir aquella relación que transforma el depositario en propietario de cosas fungibles, quien queda obligado a devolver otro tanto igual a lo recibido y no la misma cosa. No cree Martínez Gijón que en esta época se conociera el depósito bancario, de enorme difusión más adelante. Revisa cuidadosamente el autor la legis-

lación foral, demostrando un acabado conocimiento de la misma y una inteligente interpretación de sus normas. En el Fuero Real la comenda-depósito reconoce dos formas basadas en la facultad de uso concedida al depositario, pues en unos casos éste puede usar de ella mientras ejerce su custodia siempre que se trate dinero u otras cosas fungibles, y en otros se limita a la custodia o guarda de las cosas entregadas. En todos los casos —señala el autor— la comenda-depósito se concibe como una relación jurídica esencialmente privilegiada para el depositante, citando las fuentes respectivas y los privilegios concedidos a esa parte.

Aclara Martínez Gijón que en la comenda-depósito la regla fue la gratuidad. Así lo contemplaban las Partidas, pero este principio no ofreció mayor solidez y pronto comenzó a desvirtuarse, desarrollando el tema en profundidad.

El trabajo se ocupa de estudiar también los instrumentos con que se documentaba, haciendo especial referencia a la comenda-bancaria. El lector encontrará aquí un completo y bien estudiado panorama de los depósitos bancarios de la Edad Media, con profusa referencia a las fuentes de época y a una completa bibliografía, que ha sido utilizada con acierto. Anota el autor que los depósitos confiados a banqueros eran normalmente fructíferos, señalando que el interés corriente que pagaban éstos oscilaba entre el 5 y 7 %. Pronto fueron tachados de usurarios estos negocios y prohibidos en conciencia, recordando la bula prohibicionista de Pío V de 1571 y la pragmática de Felipe III de 1603. Aparece entonces como lícita tan solo la figura del depósito en el que intervienen elementos propios del contrato de compañía, pues el dinero se entrega al depositario para "que lo emplee en su contratación", dándosele "a compañía de pérdida o ganancia y que si al cabo del año hallare que gana me dé a respecto de lo que ganó, y si perdiere me lo saque del principal". A partir del siglo XV se tratan de justificar los contratos onerosos de depósito-comenda a tasa fija, utilizando fórmulas que se asemejan al alquiler, o bien a través del contrato "trino", que comprende a

su vez tres figuras distintas: sociedad, en que una de las partes aporta el capital y la otra el trabajo; aseguración del capital, y venta de un lucro mayor, pero incierto, por una ganancia cierta pero moderada. Por fin Carlos III en 1764 legitimó los contratos a tasa fija, derogando por tanto la pragmática de Felipe III.

Se ocupa el trabajo en los párrafos siguientes de las características generales de los depósitos bancarios, señalando la aparición del cheque a fines del siglo XIV. La primitiva organización bancaria surge en forma clara y detallada, con indicación de las obligaciones específicas del banquero, entre las que se consideraba ineludible la de devolver los depósitos cuando lo exigiera el depositante. Las quiebras bancarias ocupan también al autor, señalando que en muchas ocasiones estaban motivadas por la facultad que tenía la Corona de utilizar los fondos de los bancos. Se ocupa asimismo de la aparición y difusión de los Bancos públicos, señalando que la institución de este tipo de mayor importancia en su época fue el Banco de San Carlos, fundado en 1782.

El concepto de la institución, durante el siglo XIX fue el de depósito o encomienda, viéndose en ella "un medio eficaz para asegurar un crédito", en atención a los privilegios que rodean al depósito. Cuidadosamente escudriña el autor los estatutos bancarios de esta centuria y extrae de ellos las características esenciales del depósito bancario de la época, haciendo referencia a las instituciones bancarias de mayor importancia.

Nos encontramos ante una investigación de historia jurídica de verdadera jerarquía y enorme importancia. A través de ella se analiza con el cuidado y la profundidad necesaria la aparición en el derecho español de la comenda-depósito, iniciando de esta manera el estudio de las distintas formas de comenda. La pericia con que se ha llevado adelante la investigación, la enorme cantidad de fuentes utilizadas y la claridad de exposición, señalan en todo momento la labor de un experto.

E. M.

GUILLERMO LOHMANN VILLENA, *Juan de Matienzo, autor del "Gobierno del Perú"* (su personalidad y su obra), en *Anuario de Estudios Americanos*, XXII, Sevilla, 1965, pp. 767-886.

Por muchas razones resulta excelente este trabajo del distinguido historiador peruano Lohmann Villena. Se trata del *Estudio Preliminar* que encabezará la edición del *Gobierno del Perú* del Licenciado Matienzo, que publicará el *Institut Français d'Études Andines*. La importancia de la aparición de la obra cumbre del oidor de Charcas se completará con la introducción que nos adelanta el Anuario sevillano. En efecto, Lohmann ha compuesto una preciosa bio-bibliografía de Matienzo, realizada con gran acopio de fuentes editadas e inéditas, que servirá para mejor apreciar el texto que editará el instituto francés.

Comienza el autor por afirmar que las obras "de índole doctrinal y política, en cuanto construcciones conceptuales" responden necesariamente al ambiente ideológico dentro del cual se engendran. Señala, con razón, que la época es rica en "memorias, dictámenes, avisos y pareceres sobre cuestiones palpitantes del virreinato" del Perú. Son los años de Matienzo y de Toledo, hermanos en un afán de grandeza para el territorio que les tocó gobernar, el primero desde su curul en Charcas y el segundo desde el cargo de virrey del Perú. Advierte Lohmann en la época una "impaciencia por apurar nuevos métodos, adoptar normas precisas y aplicar los remedios exigidos por la delicada situación que acusaba el virreinato peruano". Este espíritu, que campea en todos los hombres del momento, responde, según el autor, a diversas causas, que puntualiza con aguzado criterio. El afán de reformas se traduce en una gran producción de documentos, que clasifica en tres órdenes: los que incursionan en la etnohistoria prehispánica; los que escudriñan la coyuntura histórica del virreinato, y los que procuran hallar el remedio a la imperfecta realidad; haciendo un cuidadoso prontuario de todos ellos, para concluir señalando que sólo

después de haber tomado conciencia de este andamiaje literario, puede explicarse la aparición de la obra de Matienzo "a modo de cúpula o coronación". "No es forzar la argumentación considerar —dice el autor— que las máximas enunciadas en el *Gobierno del Perú* desbrozan cabalmente el camino que conduce de la anarquía ideológica en que se debate el Perú entre 1560 y 1570 a la serena formulación legislativa toledana". Por ello es importante conocer debidamente este documento, en cuyos 48 densos capítulos el célebre licenciado ha volcado las máximas, consejos, soluciones y proyectos que le dictaron el profundo conocimiento del territorio peruano y su importante experiencia judicial.

Luego de este capítulo preliminar, Lohmann traza la biografía del oidor. Señala la importancia que revisten para el exacto conocimiento de Matienzo los trabajos de nuestro connacional Levillier "al dar a las prensas los despachos oficiales de Matienzo desde su primer contacto con el ambiente peruano en 1561, hasta poco antes de su fallecimiento". Con singular maestría se pasa revista en las páginas siguientes a la trayectoria del licenciado, desde su nacimiento en Valladolid, el 22 de febrero de 1520, hasta su muerte en Charcas el 15 de agosto de 1579. Su actuación en la chancillería vallisoletana, su nombramiento para la flamante audiencia de "los Charcas", su interinato en Lima, su amistad con Juan Polo de Ondegardo, sus relaciones con otros magistrados americanos, su privanza al lado del virrey Toledo y su decidida influencia en la obra legislativa de éste, "de quien sería brazo derecho durante su estancia en los Charcas", son señaladas con acierto. Asimismo se anotan las vicisitudes derivadas de la envidia o los celos, las rivalidades, los enconos de sus enemigos; la formación de su familia, como también la actuación de su numerosa prole.

En la tercera parte, el trabajo se detiene en el análisis de la obra de Matienzo. Comienza Lohmann por separar, para mejor estudiarlos, los textos científicos, de corte académico, de aquellos escritos políticos, reveladores de una inquietud doctrinaria en materia de gobierno. Entre los primeros se ubica un

diálogo, escrito en latín, sobre lo que son obligados a hacer en sus oficios los relatores y abogados, y como se deben de conducir los jueces en el ejercicio de su investidura, publicado por primera vez en Valladolid en 1558, por segunda en 1604, en la misma ciudad, y por tercera, en el extranjero, en Francoforte del Meno, en 1623. También corresponde a este tipo de obras el *Estilo de Chancillería*, compuesto en 1567, que nunca pudo ser publicado, escrito en español, con glosas en latín; y dos obras remitidas por Matienzo a la Corte, de las que no se han encontrado elementos para identificarlas debidamente. Sostiene Lohmann que una de ellas pudo ser la que se ocupaba de comentar las leyes del Libro Vº de la *Nueva Recopilación*, que se publicó luego de muerto Matienzo, en 1580; escrita en 1576 en latín. En estos comentarios se glosaba el libro de la *Recopilación* filipina que regulaba la familia. Existieron varias ediciones posteriores, un ejemplar de la tercera se encuentra en el Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires. Dentro de la segunda categoría de obras de Matienzo, el autor incluye el *Gobierno del Perú*, del que se ocupa en extenso en la última parte del trabajo, y la memoria o discurso que Matienzo dirigiera al virrey Toledo, en relación con el asiento, tranquilidad y promoción de la provincia de Charcas, e incremento de las actividades mineras, escrito en 1573. Por último menciona Lohmann algunos papeles atribuidos al oidor.

La parte final de este enjundioso trabajo está destinada a hacer la exégesis del *Gobierno del Perú*. Ya ha recordado el autor en páginas anteriores, la edición realizada en nuestro país en 1910, de lo que se creyó era ese tratado, cuando en verdad sólo se estaba —dice— ante un resumen elaborado en Madrid, acaso para el manejo de los funcionarios del Consejo de Indias. Por ello, la obra máxima de Matienzo debe ser considerada inédita, a juicio de Lohmann, y a esta circunstancia se debe que el nombre de su autor no ocupe el lugar de privilegio que le cabe, dentro del elenco de tratadistas de materias indianas. Señala que en esta obra se traza un ambicioso programa político y un

orgánico plan de acción, considerando al oidor de Charcas como el “de mayor levadura jurídica en las Indias durante el siglo XVI”. De inmediato traza con mano firme, que evidencia su profundo conocimiento de la obra, un cuadro general de la misma. Nos muestra de esta manera el contenido del precioso tratado. En él Matienzo se ha ocupado del problema de los “justos títulos”, de la condición del indígena, de su estatuto jurídico (advierfe Lohmann que se traza en Matienzo la tendencia a considerarlo en “servidumbre natural”, influenciado por la concepción aristotélica), del régimen de trabajo en las minas de Potosí y Porco, de la estructura socio-económica del virreinato, del patronato, de las encomiendas. El licenciado realiza una crítica constructiva —dice el autor— con vistas a un reajuste a fondo de las instituciones políticas, administrativas, económicas y sociales del Perú. Examina también el licenciado los problemas del oficio de gobernador, de la función de las audiencias, proponiendo reformas originales, como la formación en Indias de un tribunal supremo de alzada, integrado por el virrey o gobernador y dos oidores, al que denomina “Rota”. La real hacienda, la apertura de nuevas vías de comunicación hacia el Atlántico, la fundación de ciudades en lo que hoy es nuestro territorio, los proyectos de ordenanzas mineras y de audiencias, y muchos otros tópicos se contienen en la obra de Matienzo; “no hay punto substancial —dice Lohmann— en el herviente mundo del virreinato peruano en la sexta década del siglo XVI ante el cual Matienzo haya permanecido insensible o indiferente”, por otra parte, agrega más adelante, basta “reparar los capítulos pertinentes del *Gobierno del Perú* para manejar una especie de prontuario de la legislación vigente sobre cada materia”, que el oidor incluyó en su tratado.

Presume Lohmann que Matienzo terminó la obra hacia 1567, año en que la envió a Madrid, señalando las vicisitudes del original y de sus copias. Las que hoy existen derivan de la que obtuvo Tamayo de Vargas, siendo cronista oficial de Indias (1628). La que se publicará con el *Estudio Preliminar* que aquí comentamos, proviene de una co-

pia microfilmica obtenida del ejemplar que se conserva en la Biblioteca del Vaticano.

La obra de Matienzo se verá dignamente precedida por este excelente estudio preliminar.

E. M.

HUMBERTO BELLO LOZANO, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*, Caracas, 1966, 409 págs.

Con verdadero interés hemos recibido este libro proveniente de un país donde todavía no parece arraigada la historia del derecho como disciplina universitaria en su moderna concepción. Teniendo en cuenta esta circunstancia y de que el libro constituye, según el autor, "un compendio de primeros conocimientos con la sola ambición de llamar la atención sobre nuestro pasado en este tema y de que otros más capacitados la hagan conocer en toda su finalidad y consecuencia" puede valorarse el esfuerzo realizado.

Sin embargo, cabe formular, aunque brevemente, algunas observaciones de carácter general. El contenido de la obra se refiere solamente a las fuentes y no aborda prácticamente las instituciones jurídicas propiamente dichas, pues la información acerca de éstas no trasciende los límites de una historia externa del derecho. Tampoco nos satisface la primera parte del libro, bajo el título poco preciso de "Antecedentes generales", que contiene una introducción a la materia. No alcanza, a nuestro juicio, a lograr una preciosa conceptualización jurídica e incurrir en una inadecuada dogmatización de conceptos y principios jurídicos que si hoy parecen aceptables, no lo han sido a través de los siglos historiados en este libro. Ello también se pone de manifiesto en diversas partes de la obra, como cuando se refiere a la clasificación de derecho público y privado o derecho civil, penal, comercial; o cuando dice del libro primero del Fuero Juzgo que "es una especie de tratado de Derecho Constitucional" (pág. 72).

Las observaciones metodológicas formuladas, dentro del más alto nivel crí-

tico, tienen por objeto advertir sobre las dificultades que padece nuestra disciplina por falta de una metodología adecuada. Pues los errores apuntados no son exclusivos de la obra comentada, sino que se hallan bastante generalizados.

El libro, con todo, llena una necesidad docente —el autor es profesor de la materia en la Universidad Santa María— y es prueba del interés que van despertando los estudios de historia jurídica en los países de América latina.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

GERMÁN O. E. TJARKS, *Las elecciones salteñas de 1876. (Un estudio del fraude electoral)*, en *Anuario del Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 1, n° 1, Córdoba, 1963.

La cuidada forma literaria hace más agradable la lectura de este interesantísimo aspecto de una de las más apasionantes actividades argentinas: la lucha comicial. Una abundante y selecta bibliografía va marcando la profundidad del estudio realizado por Tjarks, efectuado también sobre la base de papeles inéditos obrantes en repositorios que conservan huellas del paso del Dr. Victorino de la Plaza por la escena nacional.

El trabajo comienza con unas apreciaciones personales del autor acerca de la finalidad del voto universal y las condiciones en que debe darse, para continuar mostrando el mecanismo electoral de la Provincia de Buenos Aires desde 1823, y las leyes nacionales sancionadas a partir de 1863. Este primer aspecto del problema —el general— resulta sumamente útil, y se halla jalado con precisas citas y ajustados comentarios sobre el desarrollo del proceso eleccionario, sin perjuicio de disentir, con el asaz duro enjuiciamiento que Tjarks destina para quienes se aprovechaban de la masa popular con el fin de alcanzar los cargos gubernamentales.



tivos. El procedimiento, sin duda incorrecto pero generalizado, se ajustaba sagazmente a los tiempos, y no hay duda que quienes así llegaron al Gobierno y al Parlamento realizaron una obra de positivo adelanto para el país: *se votaba mal, pero se elegía bien!* Así lo demuestran las nóminas de los integrantes de los Poderes nacionales y provinciales, casi en su totalidad, que resisten ventajosamente a la comparación con los que los sucedieron a partir de la Ley Sáenz Peña...

Tjarks detalla extensamente el funcionamiento del "Registro Cívico", cuyo mecanismo tenía un indudable propósito restrictivo para el voto popular, aunque representó un adelanto al excluir al Poder Ejecutivo de la composición de los tribunales escrutadores a partir de 1873. El autor comenta algunas de sus modalidades, criticando desfavorablemente varias de sus disposiciones, siempre en su afán de contribuir a la pureza de la institución.

La segunda parte del estudio se concreta ya al título del mismo. Le sirve de introducción la síntesis biográfica de D. Victorino de la Plaza, cuyo retrato físico y espiritual también realiza ajustadamente Tjarks. Luchas cívicas que sacudieron la presidencia de Avellaneda se encuentran relatadas como una introducción al "caso" que el autor ha de tratar minuciosamente. Es así como los manejos de Alsina, Mitre, Avellaneda, son reflejados por los artículos periodísticos de la época, que analizan la renovación de la Cámara de Diputados en 1876. El marco de la lucha bonaerense le sirve a Tjarks para proseguir su ameno y valioso trabajo referido a la situación política salteña de entonces.

El último aspecto del estudio que comentamos comienza por describir el panorama histórico de Salta luego de Caseros, y la actividad política y electoral de su clase dirigente. Los actos comiciales son objeto de censura al analizarse las circunstancias en que se desarrollaron; para llegar así al año 1876, en el cual Salta no se movió al compás marcado desde Buenos Aires para todo el país. Tjarks escudriña minuciosamente los diferentes aspectos de esta elección, viciada de fraude abierto, que impidió el triunfo de Victorino de

la Plaza, detallando todos los incidentes Departamento por Departamento. Pero un saldo positivo señala el autor, luego de tanta adversidad: el propósito del Dr. Plaza de obtener la pureza del sufragio, lo que pudo lograr en 1916 siendo Presidente de la República.

Un nutrido apéndice documental cierra este meritorio, inteligente y positivo aporte al estudio del proceso electoral argentino del siglo pasado.

ISIDORO J. RUIZ MORENO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ COMPAÑY,  
*El procurador del municipio colonial hispanoamericano*, en Instituto Panamericano de Geografía e Historia, *Revista de Historia de América*, n°. 57-58, enero-diciembre de 1964, México, 1966, pp. 163-176.

Este ensayo sobre la actuación que cupo a los procuradores municipales en Indias, está dividido en:

a) *Antecedentes históricos*: El autor señala que el verdadero y directo predecesor histórico de este órgano es el procurador castellano de las municipalidades medievales sirviendo también como modelo la figura del "defensor civitatis" romano, quien tuvo durante su existencia (del s. IV al VII) funciones protectoras y representativas muy similares.

En España entre las instituciones propias y autóctonas nacidas con la Reconquista está el régimen municipal castellanoleonés. "El consejo representará, desde ese momento, el elemento popular en la política española". Al adquirir importancia los municipios nacen los procuradores, que lo representan ante el Rey. Domínguez Compañy señala que si bien no se conoce el momento del nacimiento ni su cuna, la existencia es un hecho, en cambio, en las cortes leonesas de 1188 y en las castellanas de 1250.

Los procuradores gozaron de una inmunidad que, reconocida tácitamente, fue acordada plenamente en las Cortes de Valladolid de 1351.

b) *Requisito para su nombramiento*:

“Con el régimen municipal castellano trasplantado al Nuevo Mundo viene a América el procurador de la ciudad, el representante de *vecinos y moradores* de las ciudades, villas y poblaciones ante las autoridades y organismos de la metrópolis”. La primera ley de Indias referente al procurador fue dada en Barcelona por Carlos V en noviembre de 1511. El título XI de la *Recopilación* dedicado precisamente a este funcionario, comprende sólo cinco leyes.

Su nombramiento anual se hacía por elección, ya fuese directamente por los vecinos como en los primeros tiempos, o por medio del Cabildo. Los requisitos para ejercer el cargo eran: ser vecino de la ciudad, ser hábil y suficiente, no ser deudo de los oidores, alcaldes y fiscales de las audiencias del distrito; ser elegido por el cabildo o por los vecinos, según los casos; aceptar el cargo y, por último, jurar usarlo fielmente.

c) *Clases, poderes y funciones*: Siguiendo la *Recopilación* de Indias los procuradores podían ser “generales”, de nombramiento anual y con poder general para todos los asuntos del municipio, o “especiales” o “particulares”, cuando recibían del cabildo poderes amplísimos sobre un asunto determinado, caso en que duraban en el cargo el tiempo necesario para cumplir su misión.

Las funciones propias del procurador general eran pedir todo lo que fuera de utilidad para la ciudad o los vecinos, en juicio o fuera de él, pudiendo llegar en sus gestiones hasta el rey. Además de los casos previstos, el autor menciona otros en materia religiosa o en asuntos políticos en que está documentada la actuación de los procuradores.

d) *Asambleas de procuradores*: Si bien en Castilla la función básica del procurador fue constituirse en Cortes ante el Rey, conjuntamente con la nobleza y el clero, en la primera época de la administración indiana no aparece ninguna ley que autorice o regule, para los nuevos pueblos americanos, estas funciones básicas de los representantes de las ciudades. No obstante ello es sabido, expresa el autor, que hubo reuniones de procuradores, que no pueden ser denominadas ‘cortes’ por ser estas instituciones muy diferentes a las asambleas señaladas.

Concluye Domínguez Compañy su estudio con algunas referencias a las reuniones de procuradores realizadas, considerando especialmente las efectuadas en el primer siglo de vida colonial en Cuba, en la ciudad de Santiago, de muy variado contenido y fines.

El trabajo que reseñamos trata un tema de por sí interesante y poco estudiado aún. Hubiera podido tal vez ubicarse mejor dentro del marco institucional indiano, con citas o referencias bibliográficas de carácter general, pero la claridad de exposición y el ajustado método con que fue escrito permiten afirmar que el presente es un ensayo serio y de muchos valores propios.

J. C. G.

MARCELO URBANO SALERNO, *Las Bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1965, N° III.*

En este trabajo, su autor se propone dar a publicidad las investigaciones efectuadas en torno a una de las fuentes que sirvió de inspiración a Juan Bautista Alberdi para redactar *Bases y Puntos de Partida*, al mismo tiempo analizar la influencia de Pellegrini Rossi en la redacción de la obra y la de Alberdi en la Constitución de 1853.

Comienza el artículo refiriéndose al “genio creador de Alberdi”, considerándolo el más agudo testigo de su tiempo y protagonista intelectual de la creación argentina, cuyo temperamento nervioso y emotivo no le permitió ser el actor principal de los acontecimientos.

Se refiere a algunos de sus trabajos, al interés que en él despertaban todas las novedades en materia de derecho constitucional, lo cual queda demostrado en las citas abundantes de sus *Escritos Póstumos*. Pero es, sin duda alguna, *Bases*, la obra que pone de relieve el genio creador de Alberdi.

Al hacer un paralelo entre Alberdi y Pellegrino Rossi, el autor sostiene que Alberdi reconoció la influencia de este último y en *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853* lo manifiesta

expresamente. Así Alberdi incorpora al título de su libro la locución "puntos de partida" que Rossi utilizaba con frecuencia. Luego se ocupa de la vida y obra de Rossi, de la evolución institucional de Suiza, para entrar directamente al tema del "Influjo de Pellegrino Rossi en *Bases*" y en este capítulo se refiere a tópicos como: el federalismo, constituciones provinciales, Corte Federal, Intervención Federal, tratados, etc.

El haber realizado un estudio completo de los textos alberdianos, permite a Salerno, precisar y aclarar cuestiones controvertidas y algunas que aún no han sido lo suficientemente investigadas.

El ensayo de Salerno, no se limita a la influencia de Rossi en la obra de Alberdi, sino, cómo en forma mediata o inmediata lo hizo en la Constitución de 1853, ya que la fuente de muchas disposiciones que contiene nuestra Constitución, ha sido la obra de Alberdi, quien sostuvo haber redactado "casi todo el texto constitucional y haber merecido el respeto de la Convención".

El autor trata más adelante las teorías negativas en cuanto a la influencia del insigne tucumano en la redacción de nuestra Constitución; en primer término la polémica entre Alberdi y Mitre y en segundo lugar a la tesis de Paul Groussac, por último menciona otras tesis negativas como las de Wilmar, Ernesto Quesada, etc. Analiza las teorías eclécticas y por último las modernas en torno a la mencionada influencia alberdiana.

Salerno concluye su trabajo, sosteniendo, en primer lugar, que, pese a ser unitario, Alberdi proyectó una constitución de carácter federal, demostrando que en materia política, debe primar el interés nacional sobre el de un partido. Que en su proyecto constitucional siguió el ejemplo suizo en aquello que podía aplicarse a nuestro país, a fin de crear un sistema propio. Que si bien la comisión no citó en forma reiterada a *Bases*, es indudable que debe ser considerada "como auténtica fuente de interpretación de la ley fundamental de los argentinos" y que "Rossi fue muy tenido en cuenta por los convencionales de Santa Fe". Agrega que "Alberdi y Rossi guardaron una estrecha coincidencia en materia federativa, considerando el federalismo como factor de equilibrio

y de estabilidad, en una etapa de transición de sus pueblos y como forma de unión definitiva bajo el signo de la libertad".

El trabajo es de fácil lectura y estilo ágil. Las numerosas citas prueban el serio y profundo estudio llevado a cabo por su autor y deja abierto el camino para futuras investigaciones por parte de aquellos que al leer este meritorio ensayo, sientan despertar en ellos la misma pasión por el tema que sintiera el autor.

ALICIA ROSA DEMETRIO

JOHN V. LOMBARDI, *Los esclavos en la legislación republicana de Venezuela*, en *Fundación John Boulton, Boletín Histórico*, N° 13, Caracas, Enero 1967, pp. 43-67.

El autor sostiene que la esclavitud de los negros aparece particularmente bien reflejada en la legislación puesto que los venezolanos siempre se sintieron preocupados por la organización y administración legal de su dificultoso sistema laboral, y agrega que, durante la época independiente, notábase una marcada tendencia a restablecer el status de los esclavos coloniales invocando para ello, en abierto contradicción, los principios liberales.

El esclavo venezolano de la época hispánica pertenecía a un grupo social bien definido "cuyos derechos y deberes habían sido establecidos por casi tres siglos de práctica y legislación colonial española". Llegado el 9 de abril de 1810 los cambios políticos no preocuparon a los amos de esclavos hasta 1812 cuando, en momentos críticos para las fuerzas independentistas, Miranda proclamó el alistamiento general de esclavos desde su cuartel de Maracay.

Comenzaron así los problemas sociales y jurídicos del esclavo sujeto a las nuevas estructuras, siempre presente el peligro de los motines y rebeliones de esclavos, con el ejemplo cercano de Haití.

La legislación militar republicana acerca de la esclavitud, está resumida en una de las pocas máximas conse-

cuentemente aplicadas a lo largo de la guerra de la Independencia: "ningún esclavo será libertado sin arriesgar su vida al servicio de la causa republicana".

La primera y más importante pieza de legislación en el sistema colombiano de esclavitud de los negros, según Lombardi, fue dada por el Congreso de Cúcuta en 1821; las disposiciones posteriores reconocen su fuente en esta ley, que establecía en lo sustancial que todos los hijos de esclavos nacerían libres.

Por la misma ley de 1821 se creaba una Junta de Manumisión, cuyos fondos serían para pagar por los esclavos libertados por el Estado. Aunque sus disposiciones parecían claras y terminantes, fueron numerosas las dificultades para hacerla funcionar: según el autor, desde el día de su publicación hasta que la esclavitud fue abolida legalmente en 1854, millares de cuestiones de interpretación y administración fluyeron a la Secretaría del Interior desde los funcionarios locales. Los propósitos de reorganización manifestáronse en varias oportunidades, comenzando con el detallado decreto de Bolívar de 1827, y como la ley de 1821 resultó ineficaz como instrumento de abolición gradual y puesto que debía pagarse por los esclavos antes de que fuesen libertados, la solución obvia era ser estrictos en la recaudación de impuestos y en la administración de los fondos, señala Lombardi, agregando que, consecuentemente, una nueva Dirección Nacional de Manumisión fue establecida para coordinar y facilitar la ley.

Con respecto al Congreso venezolano de Valencia, señalemos que proyectó una nueva ley en 1830, con dos importantes cambios: si se trataba de niños nacidos después de 1830, los niños libres por nacimiento tendrían que servir al amo de su madre hasta los veintiún años y el gobierno daba una subvención al programa de manumisión para asegurar la libertad anual de por lo menos veinte esclavos. Posteriormente no hubo casi reglamentación sobre la materia y una ley de 1848 repite en general el contenido de la de 1830. Sin embargo, como el artículo sexto de esta ley dio al gobierno poder para cuidar de los libertos, una vez exentos de la obligación

de servir al amo de su madre, en 1839 se expidió un decreto para controlar su conducta.

Estas reglamentaciones que obligaban al manumiso mayor de edad a ser contratado por el amo de madre hasta sus veinticinco años "estaban proyectadas, para crear una clase trabajadora semi-servil ligada a la tierra" y estaban reforzadas por minuciosos códigos de policía elaborados por las varias provincias de Venezuela, afirma el autor, y concluye que el proceso seguido demuestra claramente la cuidadosamente esperada transición de la esclavitud al peonaje".

El artículo constituye un enfoque novedoso del problema, poco conocido en el resto de los países hispanoamericanos. Aunque algunos términos empleados, como "derivar hacia la izquierda" o "subdesarrollada gente" no son correctos por cuanto no responden a conceptos de época, es este un estudio de interés, basado en investigaciones documentales y bibliográficas.

J. C. G.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La Junta Protectora de la Libertad de Imprenta en Buenos Aires*, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, XXXVIII, Segunda sección, Buenos Aires, 1965, pp. 279-291.

Un estudio medular y novedoso debemos a la investigación de su autor, en torno a una institución del derecho patrio hasta el presente poco abundada. Se trata de la *Junta Protectora de la Libertad de Imprenta* porteña, que como bien anota Tau Anzoátegui, fue una creación "para encarrilar los primeros pasos de esa libertad enfáticamente proclamada como consecuencia del estallido liberal de 1810 en Hispano-América". Y una de esas libertades a custodiar era precisamente la del pensamiento escrito, negada hasta entonces.

La etapa primera aparece confiada originariamente a la *Junta Suprema de Censura* creada por decreto del 20 de abril de 1811 con la misión loable de asegurar la libertad de escribir, de im-

primir y publicar las ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación. Se exceptuaban los asuntos de religión, como es de comprender de acuerdo a la época. Como esta Junta parece no haber funcionado, fue la Junta Protectora de la Libertad de Imprenta quien tuvo la misión de custodiar la naciente libertad. Creada por decreto del 26 de octubre de 1811 como cuerpo colegiado, estaba integrada por nueve miembros, tenía como sola atribución "declarar, si hay, o no crimen en el papel que dá mérito a la reclamación", puesto que el aspecto sancionador después de la declaración correspondía a la justicia. Quedan entonces bien deslindadas sus atribuciones: simplemente declarar "de hecho" si se incurrió en el crimen o el abuso. Las cuestiones de derecho son de competencia judicial. Podríamos decir que estaba a su cargo una etapa de instrucción.

Después de explicarnos el autor el curioso y complejo mecanismo utilizado para designar a los titulares de la Junta, haciendo notar la gravitación que tiene en el proceso el organismo capitular, analiza las cuestiones de idoneidad, incompatibilidades, excusaciones, etc., de sus miembros.

Fijadas las atribuciones del Cuerpo destaca el trabajo y comenta elogiosamente la independencia de criterio que demostró en más de una oportunidad, frente a los pretendidos menoscabos de ciertas autoridades de gobierno.

Muy minuciosa es la reglamentación de la etapa procesal. El juicio se inicia con la denuncia o acusación a cargo de particulares, del fiscal o del gobierno, con pruebas documentadas. Da carácter público al juicio, con audiencias en que ambas partes ratifican la denuncia y ofrecen descargos respectivamente. Con los antecedentes, la Junta se expedía —sin fundamentación alguna— si había o no delito. Sólo un tercio de los votos —3 sobre 9— a favor del denunciado, era suficiente para rechazar la acusación formulada, decisión que podía ser apelada en una segunda instancia, a cargo de la denominada *Junta de Apelación*, de 9 miembros y cuya decisión era definitiva, en base también a los tres votos ya comentados. Prueba, el autor, que en general, salvo algu-

nas obstrucciones puestas en juego por las partes, existía bastante celeridad procesal, lo que hace elogioso dicho proceder.

Con acierto, Tau Anzoátegui analiza institucionalmente a la Junta Protectora a través de varios procesos consultados, y en especial comenta uno de ellos originado a raíz de la denuncia del cura rector Manuel Álvarez, de la Iglesia Catedral, contra Pablo José Ramírez, autor de un libelo que lo estima el denunciante como "criminal y abusivo", titulado *Discurso de primera investigación a la verdad*, en el cual se formulan algunas críticas a la religión y se promueve la necesidad de un sistema en que las cosas sagradas se rijan de acuerdo a las justas leyes de la religión natural. Sigue sus etapas y nos consigna que la Junta declaró la existencia de abuso de libertad de imprenta en el escrito.

Cierra su investigación comentando el proceso que pone fin, después de más de un decenio, a la existencia de la Junta Protectora, la que el 15 de octubre de 1822, en plena euforia reformista de inspiración rivadaviana, "quedaba sin ejercicio hasta la sanción de una ley permanente sobre la materia", según reza el oficio suscrito por el gobernador y dirigido al presidente de la misma, sin dejar de elogiar la actuación de sus integrantes. Sucedió que la Sala de Representantes se había hecho eco de las críticas que la Junta mereciera a partir de los escándalos y abusivos enfrentamientos de libelos difamatorios que circularon a partir de 1820, y que dichos excesos sólo merecieron de parte de la Junta Protectora —acota muy bien nuestro comentado— "ingenuas declaraciones, sin resultados efectivos para contener el desborde".

Con este trabajo muy bien documentado Tau Anzoátegui realiza un aporte más a la investigación del proceso histórico del derecho argentino que merecerá la ponderación de los estudiosos.

H. A. M.

GUILLERMO PORRAS MUÑOZ, *Iglesia y Estado en Nueva Vizcaya (1562-1821)*, Universidad de

Navarra, Pamplona, 1966, 701 págs.

Un minucioso estudio de las relaciones entre la Iglesia y el Estado es el que acaba de publicar la Universidad de Navarra, como integrante de su Colección Canónica. Se trata de la tesis de un historiador mexicano, que revela en ella notables cualidades de investigador y una gran erudición en los temas que aborda.

La diócesis de Nueva Vizcaya comprendía vastas regiones ubicadas en el noroeste de México y el sudoeste de los Estados Unidos y era, al decir del autor, la provincia más extensa de los dominios hispánicos. Dada su ubicación fronteriza, sus límites septentrionales nunca quedaron bien definidos.

El autor estudia paralelamente la organización política de ese distrito, su régimen eclesiástico, las relaciones entre ambos grupos de autoridades y los beneficios económicos que tenían. Aunque limitado a una provincia indiana, el libro no deja de ocuparse de los problemas generales —patronato, vicepatronato, características de las autoridades, etc.— pero lo hace de manera relativamente escueta y sin ahondar en los problemas de esa naturaleza. En cambio trata, tal vez de forma demasiado detallada, las cuestiones locales. De esta manera el trabajo resulta, por un lado, de cierta utilidad como ejemplo de un sistema que tuvo características similares en otras partes del imperio, y por el otro tiene un gran interés para quienes conocen y estudian la historia jurídica de la Nueva Vizcaya.

Hemos señalado que los temas puramente locales son motivo de un análisis muy detallado. El autor prodiga ejemplos y cita episodios y documentos de casos particulares que interrumpen inconvenientemente la descripción del proceso histórico o el análisis de las instituciones. El método adoptado —excesivamente descriptivo— le impide hacer llegar al lector una impresión general de los temas que aborda. De esta manera se pierde muchas veces la visión del conjunto para detenerse en detalles no siempre necesarios.

No obstante estas observaciones, la tarea emprendida por el doctor Porras Muñoz alcanza a presentar una descrip-

ción analítica de la evolución institucional de aquella provincia. Y en este sentido el libro adquiere una importancia local que sería injusto desconocer. Lo completan índices minuciosos, una abundante bibliografía y la mención de innumerables documentos consultados en los archivos, especialmente el de Sevilla.

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

GISELA MORAZZANI DE PÉREZ ENCISO, *La intendencia en España y en América*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, 596 págs.

El libro que comentamos contiene la tesis realizada bajo la dirección de Alfonso García Gallo en la Universidad Central de Madrid durante el año 1963. Lleva un extenso prólogo de Eduardo Arella Fariás.

La autora se propuso hacer el "análisis de las intendencias mediante el empleo del método comparativo a través de un estudio histórico-jurídico". O sea que —como lo expresa el prologo— se han dejado de lado "sus proyecciones sobre la vida económica, social o política de la sociedad colonial", limitando el estudio a la "estructura interna de este organismo".

El método adoptado conduce a un análisis meramente descriptivo, que por cierto no alcanza a satisfacer la curiosidad del estudioso ni a explicar el funcionamiento y las consecuencias de aquella institución. Claro está que ello hubiera requerido —dada la amplitud geográfica que ésta abarcó— una investigación mucho más amplia que la efectivamente realizada.

La obra recuerda rápidamente los orígenes franceses de las intendencias, su implantación en España y su establecimiento en la mayor parte de los virreynatos y provincias hispanoamericanas. Luego estudia la naturaleza institucional de las intendencias, las características del cargo y las funciones de sus titulares, así como las diversas reformas que se produjeron hasta la desaparición del dominio español en América. A lo largo de este análisis se comparan

también las disposiciones a veces diferentes que regían en España y en las Indias.

A pesar de su volumen, la mayor parte del libro está destinada a transcribir documentos complementarios o modificatorios de las ordenanzas de intendentes. Una buena bibliografía y excelentes índices completan el volumen que tiene, como mérito principal, el de presentar esa descripción ordenada y comparativa de un sistema que tanta importancia alcanzó en las postrimerías de la dominación española.

R. Z. B.

MARIO GUILLERMO SARAVÍ, *El Tratado de San Miguel de las Lagunas y la política de Pedro Molina*, en *Revista de Historia Americana y Argentina*, del Instituto de Historia dependiente de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1964/1965, nº 9 y 10, pp. 65-97.

Analiza el autor en este trabajo un aspecto importantísimo de nuestra historia política, la formación de los pactos interprovinciales. Se refiere a las causas objetivas y resultados del Tratado de San Miguel de las Lagunas, celebrado entre las provincias de Mendoza, San Juan y San Luis.

En la primera parte de su obra Saraví se ocupa de la política de Buenos Aires durante el ministerio de Bernardino Rivadavia, durante el gobierno de Martín Rodríguez, destinada, según dice "a propender la organización de la provincia de Buenos Aires de un modo que signifique su elevación a un rango superior con respecto a las demás del Río de la Plata; y una vez logrado esto a encabezar el ordenamiento constitucional que permitiese a Buenos Aires asumir el papel rector en el país". A cuyo efecto y como primer paso, en ese sentido, Rivadavia busca hacer fracasar el Congreso de Córdoba, convocado por el gobernador Bustos.

Explica luego la posición tomada en

esa oportunidad por la provincia de Mendoza, la cual trató de llegar a una posición intermedia entre Buenos Aires y Bustos, buscando que el Congreso de Córdoba continuara como convencional y no como constituyente, poniendo en vigencia la Constitución de 1819, hasta la reunión del Congreso propuesto por Buenos Aires para dentro de un año. Dichas gestiones fracasaron e inmediatamente fue nombrado nuevo gobernador de Mendoza Pedro Molina. El objetivo de Pedro Molina va a ser la realización de un Congreso General Constituyente de todas las provincias, y con tal motivo es enviado Godoy Cruz a Buenos Aires. Pero su gestión va a encontrar la oposición tenaz de Rivadavia fracasando las gestiones. En vista de ello Pedro Molina resuelve cambiar los medios para el logro de sus objetivos.

Van entonces a reunirse los gobernadores de las provincias de Cuyo en San Miguel de las Lagunas. En las instrucciones de los representantes de Mendoza se estableció que debería buscarse la reunión de un Congreso General, y en el caso de no lograrse ese objetivo se acordaría "la forma que más convenga a dar a las de Cuyo, según las circunstancias o aptitud en que se hayan".

Dichas instrucciones fueron la fuente directa del *Tratado*, por el cual se estipuló precisamente convocar un Congreso a realizarse en la provincia de San Luis, y en su defecto, celebrar las contratantes una convocación en la que se estableciesen las bases sobre las que habría de regirse en adelante la provincia de Cuyo.

Concluye, pues, el autor que este tratado implica una postura de decidida oposición a la política de Buenos Aires, encarnada a través del tratado del Cuadrilátero. Estudia luego, las causas por las cuales la provincia de San Juan no va a ratificar el acuerdo, llegando a la conclusión que ello se debió a que dicha provincia estaba sometida a la influencia directa de Buenos Aires.

Refuta así el autor, la tesis de que el tratado de San Miguel de las Lagunas fracasó por la posición de los federales de Mendoza, en el sentido de negarse a constituir la provincia de Cuyo, como lo solicitaba Buenos Aires.

En suma, este estudio constituye un valioso aporte para el conocimiento de

un aspecto poco investigado hasta ahora, realizado con seriedad y erudición.

AMÉRICO A. CORNEJO.

MANUEL NUNES DIAS, *Fomento ultramarino y mercantilismo: la Compañía de Grao-Pará y Maranhao (1755-1778)*, en *Revista de Historia*, Año XVII, vol. XXXIII, San Pablo, 1966, págs.

En esta Revista que es el órgano del Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de San Pablo (Brasil) y de la Sociedad de Estudios Históricos, publica el profesor de Historia de la Civilización Americana de la Universidad paulinista, un estudio económico acerca de la historia de la Compañía mercantil que los portugueses establecieron en el Brasil en el siglo XVIII con el nombre de "Companhia Geral do Grao-Pará e Maranhao" que funcionó entre 1755 y 1778, clara manifestación de la política expansionista ultramarina y expresión concreta de la modalidad mercantilista aún vigente en la conducta económica de Portugal. Comienza explicándonos los orígenes de la empresa, como inspiración del primer ministro Pombal, con ventajas y concesiones privativas en su favor, con ello no se deja de reconocer por parte de esta importante figura de la vida política del Portugal del siglo XVIII, un proceso de liberalización económica de su patria. Describe la razón y el porqué de la elección de esta zona del extremo norte del Brasil, su proceso de colonización, fundación de ciudades, organización de las Capitanías, medidas tomadas para mejorar la triste situación de desamparo y miseria económica del extenso Estado de Grao, Pará y Maranhao, la falta de brazos para el trabajo de la tierra y de otros tipos de explotaciones, que conspiraban contra el éxito y futuro de la Compañía. Con minuciosos detalles documentales señala la actuación de las misiones religiosas, de jesuitas, carmelitas, mercedarios y capuchinos, y su mérito en defensa de la esclavitud de los indios. Comenta la

actuación de la Compañía de Jesús en aquellas regiones y los bienes que dejaron al ser extrañados en 1760, representados por ingenios y "fazendas" que constituyeron ingentes riquezas que tomó en su beneficio la Corona portuguesa. Cierra este capítulo con la presentación de la poderosa empresa pombalina, como la designa Nunes Dias, prometiendo en una segunda publicación continuar con el desarrollo de la misma. Con esta investigación se prueba una vez más que Portugal no fue ajeno al sistema clásico del capitalismo comercial canalizado por medio de las célebres Compañías privilegiadas muy en boga desde el siglo XVII.

H. A. M.

HUMBERTO S. VIDAL, *La legislación sobre delitos y penas en la provincia de Córdoba desde 1810 hasta la sanción del código penal local en 1882 e Investigación histórica acerca de las contravenciones a leyes especiales en la provincia de Córdoba, en Cuadernos de los Institutos*, números 71 y 84, correspondientes al Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963 y 1965, respectivamente.

A través de estas dos contribuciones, el autor se ha propuesto reseñar un aspecto poco analizado entre nosotros: la numerosa legislación dictada por las provincias en materia penal, especialmente entre 1820 y la sanción del código nacional respectivo.

El trabajo ha sido concebido, más que con un criterio estrictamente histórico-jurídico, con la idea de suministrar al penalista conocimientos sobre el origen y formación del derecho actual. De ahí que la sistematización de la materia haya sido efectuada con "criterio moderno", siguiendo "los respectivos títulos del Código Penal vigente". Este encajamiento resulta forzado en algunas materias, si lo contemplamos desde el punto de vista de nuestra disci-



plina. Sin embargo, esta observación metodológica en nada disminuye la utilidad que estas monografías tienen, aparte de su interés para el penalista, para el historiador del derecho.

Es de desear que trabajos como este se publiquen con relación a otras provincias para adquirir así una idea más general sobre la evolución de esta legislación. Además, el estudio legislativo constituye una necesaria introducción para cualquier investigación acerca de la aplicación de esas disposiciones, a través de las causas judiciales que yacen en los archivos, casi totalmente ignoradas por el historiador del derecho.

V. T. A.

JULIO CÉSAR GUILLAMONDEGUI, *La cárcel para deudores mercantiles en Buenos Aires (1822-1872)*, separata de la *Revista de Derecho Español y Americano* n° 11, ed. por el Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1966, 10 págs.

El autor se ha especializado en temas de la historia jurídica mercantil, que maneja con la soltura y claridad que le otorga su cabal conocimiento de la materia. En esta ocasión nos brinda una interesante investigación sobre la cárcel para deudores mercantiles de Buenos Aires. Comienza por señalar las instancias que se cumplieron en la época a fin de obtener un lugar de reclusión adecuado por los presos por deudas, ya que hasta entonces se los mezclaba con delincuentes comunes. "La dificultad y desagradables consecuencias en que debieron cumplirse las sentencias que dictaba el Tribunal de Justicia lo llevaron tal vez a evitar decretar la prisión por deudas, tratando en lo posible de evadir la cuestión concediendo quitas y esperas". Creada la cárcel el 10 de julio de 1822, se suscitó un interesante debate en la Legislatura porteña relacionado con el "derecho de encarcelaje", que debían abonar los reclusos, que el autor espiga con inteligencia. Se señala también en el trabajo las

características de la prisión por deudas y el funcionamiento de la cárcel, hasta que abolida la pena por ley de 22 de junio de 1827, el autor cree que quedó suprimida.

Nos encontramos ante un interesante trabajo, en el que se hace provechoso uso de fuentes éditas e inéditas y se abre camino en uno de los temas hasta ahora descuidados de nuestra historia del derecho.

E. M.

ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (VENEZUELA), *Los abogados de la Colonia*. Introito por Mario Briceño Perozo, Madrid, 1965, 482 págs.

Componen el volumen documentos de la Sección *La Colonia, Títulos de Abogados*, del Archivo General de la Nación de Caracas que dirige el prestigioso historiador D. Mario Briceño Perozo, cuyo *Introito* reseña el contenido y alcances de la publicación.

La lectura de las piezas transcritas revela el trámite que debían seguir los aspirantes a abogados y las condiciones requeridas ante el Real Acuerdo: a) hallarse en posesión del título de Bachiller en Derecho Civil; b) haber hecho el curso de pasantía (cuatro años) conforme a la Ley y c) su legitimidad, limpieza de sangre y buena conducta. Con estos recaudos y por intermedio de apoderado, el aspirante solicitaba su admisión al examen de Abogado y si el Fiscal no oponía reparos, el Cuerpo fijaba el día de la prueba. Siendo esta satisfactoria era considerado Abogado de la Real Audiencia, ordenándose de inmediato su matriculación, la toma de juramento y el pago del derecho correspondiente de la media annata.

La obra que comentamos, de interés para los estudiosos de la historia del derecho o de las biografías de la época, contiene más de cincuenta expedientes de personajes del siglo XVIII y completa los pertenecientes al mismo fondo documental publicados en 1958 aunque por varias causas no son los papeles de todos los abogados que se recibieron en la Audiencia creada en Venezuela en

1786, pero sí el total de los legajos conservados.

J. C. G.

quien ha profundizado, con acierto y erudición, tan importante tema de nuestra historia institucional hispano-americana.

E. M.

DEMETRIO RAMOS, *El peruano Morales, ejemplo de la complejidad americana de tradición y reforma en las Cortes de Cádiz*, separata de la *Revista de Estudios Políticos* n° 146, ed. por el Instituto de Estudios Políticos; Madrid, 1966, pp. 139-202.

El distinguido historiador español Demetrio Ramos, viene trabajando con gran provecho sobre la elaboración y resultados de las cortes gaditanas de 1810. Un importante trabajo sobre ese tema fue presentado a la Primera Reunión de Historiadores del Derecho Indiano, y se publica en este número de la *Revista*. El que comentamos es asimismo un valioso aporte para la elucidación del problema. Se trata de la actuación del peruano Vicente Morales Duárez en aquella asamblea. La importancia de su palabra, su independencia de criterio, sus instancias para obtener la igualdad de representación de las provincias americanas con las españolas, su posición dentro de "una línea de exclusiva criollo-indigenista", marginando al negro de la población que debía computarse en las comarcas americanas, sus recelos hacia toda medida que tendiera a alterar el "status" socio-económico del momento, la necesidad de no privar a los doctrineros y párrocos de indios de la congrua sinodal, su firme concepto, desarrollado en la *Representación* presentada por los diputados americanos, de excluir a Inglaterra de toda negociación entre España y América, son señaladas por Ramos. Se hace mención asimismo al concepto de Morales de la "Gran Patria", dentro de la cual estaban las "Patrias naturales", desarrollando el autor el sentido de esta idea de la Monarquía plural del peruano. Para finalizar se ocupa Ramos de la idea de América y del concepto del indio que tenía Morales, como así también su postura frente a la Constitución de 1812.

Es este un nuevo capítulo para el estudio de las Cortes de Cádiz escrito por

GONZALO VIAL CORREA, *Teoría y práctica de la igualdad en Indias*, en *Historia*, publicada por el Instituto de Historia de la Universidad Católica de Chile, N° 3, pp. 87-163; Santiago de Chile, 1964.

Aborda Vial Correa un complejísimo, pero atrayente tema. El autor indica que "no aspira a mayor originalidad, ni menos aún a agotar el tema, sino a recoger y a exponer en forma ordenada algunos datos sobre la materia". No obstante esta advertencia, la incisión en el problema es aguda y si bien no puede en ningún momento considerarse agotada la cuestión, deja planteada una problemática, digna de nuevos esfuerzos de investigación en las distintas regiones del imperio hispánico hasta después de la emancipación.

La tesis de Vial Correa apunta hacia estos conceptos: "La sociedad indiana del (siglo) XVI, vivamente igualitaria, continuaba la línea medioeval y desconocía al menosprecio de clases, al menos en gran escala. En cambio, los siglos XVII y sobre todo XVIII ven cómo este menosprecio se vuelve tajante, hirientísimo, contra los no españoles, especialmente contra los africanos. Se comprueba así el progresivo colapso del espíritu igualitario". Aclara el autor que el sentimiento igualitario no significaba en manera alguna, una nivelación perfecta de razas y clases, pues indudablemente en Indias "el blanco era el triunfador".

Sobre este enfoque medular, el autor desarrolla su exposición. Sostiene que "los primeros años del Nuevo Mundo son terrenos propicio para la creación y subsistencia de un clima igualitario", pero que con la aparición de nuevos tipos étnicos —surgidos del mestizaje— disminuyó sensiblemente esa tónica igualitaria frente a estos grupos. Según el autor, tres causas influyeron para

que el mestizo fuese recibido con "menos espíritu nivelador que el indio": su frecuente origen ilegítimo, su carácter difícil y la competencia social que representaba para el español. Esto último provoca, por ejemplo, que las mujeres mestizas fueran más fácilmente absorbidas, que los varones, por la sociedad india, no oponiéndoles obstáculos, especialmente en los lugares donde escaseaban las mujeres españolas.

Los africanos a su vez cargaban con el baldón de la esclavitud, pero aun así las mujeres se abrieron paso más fácilmente que los varones en la sociedad india.

Analiza Vial Correa a continuación, algunas "piedras de toque" de la igualdad en su realización concreta: los matrimonios mixtos, la admisión a los sacramentos y al sacerdocio, el nombramiento para cargos y oficios, el uso de ropas y adornos, la concesión de tierras, minas y encomiendas.

A través de los siglos XVII y XVIII se produjo "la paulatina pero irreversible decadencia del espíritu nivelador en Indias", que obedeció a múltiples causas, que Vial Correa examina con agudeza. Todo ello se evidencia en la formación de castas, en el desprecio social hacia los grupos inferiores y aun en los impedimentos que experimentan muchos de los componentes de los mismos para ocupar cargos, contraer matrimonio con personas de condición superior, aspirar a grados universitarios y al sacerdocio.

Se trata, en suma, de un inteligente estudio institucional, que tanto en su planteo como en la investigación reali-

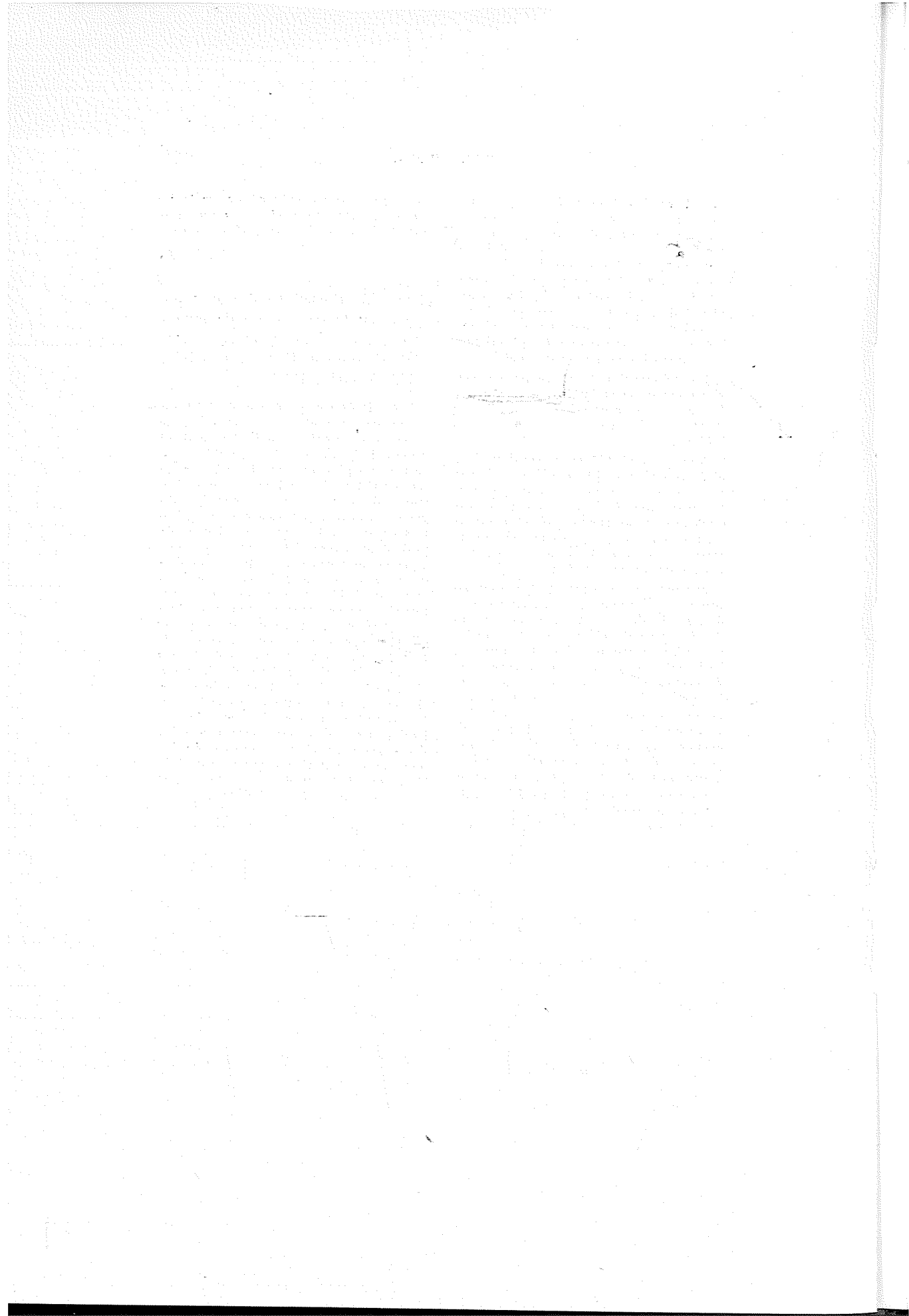
zada, pone nuevamente en evidencia la seriedad científica y el entusiasmo con que trabaja la historiografía chilena.

V. T. A.

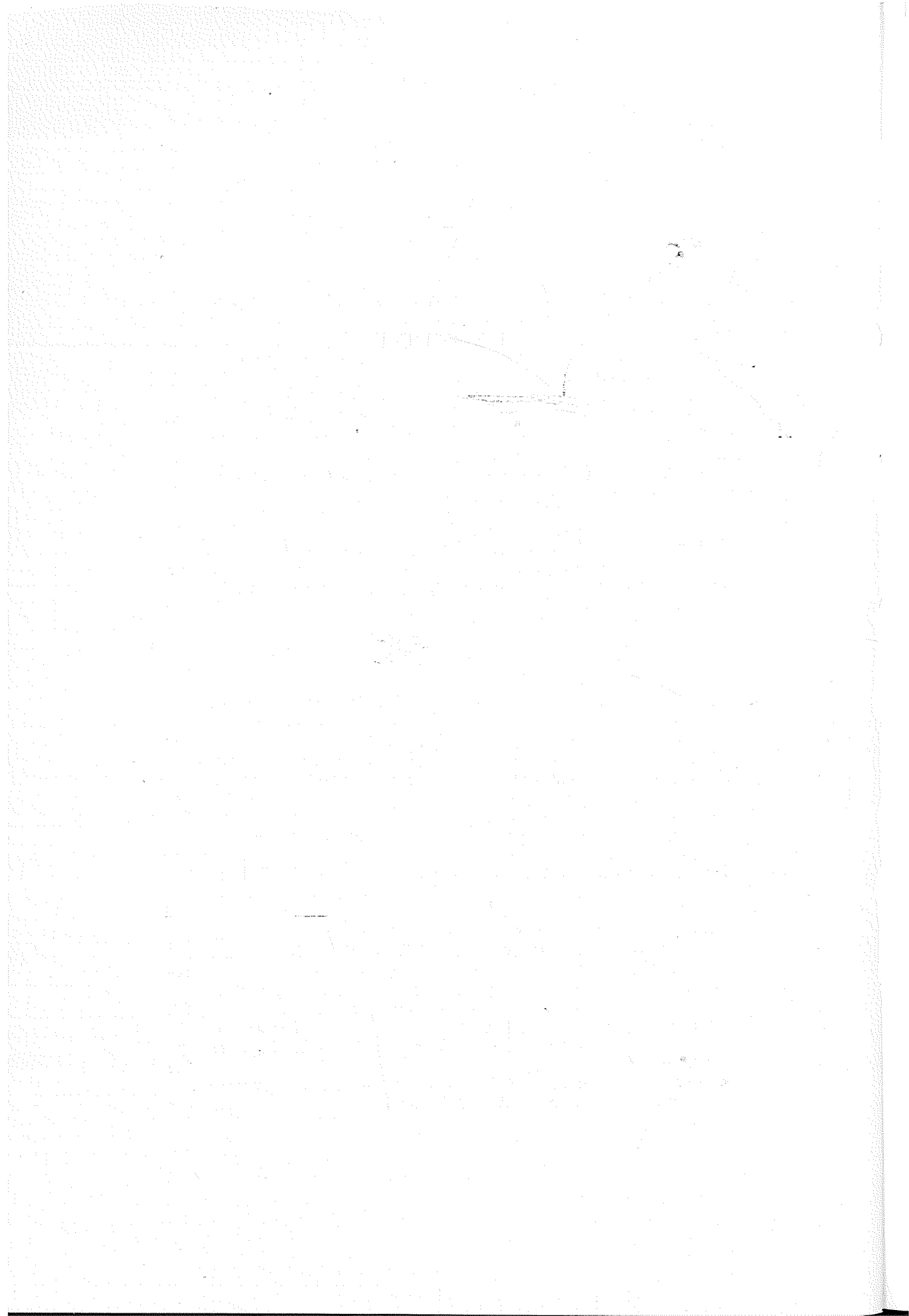
NELLY R. PORRO, *Concesiones reales en la institución de mayorazgo*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, t. LXX, 1-2, Madrid, 1962.

Nelly R. Porro, profesora de Historia Económica y Social de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires, publica varios privilegios que ha hallado en la sección Osuna del Archivo Histórico Nacional de España durante una investigación realizada en distintos repositorios españoles. Una concisa advertencia preliminar ofrece el concepto de la institución, esquematiza su desarrollo desde las *Partidas* hasta la abolición definitiva de 1841 y precisa algunas características que ayudan a valorar los textos editados. La autora subraya el papel que desempeña la Corona en la constitución de estas vinculaciones de bienes a través de distintas fases de su evolución, correspondientes todas a la dinastía Trastámara. Tanto el prólogo como los documentos —inteligentemente seleccionados y cuidadosamente transcritos— facilitan el conocimiento de los mayorazgos anteriores a las leyes de Toro, que habrían de fijar sus rasgos esenciales en la Edad Moderna.

J. M. M. U.



INDICE



PRIMERA REUNIÓN DE HISTORIADORES DEL DERECHO INDIANO

|   |     |
|---|-----|
| <i>Presentación</i> .....   | 11  |
| ALFONSO GARCÍA-GALLO, <i>Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano</i> .....                                     | 13  |
| JUAN MANZANO MANZANO, <i>Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano</i> .....       | 65  |
| JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN, <i>La historia del derecho mercantil español y el Derecho Indiano</i> .....                                  | 72  |
| ANTONIO MURO OREJÓN, <i>Legislación general de Felipe V para las Indias</i> .....   | 81  |
| MARTHA NORMA OLIVEROS, <i>La construcción jurídica del régimen tutelar del indio</i> .....  | 105 |
| ROBERTO I. PEÑA, <i>La aplicación del derecho castellano indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810 a 1820)</i> ..... | 129 |
| DEMETRIO RAMOS, <i>Las ciudades de Indias y su asiento en Cortes de Castilla</i> .....  | 170 |

INFORMES

|  |     |
|--|-----|
| La enseñanza de la Historia del Derecho Indiano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. ....         | 187 |
| Fuentes inéditas para el estudio del Derecho Indiano conservadas en la Ciudad y Provincia de Buenos Aires, por José M. Mariluz Urquijo .....           | 188 |
| La enseñanza del Derecho Indiano en la Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", por Samuel W. Medrano .....                   | 191 |
| Informe sobre la enseñanza e investigación del Derecho Indiano en la Universidad del Salvador (Buenos Aires), por Jorge E. Piñero .....                | 192 |
| Breve noticia sobre archivos cordobeses con fondos documentales para una investigación de la Historia del Derecho Argentino, por Roberto I. Peña ..... | 204 |
| La enseñanza de la historia jurídica indiana en la Universidad de Chile, por Alamiro de Avila Martel .....   | 207 |
| Fuentes documentales para el estudio del Derecho Indiano en Chile, por Alamiro de Avila Martel y María A. Figueroa Quintero .....                      | 209 |
| El Seminario de Historia y Filosofía del Derecho y el Derecho Indiano, por Manuel Salvat Monguillot .....  | 216 |

|  |     |
|--|-----|
| La enseñanza y la investigación de la Historia del Derecho Indiano en la Universidad Católica de Chile, por Jaime Eyzaguirre ..... | 219 |
| La enseñanza y fuentes del Derecho Indiano en el Uruguay, por Edmundo M. Narancio .....  | 222 |

## ACTAS

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| I <sup>a</sup> sesión .....   | 227 |
| II <sup>a</sup> sesión .....  | 235 |
| III <sup>a</sup> sesión ..... | 237 |
| IV <sup>a</sup> sesión .....  | 238 |
| V <sup>a</sup> sesión .....   | 239 |

## CRÓNICA

|   |     |
|---|-----|
| <i>Director Interino</i> .....                            | 241 |
| <i>Profesores de Historia del Derecho Argentino</i> ..... | 241 |
| <i>Personal</i> .....                                     | 241 |
| <i>Conferencias</i> .....                                 | 241 |
| <i>Cursos</i> .....                                       | 242 |
| <i>Ayudante de Cátedra</i> .....                          | 242 |
| <i>Tesis</i> .....  | 242 |
| <i>Beca</i> .....   | 242 |
| <i>Jornadas de Historia del Derecho Argentino</i> .....   | 242 |
| <i>Curso de Historia del Derecho Indiano</i> .....        | 243 |

## NOTICIAS

|   |     |
|---|-----|
| <i>Premio Ricardo Levene</i> .....                          | 245 |
| <i>Congreso Internacional sobre escalas marítimas</i> ..... | 241 |
| <i>Curso sobre Derecho Indiano en Rosario</i> .....         | 245 |

## BIBLIOGRAFÍA

|   |     |
|---|-----|
| Claudio Sánchez Albornoz, <i>Estudios sobre las instituciones medievales españolas</i> (Julio César Guillamondegui) ..... | 247 |
| Dardo Pérez Guillhou, <i>Las ideas monárquicas en el Congreso de Tucumán</i> (Eduardo Martiré) .....                      | 247 |
| Eleazar Córdova-Bello, <i>Compañías holandesas de navegación</i> (Humberto A. Mandelli) .....                             | 249 |
| Ricardo Zorraquín Becú, <i>Historia del Derecho Argentino</i> (José M. Mariluz Urquijo) .....                             | 251 |
| Rolando Mellafé, <i>La esclavitud en Hispanoamérica</i> (Juan Carlos Balerdi) .....                                       | 253 |



|   |     |
|---|-----|
| José Martínez Gijón, <i>La comenda en el Derecho español: I. La comenda-depósito</i> (E.M.) .....   | 254 |
| Guillermo Lohmann Villena, <i>Juan de Matienzo, autor del "Gobierno del Perú"</i> (su personalidad y su obra) (E.M.) .....  | 256 |
| Humberto Bello Lozano, <i>Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas</i> (Víctor Tau Anzoátegui) .....   | 258 |
| Germán O. E. Tjarks, <i>Las elecciones salteñas de 1876. (Un estudio del fraude electoral)</i> (Isidoro J. Ruiz Moreno) .....   | 258 |
| Francisco Domínguez Compañy, <i>El procurador del municipio colonial hispanoamericano</i> (J. C. G.) .....  | 259 |
| Marcelo Urbano Salerno, <i>Las Bases de Alberdi y la influencia de Pellegrino Rossi</i> (Alicia Rosa Demetrio) .....  | 260 |
| John V. Lombardi, <i>Los esclavos en la legislación republicana de Venezuela</i> (J. C. G.) .....   | 261 |
| Víctor Tau Anzoátegui, <i>La junta protectora de la Libertad de Imprenta en Buenos Aires</i> (H. A. M.) .....   | 262 |
| Guillermo Porras Muñoz, <i>Iglesia y Estado en Nueva Viscaya (1562-1821)</i> (Ricardo Zorraquín Becú) .....   | 263 |
| Gisela Morazzani de Pérez Enciso, <i>La intendencia en España y en América</i> (R. Z. B.) .....   | 264 |
| Mario Guillermo Saraví, <i>El Tratado de San Miguel de las Lagunas y la política de Pedro Molina</i> (Américo A. Cornejo) .....   | 265 |
| Manuel Nunes Dias, <i>Fomento ultramarino y mercantilismo: la Compañía de Grao-Pará y Maranao (1755-1778)</i> (H. A. M.) .....  | 266 |
| Humberto S. Vidal, <i>La legislación sobre delitos y penas en la provincia de Córdoba desde 1810 hasta la sanción del código penal local en 1822 e Investigación histórica acerca de las contravenciones a las leyes especiales en la provincia de Córdoba</i> (V. T. A.) ..... | 266 |
| Julio César Guillamondegui, <i>La cárcel para deudores mercantiles en Buenos Aires (1822-1872)</i> (E. M.) .....  | 267 |
| Archivo General de la Nación (Venezuela), <i>Los abogados de la Colonia</i> (J. C. G.) .....  | 267 |
| Demetrio Ramos, <i>El peruano Morales, ejemplo de la complejidad americana de tradición y reforma en las Cortes de Cádiz</i> (E. M.) .....  |     |
| Gonzalo Vial Correa, <i>Teoría y práctica de la igualdad en Indias</i> (V. T. A.) .....   | 268 |
| Nelly R. Porro, <i>Concesiones regias en la institución de mayorazgo</i> (J. M. M. U.) .....  | 269 |



ESTE NÚMERO DIECIOCHO  
DE LA  
REVISTA  
DEL  
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO  
RICARDO LEVENE  
CORRESPONDIENTE AL AÑO  
1967  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 20  
DE SEPTIEMBRE DE 1967

NOTA

Toda la correspondencia debe ser dirigida a nombre del *Director del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Avenida Presidente Figueroa Alcorta 2263, BUENOS AIRES.